

41^e Congrès du Mouvement Jeune Notariat

m.j.n.
www.mjn.fr

***« le respect de la vie privée »
du 6 au 10 octobre 2010
Berlin (Allemagne)***

Le respect de la vie privée

**Rapport pour le Congrès
du Mouvement Jeune Notariat**

**6-10 octobre 2010
BERLIN**

« Nous remercions
tout particulièrement

l'Union notariale financière

et La Sécurité Nouvelle
sans lesquelles ce rapport
n'aurait pu être édité... »

Congrès MJN Berlin – 2010

Présidents :

Jacques CHARLIN et Hugues BAUDÈRE

Personnalités participant :

Sabine ABRAVANEL-JOLLY

Danièle BOURCIER

Chantal DELSOL

Mariel REVILLARD

Rapporteurs :

Anne-Sophie BRUNIER

Cédric DAUGAN

Virginie FEUVRIER-ODOT

Bruno FLEURY

Madeleine GRUZON

Xavier LECLERC

Yves LOTROUS

Secrétaire générale :

Marie-Hélène FRÉMOND

Les personnes ci-dessus sont plus amplement désignées en notes de bas de page à la fin du rapport général pp. 53 et 54.

SOMMAIRE

LE RESPECT DE LA VIE PRIVEE *

Introduction – Rapport général par Jacques CHARLIN	5
Préambule philosophique par Chantal DELSOL	55
Préambule sociologique par Danièle BOURCIER	59
PREMIERE PARTIE LE NOTAIRE SUJET DE DROIT	
TITRE I – Notaire, réglementation traditionnelle et vie privée	
Chapitre 1 – Vie privée – secret professionnel et autres confidentialités (BF) ..	71
Chapitre 2 – Vie privée et production d'actes au quotidien (MG)	88
TITRE II – Notaire, réglementation « informatique et libertés »	
et vie privée (XL)	111
DEUXIEME PARTIE LE DROIT OBJET DU NOTAIRE	
TITRE I – Droit des personnes et respect de la vie privée	207
Chapitre 1 – La vie privée autonome	208
Section 1 – L'aspect abstrait de la vie privée, l'identité (ASB)	208
Section 2 – L'aspect concret de la vie privée, le corps	
(VFO sauf 2.2 ABS)	242
Chapitre 2 – La vie privée dépendante (VFO)	279
Section 1 – Dans le cadre d'un binôme égalitaire	279
Section 2 – Dans le cadre d'un binôme inégalitaire	308
TITRE II – Droit du patrimoine et respect de la vie privée	343
Chapitre 1 – Le principe et sa mise en œuvre (CD)	343
Chapitre 2 – Les exceptions	361
Section 1 – Dans un intérêt privé	
(la protection ou la liberté d'autrui ?) (CD)	361
Section 2 – Dans un intérêt public (BF)	370
Postface – « Le droit à l'image de l'individu » Sabine ABRAVANEL-JOLLY	392
Table des matières	408

* Le sommaire permet en outre de savoir quels sont les principaux contributeurs du corps du rapport par rubrique; sachant que les auteurs sont plus amplement qualifiés dans les dernières notes de bas de page du rapport général pp. 53 et 54. Certains sont ci-dessus identifiés comme suit : ASB (Anne-Sophie BRUNIER), BF (Bruno FLEURY), CD (Cédric DAUGAN), MG (Madeleine GRUZON), VFO (Virginie FEUVRIER- OUDOT), XL (Xavier LECLERC).

Rapport général introductif

Le respect de la vie privée Berlin 2010

« Die Würde des Menschen ist unantastbar.
Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt ¹. »

VIE PRIVÉE ET OFFICIER PUBLIC. Les mots adjectifs se télescopent ! Pourtant si certains éléments concernant l'individu doivent être connus de la société, bon nombre de règles et de corps intermédiaires permettent de mettre sur la place publique ce qui doit l'être tout en conservant secret le surplus. Car l'individu a bien un droit au respect de sa vie privée, laquelle vie privée fait partie des libertés et droit fondamentaux de l'Homme. On parle plus communément de « droits de l'homme ». Il est vrai que l'on a parfois abusé du concept – et l'on pense à son utilisation géostratégique et politique – au point de provoquer la critique des « droitsdelhommistes ». Un usage raisonnable de celui-ci reste la base de nos démocraties, de toute démocratie et cela même si pour les avocats de Google « aujourd'hui, avec les techniques d'imagerie par satellite, même dans le désert, la vie privée absolue n'existe pas » ²... Ainsi récemment la France a voulu se montrer respectueuse de l'intimité de l'être humain et du cercle familial en adoptant une loi de restitution des têtes maories à la Nouvelle-Zélande ³ !

1• « La dignité de l'homme est intangible. Tous les pouvoirs publics ont le devoir de la protéger et de la respecter » article 1^{er} de la loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) ce que les Français appellent souvent, à tort, la Constitution allemande. Version en français cf. <http://www.bundesregierung.de/Webs/Breg/FR/Loifundamentale/01-LesDroitsFondamentaux/lesdroitsfondamentaux.html>.

2• cf. Gérard Haas, avocat à la Cour « Street view de Google respecte-t-il la vie privée ? » 11 août 2009 <http://www.legalbiznext.com/droit>. Voir aussi G. Messadie « La fin de la vie privée », Calmann-Lévy 1974

3• LOI n° 2010-501 du 18 mai 2010 visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections (1) JO 19 mai 2010.

1 – La vie privée, une notion juridique floue

Pour l'historien Antoine PROST⁴, « la vie privée n'est pas une réalité naturelle, donnée depuis l'origine des temps ; c'est une réalité historique, construite par des sociétés déterminées. Il n'y a pas une vie privée, aux limites définies une fois pour toutes, mais un découpage lui-même changeant de l'activité humaine entre la sphère privée et la sphère publique. La vie privée n'a de sens que par rapport à la vie publique... ».

Pour le juriste contemporain, le paradigme est le même et la doctrine est loin d'être unanime. Elle considère cependant dans son ensemble, que **la vie privée et son respect font partie des droits fondamentaux et extrapatrimoniaux**⁵, **ou encore des droits de la personnalité**. Agathe LEPAGE observe en effet que les droits de la personnalité évoquent, « le droit au respect de la vie privée, le droit à l'image, le droit au respect de la présomption d'innocence, le droit moral de l'auteur, le droit de réponse, les droits sur les données à caractère personnel en matière de traitements, voire les droits de la personne sur son corps »⁶. D'autres sont plus restrictifs et comprennent dans le domaine de la vie privée, les questions suivantes : « Protection de la vie privée et familiale : domicile, correspondance et surveillance secrète. Respect de l'intégrité physique. Rétention d'informations en violation de la vie privée. Etablissement de la paternité. Placement à la charge de l'Etat. Droits de garde et de visite »⁷.

Signalons que les publicistes classent le respect de la vie privée parmi les **libertés publiques et les droits de l'Homme**. Ainsi pour Gilles LEBRETON⁸ « les libertés publiques sont les pouvoirs d'autodétermination qui visent à assurer l'autonomie de la personne humaine, sont reconnus par des normes à valeur au moins législative, et bénéficient d'un régime juridique de protection renforcée même à l'égard des pouvoirs publics ». Il distingue les libertés relationnelles (réunion, association), les libertés intellectuelles (notamment liberté d'opinion, d'enseignement, religieuse, de la presse) et les libertés physiques. Au sein de ces dernières figurent le droit de disposer de son

4• cf. Antoine Prost « Frontières et espaces du privé » in « Histoire de la vie privée » Tome 5, « de la première guerre mondiale à nos jours » Ed. Seuil Coll. Point Histoire H, p 15.

5• cf. Bernard Beigner « La protection de la vie privée » in « Libertés et droits fondamentaux » Ed. Dalloz 2008, 14^e éd., p 193.

6• cf. Agathe Lepage « Personnalité (Droits de la) » - septembre 2009 Rep. civ.

7•cf. 3^e rapport annuel -2009 relatif à la « Surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme - Conseil de l'Europe » Comité des Ministres - avril 2010. Il est vrai que d'autres rubriques traitent du droit au mariage, des droits de propriété notamment.

8• cf. Gilles Lebreton « Libertés publiques et droits de l'Homme » Sirey 2009 8^e éd. p 15.

corps ⁹, le droit à la vie privée dans lequel se retrouve le domicile, le droit au secret, le droit à l'inviolabilité des correspondances (lettre, correspondances téléphoniques ou électroniques) qu'il distingue du droit à la protection contre les fichiers nominatifs informatisés, et du droit à une famille normale ¹⁰. Nous ne trancherons pas ici la querelle doctrinale entre privatistes et publicistes, droits fondamentaux ou libertés publiques, mais remarquerons simplement que le thème de la vie privée fédère en quelque sorte les juristes. En outre on rappellera que le Conseil constitutionnel utilise depuis une décision du 22 janvier 1990 le vocable « droits fondamentaux » ¹¹.

Dans ce jeu à géométrie variable, de définition de la vie privée, certains auteurs considèrent que « la protection de la vie privée en général a pris, avec le temps, une importance croissante au point d'englober plus ou moins totalement d'autres droits de la personnalité à vocation plus limitée » ¹². Schématiquement et de façon pêle-mêle, on retrouvera des éléments aussi divers, que l'intimité de la résidence, l'image, le secret de la correspondance, certains aspects de l'état civil, l'intimité même sur les lieux de travail, les loisirs, l'intimité familiale, les amours, la sexualité, la filiation, la protection de l'honneur, de la réputation, l'origine ethnique ou religieuse, l'état de santé, la mort, les funérailles, mais aussi dans une certaine mesure les revenus, le patrimoine, la situation fiscale. Il n'existe pas de définition légale de la vie privée. Pour F. RIGAUD ¹³, nous serions, même en droit civil face à une « impossible définition ».

On notera également, participant à cette approximation, deux éléments : D'une part la variabilité de la notion avec chaque branche du droit (ainsi le droit pénal a sa propre conception de la notion, mais nous délaisserons ce domaine). D'autre part, la subjectivité jurisprudentielle de la notion, même dans notre seul droit civil, puisque le juge appréciera parfois de façon différente semble-t-il la sphère privée selon qu'elle concerne un homme politique,

9• Cela correspond au droit d'entretenir des relations sexuelles, de procréer, le droit de changer de sexe, le droit de donner des organes ou les produits de son corps, de décider de sa mort. Figure également le droit à l'intégrité physique (interdiction de la torture, de l'esclavage, des traitements inhumain, des expérimentations médicales cf. ouvrage préc. p 274 s.).

10• cf. ouvrage préc. 310 s.

11• CC 22 janvier 1990 Egalité entre Français et étranger RFDC 1990.406.

12• cf. Denis Tallon « Personnalité (Droits de la) » - octobre 1996 - Encyclopédie Dalloz n° 22.

13• F. Rigaud, La protection de la vie privée et des autres droits de la personnalité, 1990, Bruylant n° 639 et s. On retrouve cette même idée chez J. Ravanais, Jurisclasseur, Article 9, Fasc. 10, n° 33 : « La détermination abstraite des éléments et des contours de la vie privée est impossible ». Civ. 1999 p. 359.

d'une façon plus générale un homme public (ce peut être une personnalité du monde économique, artistique) ou non¹⁴ !

Nous n'hésiterons pas à dénoncer une tendance à l'extension de la notion, due à une partie de la doctrine, avec Monsieur MALAURIE pour lequel : les droits de la personnalité « sont en extension constante, et il y a aujourd'hui une tendance à faire entrer presque tout le droit civil dans les droits de la personnalité : le mariage, la liberté contractuelle, le droit de propriété, la filiation, le droit de succession, le droit moral de la propriété littéraire et artistique, mettent en cause la personnalité. De la même manière, on pourrait aussi rattacher l'ensemble du droit aux droits de l'homme. Tout serait-il droits de la personnalité ou droits de l'homme ? Ce serait une vue démesurée et confuse. Les droits de la personnalité sont plus précis : ils mettent en cause directement la personnalité »¹⁵. Nous ne pouvons terminer ce constat, sans citer la pensée d'un auteur américain, WACKS, pour lequel on pourrait définir les informations personnelles au cœur de la vie privée comme « ces faits, communications ou opinions qui concernent l'individu et dont il serait raisonnable d'attendre de lui qu'il les considère comme intimes ou sensibles, et qu'il veuille en conséquence en empêcher ou au moins en restreindre leur collecte, usage ou circulation »¹⁶.

2 – La vie privée, historiquement ¹⁷ (Événements et droit).

« Une histoire de la vie privée est-elle possible ? Ou bien cette notion de privé nous renvoie-t-elle à des états ou à des valeurs trop hétérogènes d'une époque à l'autre pour que nous puissions établir une relation de continuité et de différence entre elles » s'interrogeait déjà à Berlin, Philippe ARRIÈS en 1983¹⁸.

14• Nous pensons notamment à l'affaire CALVET : La Cour européenne des droits de l'homme le 21 janvier 1999 (D. 1999.Somm.272, obs. N. Fricero) décide, comme l'avait fait la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 20 oct. 1993, RTD civ. 1994.77, D. 1994.594, note Picod) que les questions patrimoniales concernant une personne menant une vie publique, tel un dirigeant d'une grande entreprise, ne relèvent pas du domaine de la vie privée». Cf. la note critique de Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV « Fortune cachée » in RTD Civ. 1999 p. 359.

15• cf. Philippe Malaurie « Les personnes. Les incapacités » 3^e éd. 08- 2007, Defrénois, n° 280.

16• A. Lepage, Rép. civ. Dalloz, V° Droits de la personnalité, 2009, n° 66.

17• cf. Sous la direction de Philippe Ariès et Georges Duby « Histoire de la vie privée » 5 tomes consacrés à : 1 De l'empire romain à l'an mil, 2 De l'Europe féodale à la renaissance, 3 De la renaissance aux Lumières, 4 De la révolution à la Grande Guerre, 5 De la première Guerre mondiale à nos jours, Ed. Seuil Coll. Point Histoire H 260, 261, 262, 263, 264.

18• Séminaire « A propos de l'histoire de l'espace privé » organisé par le Wissenschaftskolleg de Berlin en mai 1983 relaté in « Histoire de la vie privée » prec. Tome 3 p 7.

Au plan historique, nous ne remonterons pas jusqu'à l'Antiquité qui d'ailleurs avait une autre notion des libertés que notre époque ¹⁹ (absence d'asservissement et situation d'autarcie). On se rappellera seulement Aristote ²⁰ et sa notion de droit naturel, qui sera reprise plus tard par Saint Thomas d'Aquin, laquelle n'est pas sans relation avec nos libertés publiques contemporaines. De l'époque médiévale nous ne retiendrons qu'un système inégalitaire de libertés résultant de privilèges (du lat. *priva lex*, loi concernant un particulier) et qui ne concerne que la noblesse et le clergé, ceux qui composent le tiers-état étant exclus.

Les plus avancés dans les sources historiques des droits de l'homme furent les Britanniques auxquels on doit « la grande charte » (15 juin 1215) l'« Habeas corpus act » (1679) et le « Bill of Righths » (1689). La première déclaration des droits est contenue dans la Constitution de l'Etat de Virginie adoptée le 12 juin 1776 quelques jours avant la Déclaration d'indépendance des Etats-Unis (4 juillet 1776) rédigée par Thomas JEFFERSON et John ADAMS qui imposèrent alors leurs idées libérales ²¹. Celles-ci auraient influencé la France de la fin de l'ancien régime autant que les idées des philosophes des Lumières notamment de ROUSSEAU, LOCKE ou MONTESQUIEU (ce dernier n'a cependant jamais parlé de droits de l'homme), mais aussi VOLTAIRE ou DIDEROT. On ne saurait oublier, ici, un des prestigieux représentants de l'Aufklärung (Lumières en allemand), Emmanuel KANT qui, plus que tout autre, fit la promotion de l'individu ²².

Nous retiendrons deux périodes qui auront vu le rôle de l'individu et donc la vie privée de celui-ci, sous des angles très différents. L'une commence avec la Révolution française et se caractérise par la libération du citoyen par rapport à la Société, avec la fin des ordres, des corporations et des privilèges. Celui-là avait enfin le « droit de » (1).

L'autre débute par la seconde guerre mondiale: la mise au point d'armes pouvant détruire l'humanité, et la révélation des atrocités dont ont pu faire preuve des dictatures noires ou rouges, ont replacé l'individu au centre de la Société comme « être » à protéger. Il convenait de lui donner des « droits à ». (2)

19• cf. Jacqueline de Romilly « la Grèce antique à la découverte de la liberté » Livre de poche 1989.

20• Aristote pense avoir trouvé la clef de répartition entre ce qui est juste et ce qui est injuste: la nature. En langage contemporain, le jusnaturalisme justifierait des droits intangibles appartenant à tout homme. Ne sommes nous pas déjà face aux droits de l'homme. Mais Aristote ne nie pas la nécessité d'un droit positif, c'est-à-dire résultant de la décision d'un législateur juste, que se sont choisis les hommes de la cité.

21• On trouve ainsi des déclarations nettes « Tous les hommes sont créés égaux; ils sont doté par leur Créateur de certains droits inaliénables; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur » cf. François Terré in « Libertés et droits fondamentaux » Dalloz 2008 « Sur la notion de libertés et de droits fondamentaux » n° 35 s.

22• cf. « Les Lumières se définissent comme la sortie de l'homme hors de l'état de minorité, où il se maintient par sa propre faute » in § 40 de la « Critique de la faculté de juger ».

1. De la Révolution de 1789 à la Seconde Guerre Mondiale

Les évolutions politique (1.1) et doctrinale (1.2) nous retiendront.

1.1 Une évolution politique générant des textes fondateurs

Dans la grande effervescence politique de l'été 1789 fut élaborée quasi fiévreusement la Déclaration (française) des droits de l'homme principalement par Antoine BARNAVE, le marquis de LA FAYETTE, le comte de MIRABEAU, l'abbé SIEYÈS. L'Assemblée nationale constituante l'adopta le 26 août et le roi Louis XVI l'accepta le 5 octobre 1789.

Si l'on connaît son article 1^{er} ²³, qui fut parfois raillé ²⁴, l'art. 2 est la plupart du temps oublié. Et pourtant, c'est lui qui pose le principe « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ».

S'agissant de la vie privée rien, n'est prévu précisément ²⁵. Ce n'est pas étonnant. On peut reprendre la critique de Karl MARX à l'encontre de ce texte qu'il considérait d'une part déconnecté des enjeux et affrontements réels de la société, et d'autre part très théorique et donc sans égard à l'effectivité de l'exercice des droits qu'il proclame. Cet aspect purement formel de la Déclaration de 1789, à l'inverse du pragmatisme de la Constitution américaine, ne pouvait qu'aboutir à une ignorance du quotidien, donc de la vie privée...

La Constitution de 1791 se détacha du texte. Celle de 1793 ne fut jamais appliquée!

Il n'empêche – malgré sa courte vie – la Déclaration des droits de l'homme de 1789 influença bon nombre de textes subséquents. Ce sont surtout la liberté et l'égalité qui furent promues (la fraternité ne viendra que plus tard ²⁶). Les droits proclamés sont individuels : les groupes ne sont pas visés, par rejet des corporations sans doute ²⁷. Les droits sont absolus : l'Etat ne se voit pas imposer d'obligation. Il n'a donc pas à s'immiscer dans la

23• « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

24• cf. Jules Renard « Les hommes naissent égaux, dès le lendemain, ils ne le sont plus. » - Extrait de son Journal 1905 – 1910.

25• On s'en réfère parfois à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de tout homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ». Mais le texte est très général et ne vise pas précisément la vie privée.

26• Avec le préambule de la constitution du 4 novembre 1848.

27• Le décret d'Allarde (en réalité une loi due au Baron d'Allarde) des 2 et 17 mars 1791 abolit les jurandes et les corporations ; la Loi Le Chapelier du 14 juin 1791 consacre le principe de la liberté d'entreprendre et interdit les syndicats professionnels et toute forme d'action collective.

sphère privée ! (J. RIVERO a ainsi parlé de « libertés résistance » ou de « libertés barrières »²⁸). Les droits sont avant tout privatifs au détriment de l'Etat dont le pouvoir est limité par le droit. Cela dit, si 1789 marqua une rupture, les événements qui suivirent immédiatement, modifièrent très vite les grands principes résultant (ou à l'origine) de la Révolution. Ainsi pour Lynn HUNT « dans aucun domaine l'invasion de l'autorité publique ne fut plus évidente que dans la vie familiale elle-même »²⁹. Un décret du 20 septembre 1792 impose la célébration du mariage par un officier de l'état civil. (Exit le prêtre témoin de l'échange des consentements des futurs époux devant Dieu). Le divorce même par consentement mutuel est autorisé. La Constitution de 1791 en son article 7 ne considérait plus le mariage que comme un contrat civil³⁰ ! DANTON n'hésitait pas à déclarer à propos des enfants qu'ils « appartiennent à la République avant d'appartenir à leurs parents ». D'une façon générale, l'Etat – sous couvert de cette Première République excessive en ses débuts – a voulu limiter l'emprise de la famille et de l'Eglise sur l'individu pour étendre sur lui son contrôle.

Les basculements de cette époque sont intéressants dans un court laps de temps (de la Révolution 1789 au Directoire 1799). On voit successivement le pouvoir royal chassé parce que trop prégnant sur la société et l'individu. L'individu, l'instant de la révolution, se croit libéré de tout. Puis très vite, l'Etat – qui a pris la place du roi – cherche à reprendre une emprise sur l'individu en le détachant de sa famille ou des cercles relationnels lato sensu auxquels il pourrait appartenir. Cela pose d'ailleurs, la question de la définition de la sphère de la vie privée.

La philosophie du Code Napoléon – œuvre de compromis – est bien connue relativement à la vie privée, en ce sens que celui-là est totalement muet sur ce point. Désintérêt ou pudeur ? Seuls les droits patrimoniaux ont été pris en compte. On ne trouve d'exception qu'avec la réglementation des vues et des jours, en ses articles 675 à 679. J. AMIAUD³¹ s'amusera à remarquer : « Comment [...] comprendre que le Code civil français, rédigé à une époque où un individualisme, et même un individualisme outrancier, dominait les conceptions philosophiques et économiques du moment n'ait pas fait mention des droits de la personnalité » ?

28• cf. Philippe Ségur « Dimension historique des libertés et droits fondamentaux » in « liberté et droits fondamentaux » D 2008 p 15.

29• cf. « Histoire de la vie privée » prec. T4 De la révolution à la grande guerre p. 31.

30• Article 7. « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil.

Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés ; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes. »

31• In « Les droits de la personnalité », in Travaux de l'Association H. Capitant, 1946.

La suite, jusqu'à l'époque contemporaine (2^e Guerre mondiale), sera caractérisée par de rares avancées des libertés individuelles (ou de la vie privée) comme l'abolition définitive de l'esclavage par le « décret Victor SCHÆLCHER » du 27 avril 1848, ou la séparation de l'église et de l'Etat (Loi du 9 décembre 1905). Se développeront en revanche les libertés collectives, surtout pendant la Troisième République (Liberté de réunion, 30 juin 1881 ; liberté de la presse, 1^{er} juillet 1881, liberté syndicale 21 mars 1884 ; liberté d'association, 1^{er} juillet 1901) lesquelles réduisent parfois le domaine de la vie privée (Liberté de la presse via le droit à la libre expression). Cette tendance s'affirmera après la première guerre mondiale, avec le début de la montée de l'Etat providence, à la suite des critiques marxistes (ou non) sur le XIX^e siècle et même de la Révolution de 1789 avec ses droits abstraits. C'est à cette époque que commencent à voir le jour ce que l'on appelle les « droits créances » collectifs qui supposent un engagement important de l'Etat mais dont l'idée était bien antérieure ³².

On notera ici à Berlin, que la constitution de Weimar (11 août 1919) ³³ a été inspirée en partie par les principes de 1789 et aussi ceux de la révolution (prussienne) de 1848 ³⁴.

1.2 L'évolution de la doctrine

Le droit au respect de la vie privée, comme le droit à l'image, font partie des droits de la personnalité. Or les droits de la personnalité, leur notion même, et leur développement sont le fruit de la doctrine du XIX^e siècle ³⁵ et notamment de la doctrine allemande ³⁶. Sans remonter jusqu'à Emmanuel KANT et sa « Doctrine universelle du droit » qui évoque déjà les droits personnels et notamment le droit d'auteur, nous rappellerons le débat ayant

32• La constitution du 24 juin 1793 en son art. 21 avait prévu : « La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler ».

33• La constitution de Weimar (Weimarer Verfassung ou Weimarer Reichsverfassung, WRV), fut adoptée le 31 juillet 1919 à Weimar pour le Reich allemand par l'Assemblée nationale constituante allemande et promulguée le 11 août.

34• Le 18 mars 1848, des barricades s'élèvent dans Berlin et les idées libérales sont mises en avant, comme à Paris et dans le reste de l'Europe.

35• cf. notamment Agathe Lepage « Personnalité (droit de la) » Encycl. Dalloz n° 4

36• A. Lucas-Schloetter, Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand, thèse, 2002, t. 1, PUAM, n° 58 et s. (2 tomes, 850 p.). Contra B. Beignier, La protection de la vie privée, in Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 14^e éd., 2008, p. 189, n° 304, qui conteste la paternité germanique de la théorie des droits de la personnalité, mais en s'appuyant sur la promulgation du Code allemand (BGB) en 1900, argument non convaincant puisque la doctrine visée est très antérieure, synthétisée notamment par Saleilles.

existé dès 1832 entre PUCHTA et SAVIGNY (plus connu en France) à propos des *Persönlichkeitsrechte*³⁷. A la fin du siècle, Carl NEUNER distingua trois espèces de rapports juridiques, les droits de la personnalité, les droits de la famille et les droits patrimoniaux³⁸. Pour NEUNER les principaux attributs de la personnalité sont la maîtrise du corps et des facultés spirituelles, « droit de la personne à être sa propre fin et à s'épanouir comme fin d'elle-même ». Cela dit ce droit – liberté – ne peut s'exercer que dans les limites fixées par le respect de la liberté d'autrui et compte tenu de la subordination de l'individu à la collectivité étatique à laquelle il appartient³⁹. Pendant la seconde moitié du XIX^e siècle, Rudolph VON JHERING⁴⁰ et Bernhard WINDSCHEID⁴¹ bien que tous deux romanistes, et donc critiques, estiment qu'on ne peut nier l'existence de cette nouvelle catégorie juridique appelée « droits de la personnalité ». Joseph KOHLER et Karl GAREIS qui défendent ces droits de la personnalité, préfèrent cependant le vocable « droits de l'individu » (*Individualrecht*).

La doctrine française commença à s'intéresser à la question essentiellement dans un article fondateur quasi confidentiel, de H. E. PERREAU, qui s'étonne que « notre Code civil, qui réglemente si minutieusement les droits du patrimoine, passe, à peu d'exceptions près, sous silence les droits de la personnalité »⁴². Puis suivirent DEMOGUE et surtout Roger NERSON qui consacra sa thèse de doctorat soutenue à Lyon en 1939 aux « droits extrapatrimoniaux », dans laquelle il fit une place aux droits de la personnalité, analysés comme droits subjectifs⁴³.

Parallèlement aux analyses des privatistes que nous venons de citer, certains publicistes s'essayèrent à renouveler l'analyse des fondements des droits de l'Homme ou des libertés publiques (lesquelles intéressent la vie privée cf. *supra* notion). Ainsi, mettant à l'index la théorie du droit naturel, du

37• En français, droits de la personnalité.

38• Carl Neuner ; « *Wesen und Arten Privatrechtsverhältnisse* », Kiel Schwer'sche Buchhandlung 1886.

39• cf. La vie privée, une liberté parmi les autres ? Par François Rigaux Travaux de la faculté de droit de Namur, Maison Larcier, Editeur Bruxelles 1992, notamment 5^e p 115 et 6^e leçons, p. 136 s. et p. 115.

40• Rudolph von Jhering « *Passive Wirkungen des Rechte. Ein Beitrag zur Theorie der Rechte* » 1871.

41• Bernhard Windscheid « *Lehrbuch des Pandektenrechtes* » 1887.

42• « Des droits de la personnalité », RTD civ. 1909. 501 à 536. Ce texte vise d'ailleurs plus l'ensemble des droits extrapatrimoniaux que strictement les droits de la personnalité.

43• Sa définition tautologique des droits extrapatrimoniaux est la suivante : « Les droits non évaluable pécuniairement », « dont la fin est de satisfaire un besoin non économique : besoin souvent d'ordre moral, parfois d'ordre matériel ». Il conclut « les droits extrapatrimoniaux du droit privé sont souvent l'adaptation au Droit civil des libertés constitutionnelles ».

contrat social, notamment Emile DURKHEIM ⁴⁴ et Léon DUGUIT théorisèrent le « positivisme sociologique » selon lequel le droit doit être le reflet de la « conscience collective » (telle qu'elle résulte des votations populaires, des urnes, des manifestations ou encore des sondages ⁴⁵). Un « déterminisme social » ⁴⁶ aurait en quelque sorte supplanté la nature ou Dieu.

2. Après la Deuxième Guerre Mondiale

Clôturent l'épisode du régime de Vichy, privatif de libertés, la libération fut l'occasion de débats passionnés sur la nécessité d'adopter une nouvelle déclaration des droits de l'homme. Si les textes sont importants, et nous les verrons après (2.2), il convient d'abord de rappeler l'ambiance, qui les généra. Après un temps de risque de dictature généralisée, elle est à l'extension des droits et libertés par-delà même les Etats et les dirigeants politiques. La chute du communisme ne fera qu'amplifier le phénomène. Même l'Eglise reconnut les droits fondamentaux de la personne humaine ⁴⁷. Des penseurs chrétiens ont, parallèlement à la position officielle de l'Eglise, laissé leurs traces, comme Emmanuel MOUNIER ou Jacques MARITAIN ⁴⁸.

Rappelons donc tout d'abord, les termes de la doctrine juridique qui en est résultée ainsi que la jurisprudence qu'elle aura influencée (2.1). Restent aujourd'hui les menaces, à raison des intégrismes de tous horizons...

2.1 La doctrine et la jurisprudence

2.1.1 – La doctrine

2.1.1.1 *Le positivisme sociologique*

En ce qui concerne la doctrine, le déterminisme social d'avant-guerre a laissé la place à plus de réalisme. Certains comportements de la population à la libération avaient sans doute fait réfléchir ! Ainsi, plus pragmatiquement Gilles LEBRETON – quelque peu critique à l'égard de ce déterminisme social – penche plutôt pour un positivisme sociologique : ce qui crée le droit, ce sont les acteurs juridiques. La « conscience collective », elle, se borne à influencer

44• cf. Emile Durkheim, « Leçons de sociologie », rééd. PUF 1990 p 125 s.

45• cf. G. Lebreton, « libertés publiques... », préc. p 26.

46• cf. Léon Duguit in « Les transformations du droit public » A. Colin 1913, p 45 écrit « Le droit... est avant tout une création psychologique de la société » !

47• On cite généralement Pie XII et une de ses déclarations de 1942, les encycliques de Jean XXIII (Pacem in Terris 1962) et de Paul VI lors du concile de Vatican II (Gaudium et Spes 1965) et Jean-Paul II d'une façon générale : cf. François Terré « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux » préc. p 22.

48• Jacques Maritain, « les droits de l'Homme et la Loi naturelle », La Maison française, 1942, New York ; Ed. Hartmann Paris.

le législateur, les autorités administratives, les juges qui en sont les auteurs⁴⁹. Nous pourrions ajouter à cette liste d'acteurs, bien évidemment les praticiens du droit qui créent les coutumes et développent la loi comme traducteur des aspirations de leurs clients (qui composent la société)⁵⁰. Ce sont ces acteurs juridiques qui reconnaissent l'existence de ces libertés publiques ou de ces droits fondamentaux et qui en imposent le respect. Comme la société évolue, ce droit évolue. La jurisprudence européenne est d'ailleurs en ce sens (cf. infra). Cela peut contribuer à accroître le caractère flou de certaines notions comme le respect de la vie privée (cf. supra).

2.1.1.2 *Les droits-créances*

Dans le cadre du débat sur la nécessité d'adopter une nouvelle déclaration des droits de l'Homme, à partir de 1946, fut ravivée la question déjà posée par les Constitutions de 1793 et 1848, des devoirs de la Société envers ses membres. Autrement dit, l'individu peut-il revendiquer des « droits-créances » à l'encontre de l'Etat, les fameux « droits à » à côté du « droit de » ! On a pu parler aussi de devoirs de la nation, notion moins impérative pour la nation semble-t-il⁵¹. L'émergence de l'Etat-providence – quoi de plus normal quand il faut reconstruire un pays détruit par la guerre – allait favoriser la réflexion sur ces droits-créances qui nécessitent l'intervention active de l'Etat contrairement aux droits abstraits de 1789 qui ne nécessitaient qu'une protection par celui-ci. Les « trente glorieuses » allaient permettre l'amplification de la tendance.

La critique de ces droits-créances est parfois très violente. Il n'y aurait que deux catégories de droits de l'Homme, les vrais et les faux⁵². Et bien évidemment les droits-créances font partie des seconds. Friedrich August VON HAYECK⁵³ s'indignait déjà en soulignant que « les nouveaux droits ne pourraient

49• cf. G. Lebreton « Libertés publiques... » prec. p 27.

50• cf. Jacques Charlin, « La participation du notaire à la création de la règle de droit », Thèse d'Etat, Lyon III, 1981.

51• cf. G. Lebreton, « Libertés publiques... », prec. p 94 s. à propos du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

52• cf. Jean-Philippe Feldman, professeur agrégé des facultés de droit, avocat à la Cour de Paris « Le comité de réflexion sur le préambule de la Constitution et la philosophie des droits de l'homme », D. 2009, p. 1036. Celui-la indique notamment « L'Etat aurait le devoir, idéalement l'obligation, de tout mettre en œuvre pour assurer à chaque individu ou à chaque groupe telle ou telle créance : il ne s'agit plus de "droits de", mais de "droits à". Or, le mécanisme a été démontré par Frédéric Bastiat dès le milieu du XIX^e siècle : l'Etat ne peut rendre que ce qu'il a d'abord pris et, par surcroît, il n'en peut rendre qu'une partie. Il prend aux uns pour donner aux autres ; il viole les vrais droits de l'homme pour tenter d'assurer les faux ».

53 • F. A. Hayek, prix Nobel de Science Economique en 1974 in « Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique ». Vol. 2., Le mirage de la justice sociale, trad. Raoul Audouin, PUF, 2^e éd., 1986, p. 124.

être traduits dans les lois contraignantes sans du même coup détruire l'ordre de liberté auquel tendent les droits civils traditionnels». Quid alors du respect de la vie privée? Vrai droit (fondamental) ou droit-créance? Que demande l'individu à l'Etat? Seulement la protection de ce droit, et donc force et justice, attribut traditionnel de tout Etat en tout temps?

2.1.1.3 Pour conclure, un droit de la personnalité ou une liberté publique?

Privatistes et publicistes auront chacun apporté leur pierre à l'édifice de la qualification. Le privatiste pourrait encore barguigner sur l'existence d'Un droit de la personnalité plutôt que d'une pluralité de droits de la personnalité⁵⁴. Ce faisant, l'unité ainsi prônée rejoindrait la règle allemande unitaire contenue dans l'art. 2 de la Grundgesetz (Loi fondamentale): «Chacun a droit au libre développement de sa personnalité, pourvu qu'il ne porte pas atteinte au droit d'autrui, à l'ordre constitutionnel ou à la loi morale»⁵⁵. Quoi qu'il en soit de la classification, en doctrine, le respect de la vie privée est une réalité que des textes prestigieux reconnaissent et qui s'impose au praticien comme au juge.

2.1.2 – La jurisprudence

Bien évidemment la jurisprudence a pris en compte la vie privée. En 1969, pour la première fois la Cour de cassation utilisa l'expression⁵⁶ dans son rapport annuel. Ensuite les juges précisèrent que «le droit au respect de la vie privée est reconnu à toute personne, quels que soient son rang, sa naissance, sa fortune, ses fonctions présentes et à venir»⁵⁷. Ils ont même affirmé qu'il s'agissait d'une liberté fondamentale notamment dans un arrêt du Conseil d'Etat du 25 octobre 2007⁵⁸ à propos d'une recherche de ses origines personnelles par une femme abandonnée à l'âge de trois ans, aux services de l'aide sociale.

Nous n'avons cité ici que la jurisprudence interne. Or – et il importe que le notariat y soit sensible – la jurisprudence de la Cour européenne (CEDH

54• cf. Bernard Beignier in «Libertés et droits fondamentaux», prec. p 190.

55• L'art. 2 al.1 de la Grundgesetz du 23 mai 1949 dispose en effet «Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung ihre Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt». Ce que l'on peut traduire ainsi: «Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale.»

56• V., L'année judiciaire, 1968-1969.

57• Cass. 1^{re} civ., 23 oct. 1990, n° 89-13.163, Bull. civ. I, n° 222, RTD civ. 2007, p. 309, obs. J. Hauser.

58• cf. CE, ord, 25 octobre 2007 n° 310125, M^{me} Y, rec. Lebon; Olivier Le Bote «Le respect de la vie privée comme liberté fondamentale», RFDA 2008 p 328.

cf. supra) est capitale. Qui a pu oublier dans le notariat, le célèbre Arrêt MAZURECK ⁵⁹ qui condamna la France à modifier sa législation en matière de filiation discriminante à l'égard de l'enfant adultérin? Le notariat actuel tire-t-il toujours toutes les conséquences de cette jurisprudence supranationale, mais qui s'impose en droit interne? Il lui importe d'y être attentif car elle évolue en permanence. En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme estime que « La Convention et ses protocoles doivent s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui » c'est-à-dire « des conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques » compte tenu de l'évolution de la société ⁶⁰. (La Cour adopte « une interprétation dynamique et évolutive » de la Convention afin de « réagir... au consensus susceptible de se faire jour »! ⁶¹). La mondialisation ou du moins l'occidentalisation du droit est en marche. Il est certain que tout cela peut inquiéter le juriste compte tenu de l'accélération de l'Histoire qui entraîne une modification plus rapide de la société et donc du droit.

2.2 Les textes : des sources de droit prestigieuses et un anniversaire

Nous les trouverons tant au niveau supra national (2.2.1) qu'au niveau national (2.2.2).

2.2.1 – Textes internationaux

La déclaration universelle des droits de l'Homme a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 ⁶². Cette déclaration n'est pas contraignante. Cependant une partie est considérée comme « principes généraux du droit » au sens de l'art. 38 1° (C) des statuts de la Cour internationale de justice. Son poids moral est incontestable. Sa force résulte aussi de son adoption sans aucun vote « contre » ⁶³. Elle réalise une internationalisation des droits de l'homme. Concernant notre thème, notamment son art. 12 ⁶⁴, prévoit que :

« Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance ; ni d'atteinte à son honneur et

59• Affaire Mazurek c. France 3^e Section (Requête n° 34406/97) Arrêt Strasbourg 1^{er} février 2000 <http://vlex.com/vid/affaire-mazurek-c-france-26890286#ixzz0ndK49K2z>;

60• cf. notamment CEDH, 13 juin 1979, Marckx/Belgique et CEDH, 11 juillet 2002, Goodwin/Royaume Uni.

61• cf. G. Lebreton « Liberté publiques... » prec. p 28 note 6.

62• Publication au JO de la France, le 19 février 1949.

63• Seules se sont abstenues Biélorussie, Tchécoslovaquie, Pologne, Arabie Saoudite, Ukraine, URSS, Union Sud-Africaine et Yougoslavie. Soit 8 abstentions, 48 voix pour et 0 voix contre.

64• Il existe d'autres articles intéressant notre thème comme l'art. 16 relatif au droit de se marier, qui précise que « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat », l'art. 17 relatif au droit de propriété, l'art. 18 relatif à « la liberté de pensée, de conscience ou de religion » etc.

à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.»

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDC)

L'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) adopta le 16 décembre 1966 deux pactes dont le PIDC, l'autre étant relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Ce pacte est entré en vigueur le 23 mars 1976. Son art. 17 dispose que :

- « 1 - Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.
- 2 - Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. »

D'autres articles concernent également la vie privée, comme l'art 23 (relatif à la famille, au droit de se marier). Le pacte prévoit en outre un « comité des droits de l'homme » (art. 28 s.) chargé de la mise en œuvre des droits inventoriés dans le pacte. Ce pacte est applicable directement dans notre droit interne ⁶⁵. C'est-à-dire que le justiciable peut arguer de ce texte devant le juge français. Il est vrai que pour un Européen, la tendance naturelle sera plutôt d'invoquer le texte suivant.

La convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : couramment désignée par les initiales CEDH, ou par les mots « Convention européenne des droits de l'homme », elle a été signée par les quinze Etats composant alors le Conseil de l'Europe, à Rome, le 4 novembre 1950. Ratifiée par la France le 3 mai 1974, elle est applicable sur notre territoire depuis le 4 mai 1974. Elle a été complétée par 13 protocoles qui ont notamment ajouté des droits à ceux consacrés par la Convention. La vie privée est l'objet notamment de l'article 8 de la Convention :

- « 1- Toute personne a le droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
- 2- Il ne peut y avoir d'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Par opposition, la sphère publique n'est pas oubliée, puisque l'art 15. donne au citoyen un certain pouvoir de contrôle sur celle-là :

⁶⁵• cf. Frédéric Sudre, « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux » in Libertés et droits fondamentaux, Dalloz 2008, n° 95 et 103.

« La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ».

La convention internationale des droits de l'enfant⁶⁶ adoptée par l'Organisation des Nations Unies le 20 novembre 1989 (applicable à partir du 2 septembre 1990), traité international qui lie donc les Etats dont la France, dans son art. 16 prévoit :

« 1 – Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

2 – L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. »

Il existe beaucoup d'autres textes relatifs aux droits humains fondamentaux⁶⁷ comme la convention américaine relative aux droits de l'homme (1969), la charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981) ou la déclaration islamique universelle des droits de l'homme (1981)⁶⁸ notamment. Mais ces textes n'ont pas vocation à s'appliquer de façon efficace sur le sol français contrairement aux textes qui précèdent ou à ceux qui vont suivre.

Reste la **Charte européenne des droits fondamentaux**⁶⁹, qui est applicable aux institutions européennes, mais n'a pas vocation pour l'instant à s'appliquer directement aux Européens sauf – et c'est nouveau – au travers des décisions des juridictions européennes⁷⁰.

66• Pour un exemple d'application par le juge français de cette convention, cf. Cass. civ. 1re, 17 mars 2010 (pourvoi n° 08-14.619) à propos du nom de l'enfant « Mais attendu qu'après avoir justement rappelé que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions concernant les enfants conformément à l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 et que cette disposition était directement applicable devant les tribunaux français ».

67• cf. par exemple, le recueil de documents internationaux et nationaux destiné aux participants du colloque international sur le thème « Le notariat au service de la paix privée » organisé par l'Institut international d'histoire du Notariat » en 1993 produit par la communauté française de Belgique et l'agence de coopération culturelle et technique.

68• Art. XXII « Toute personne a droit à la protection de sa vie privée ».

69• La charte des droits fondamentaux proclamée par les présidents du Parlement européen du Conseil et de la Commission le 7 décembre 2000 représente la synthèse des valeurs communes à l'UE. Cette Charte est appelée à devenir juridiquement contraignante dans la future Constitution de l'Union. Sur ce texte cf. http://www.europarl.europa.eu/comparl/libe/els/charter/default_fr.htm.

70• Cependant dans un arrêt du 27 juin 2006 concernant la directive sur le regroupement familial (affaire C-540/03), la Cour de justice a fait une référence explicite à la charte et en a souligné l'importance.

Elle comporte notamment⁷¹ un article 7 consacré au RESPECT DE LA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE (« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications »).

2.2.2 – Textes français

Constitutions françaises

Nous ne perdrons pas de temps avec le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁷², qui ne parle d'ailleurs pas expressément de la protection de la vie privée, mais relaterons celui de la Constitution du 4 octobre 1958 qui indique cursivement : « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 ». Le Conseil constitutionnel a solennellement affirmé dans une décision du 16 juillet 1971⁷³ que le préambule de la Constitution de 1958 faisait partie intégrante de la norme de référence pour le contrôle de la constitutionnalité (et donc avec lui la Déclaration de 1789 et le préambule de 1946). C'est dans cette même décision que le Conseil consacre les mots « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » en les dotant d'un contenu, notamment toutes les libertés traditionnelles françaises dont certaines ne figurent pas dans la Constitution ! De facto, le droit au respect de la vie privée était reconnu avec valeur constitutionnelle. Mais c'était bien tard. En effet le législateur, un an avant, avait modifié le Code civil. Hiérarchiquement il n'était pas inutile d'obtenir cette reconnaissance de valeur constitutionnelle, cela d'autant plus que la Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009⁷⁴ relative à

71• En réalité tout le chapitre consacré aux libertés pourrait être cité article 6 à 10, dont l'art. 8 consacré à la protection des données personnelles.

72• A son propos l'analyse de François Terré est intéressante « Le préambule de 1946, à l'évidence, était dénué de toute portée juridique. Cela ne l'empêcha pas de servir au Conseil d'Etat qui s'y référa maintes fois pour l'élaboration de principes généraux du droit » in « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », prec. p 22.

73• CC 16 juillet 1971 GDCC. A propos de la liberté d'association. Le Conseil constitutionnel a joué sur le mot « attachement » pour conférer au préambule de la constitution de 1946 une valeur constitutionnelle... Gilles Lebreton a pu parler à propos du raisonnement du Conseil constitutionnel d'un brillant stratagème, alors que la liberté d'association ne figure dans aucun des trois textes de 1789, 1946 ou 1958 ! (cf. Libertés publiques et droits de l'homme » prec. p 140).

74• Entrée en application le 1^{er} mars 2010. Deux décrets d'application n° 2010-148 et n° 2010-149 du 16 février 2010 J.O. du 18. Notons que la Cour de cassation a saisi la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) d'une question préjudicielle portant sur la procédure de la question de priorité de constitutionnalité (QPC). La procédure de la QPC est-elle contraire au droit communautaire ? Dalloz actualité 23 avril 2010.

la question prioritaire de constitutionnalité est venue accroître l'intérêt de cette reconnaissance suprême⁷⁵. Expressis verbis le droit au respect de la vie privée ne figure pas dans la Constitution française contrairement à la quasi-totalité des autres constitutions de l'Union européenne. Le récent rapport sénatorial DETRAIGNE/ESCOFFIER relatif au respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques n'a pas manqué de le remarquer et recommande d'« inscrire dans notre texte constitutionnel la notion de droit au respect de la vie privée »⁷⁶.

La loi de 1970 et l'art. 9 du Code civil

A la suite d'une campagne de presse dénigrant celui qui allait devenir Président de la République, Georges Pompidou⁷⁷, le législateur a réagi en votant une loi qui aura QUARANTE ANS⁷⁸ le 17 juillet de cette année, la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens (art. 22, JO 19 juill.). Depuis cette loi, le Code civil comprend un article 9 ainsi libellé :

« 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 référé ».

Ce texte a pris la place de l'article 9⁷⁹ du Code Napoléon, relatif à la « réclamation de la qualité de Français par un individu né en France d'un étranger », qui avait été abrogé par une loi du 10 août 1927.

75• cf. Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel art. 23-1.

76• cf. Recommandation n° 15 du Rapport d'information « la vie privée à l'heure des mémoires numériques. Pour une confiance renforcée entre citoyen et société de l'information », commission des lois, session ordinaire de 2008-2009 (27 mai 2009) n° 441- ISSN 1249-4356 prix 5€

77• cf. l'affaire « Markovic », 1968. *lexpress.fr* du 26/07/2007 : 1968 – L'affaire Markovic, Pompidou dans la tourmente. L'objectif était semble-t-il en utilisant des éléments supposés de la vie privée de Georges Pompidou (et surtout de sa femme Claude), de discréditer celui-ci et l'empêcher d'accéder au pouvoir suprême.

<http://www.lexpress.fr/info/france/dossier/clearstream/dossier.asp?id=458954>.

78• cf. Jacques Charlin « La vie privée et le praticien – A l'occasion des quarante ans de l'article 9 du Code civil », *Droit et Patrimoine* 2010 n°192 mai, p 26.

79• C. civ., art. 9, abrogé : « Tout individu né en France d'un étranger, pourra, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, réclamer la qualité de Français ; pourvu que, dans le cas où il résiderait en France, il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et que, dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il l'y établisse dans l'année, à compter de l'acte de soumission ».

Cet article 9 C.c. sera au cœur des réflexions du congrès, des travaux des rapporteurs et des remarques des participants. Mais il existe d'autres textes plus récents dont voici les principaux.

Depuis, d'autres textes particuliers

- Une loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 portant diverses dispositions relatives à la réforme de la procédure civile a prévu pour protéger la vie privée, une possibilité pour le juge⁸⁰ que l'on retrouve dans l'article 435 C.p.c. « Le juge peut décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice. »
- La très importante loi n° 78-17 du 6 janv. 1978, dite « loi informatique et libertés » qui pose dans son art. 1^{er} un principe : « L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. L'informatique ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ».

Nous devons signaler que l'Allemagne fédérale (RFA) s'est très tôt préoccupée de cette même question et que notamment en 1970 le Land de Hesse⁸¹ a adopté la première loi, dans le monde, relative à la protection des données personnelles, relayée ensuite par une loi fédérale⁸². Un texte européen en 1981 a généralisé la protection aux États membres du Conseil de l'Europe⁸³.

80• Une disposition semblable existe au niveau de la Cour Suprême, prévu par l'article 1016 C.p.c. Conformément aux articles 11-1 et 11-2 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 modifiée, les débats sont publics. La Cour peut néanmoins décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice. Les arrêts sont prononcés publiquement.

81• La „Hessisches Datenschutzgesetz für die öffentliche Verwaltung“ (Loi de protection des données personnelle pour l'administration publique) texte d'origine du 7. Octobre 1970 (GVBl. I 1970 S. 626) entré en vigueur le 13 octobre (§ 17 Gesetz vom 7. Oktober 1970) remanié depuis plusieurs fois.

82• Bundesdatenschutzgesetz, abrégée BDSG – Remarquons que le secret postal et le secret des télécommunications protègent déjà l'individu en vertu de l'article 10 de la loi fondamentale allemande (Grundgesetz) : « Das Briefgeheimnis sowie das Post und Fernmeldegeheimnis sind unverletzlich ».

83• Conv. Cons. Europe 108, dite « Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel », Strasbourg, 28 janv. 1981, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985.

Cette loi 1978 a également créé dans son article 11, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL)⁸⁴.

Dans ce même domaine, le décret n° 85-1203 du 15 nov. 1985 porte publication de la convention « pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel », signée à Strasbourg le 28 janv. 1981⁸⁵. On peut retenir aussi la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 (JOCE L. 280 du 23 nov.) relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, ou la Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 (JOCE L. 201 du 31 juillet) concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

Les professions juridiques organisées de façon moderne, grandes utilisatrices de moyens informatiques, télématiques, sont à l'évidence concernées par ces textes. Or l'art. 50 de la loi de 1978 précise que « Les infractions aux dispositions de la présente loi sont prévues et réprimées par les articles 226-16 à 226-24 du Code pénal ». Il convient donc d'être vigilant car les sanctions sont sévères⁸⁶.

• Une loi 94-653 du 29 juillet 1994 (JORF 30 juillet 1994) relative au respect du corps humain, a notamment créé un article 16 dans le Code civil ainsi libellé :

« La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie », et un article 16-1 dans ce même code :

« Chacun a droit au respect de son corps.

Le corps humain est inviolable.

Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

84• La CNIL se définit comme suit : La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) est une institution indépendante chargée de veiller au respect de l'identité humaine, de la vie privée et des libertés dans un monde numérique. Cf. <http://www.cnil.fr/la-cnil/>. Elle comprend 17 membres. Son président actuel est Alex Türk

85• On rappellera que l'art. 1er de cette convention de Strasbourg est le suivant : « Le but de cette convention est de garantir sur le territoire de chaque partie, à toute personne physique, quelle que soit sa nationalité ou sa résidence, le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, et notamment de son droit à la vie privée à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant (" protection des données "). »

86• Article 226-16 C. p. « Le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en œuvre prévues par la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende ».

De même que – plus connu à raison de la divulgation de la règle qu'il comporte par des journaux à sensation⁸⁷ – l'art. 16-10 :

« L'étude génétique des caractéristiques d'une personne ne peut être entreprise qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique.

Le consentement de la personne doit être recueilli préalablement à la réalisation de l'étude. »

• Une loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes a prévu dans son art. 91 la création d'un art. 9-1 dans le Code civil posant le principe du droit au respect de la présomption d'innocence :

« Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence.

Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte ».

On sait ce qu'il en est de nos jours de l'application de ce beau principe que certains, au nom de la liberté de la presse et de la liberté d'expression, soit pour « faire de l'audience » soit pour « augmenter les ventes au numéro » – synthétiquement pour gagner plus d'argent – n'hésitent pas à bafouer.

• La grande loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (JORF 5 mars 2002) a créé (art. 4) dans le Code civil l'art 16-13 :

Nul ne peut faire l'objet de discriminations en raison de ses caractéristiques génétiques.

Dans le domaine de la santé, cette même loi n° 2002-303 a créé l'art. L. 1110-2 C.s.p. et pose le principe selon lequel :

La personne malade a droit au respect de sa dignité.

De même l'art. L 1110-4 c.s.p. édicte :

« Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant ».

Les notaires seront particulièrement intéressés par le dernier alinéa de cet article relatif aux droits des ayants-droit face au secret médical concernant le défunt.⁸⁸

87• cf. par exemple l'affaire Yves Montand.

88• Article L1110-4 c.s.p. alinéa 7 : Le secret médical ne fait pas obstacle à ce que les informations concernant une personne décédée soient délivrées à ses ayants droit, dans la mesure où elles leur sont

- La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique eut une grande importance s'agissant des droits de la personne relativement à ses caractéristiques génétiques – et quoi de plus privé? Elle régit aussi la question des dons et de l'utilisation des éléments et produits du corps humain sans oublier les questions de procréation et embryologie (clonage reproductif, recherche sur l'embryon et les cellules souches etc.) qui ne peuvent laisser indifférents les juristes de la filiation notamment.

- La loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 (JORF n° 0003 du 5 janvier 2010 page 272) relative à la protection du secret des sources des journalistes qui a modifié la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, prévoit dans son article 1^{er} le principe de la protection du secret des sources :

« Il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi. Cette atteinte ne peut en aucun cas consister en une obligation pour le journaliste de révéler ses sources ».

Quelle relation peut-il y avoir avec le secret professionnel? Le journaliste doit-il être mieux traité?

- Signalons enfin une proposition de loi, déposée au Sénat⁸⁹, visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique, adoptée par le Sénat le 23 mars 2010 et transmise à l'Assemblée nationale le 24 mars 2010.

3 – L'importance et l'intérêt pour le notariat

Le respect de la vie privée est une question d'actualité qui concerne le notariat, parce que le notariat vit dans la société, parce qu'il est séculier. Il vit au rythme du public, dont il est chargé de traduire les évolutions sociologiques, voire philosophiques dans ses actes notariés.

Or LA VIE PRIVÉE, est une QUESTION SUR LE DEVANT DE LA SCÈNE MÉDIATIQUE! Chaque jour ou presque nous apporte une nouvelle, une pratique ou une réglementation en relation avec l'atteinte à notre vie privée. Tout le monde est concerné: Public (1), juristes (2) professionnels du droit (le plan déontologique) (3).

88 (suite) • nécessaires pour leur permettre de connaître les causes de la mort, de défendre la mémoire du défunt ou de faire valoir leurs droits, sauf volonté contraire exprimée par la personne avant son décès.

89• Texte n° 93 (2009-2010) de M. Yves Détraigne et M^{me} Anne-Marie Escoffier, déposé au Sénat le 6 novembre 2009.

1. Une sensibilité certaine du public (les clients)

Remarquons d'emblée, que si certains français n'ont pas encore intégré la question, la République se chargera très vite de les réveiller, si le rapport d'information des sénateurs Yves DETRAIGNE et Anne-Marie ESCOFFIER et de leur groupe de travail est suivi d'effets. Celui-là⁹⁰ insiste dans le cadre d'une recommandation n° 2 sur la nécessité de « Promouvoir l'organisation et le lancement d'une campagne d'information à grande échelle destinée à sensibiliser les citoyens aux enjeux liés à la vie privée et à la protection des données à l'heure du numérique ainsi qu'à les informer des droits que leur reconnaît la loi "informatique et libertés" ». La plupart de nos concitoyens sont cependant déjà très avertis en ce domaine, mais peut être sans véritable conscience de toutes les conséquences possibles.

Qui n'a pas encore en tête le tollé rencontré lors de l'élaboration par le ministère de l'intérieur du projet SAFARI (Système Automatisé pour les Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus) synthétisé par Philippe BOUCHER dans son article « SARAFI ou la chasse au Français »⁹¹. Il s'agissait de connecter tous les fichiers concernant les Français en utilisant leur numéro d'indentification (NIR⁹²). Le projet face à la protestation fut finalement retiré. Depuis, seules les administrations fiscales et sociales sont autorisées à se connecter sous certaines conditions⁹³. Il est bien évident que la fraude massive en la matière, mais aussi la nécessité de transparence de l'Etat à raison de sa dette publique, vis-à-vis du monde de la finance, renforce la légitimité de cette quête. (Il faut montrer que la France est capable de lever l'impôt pour rassurer les marchés. D'un autre point de vue cette parfaite transparence laisse voir la faible marge de manœuvre de la France, par rapport à d'autres pays comme par exemple, l'Italie dont on prétend que le PIB officiel ne prendrait en compte que 70 % de la réalité). Retenons cependant du « tollé » sus-rappelé que les Français ne sont pas favorables au fichage, aux fichiers, aux interconnexions de fichiers, et cela même si c'est l'Etat qui en est l'auteur. On imagine leur réaction si ce sont des entreprises privées qui cherchent à les pratiquer.

De même le vol d'identité, et pas seulement sur internet, mais au moyen de documents officiels, en papier... dont le CREDOC nous apprend qu'il

90• cf. Rapport d'information « la vie privée à l'heure des mémoires numériques. Pour une confiance renforcée entre citoyen et société de l'information » prec.

91• cf. journal Le Monde du 21 mars 1974.

92• Numéro d'inscription au répertoire des personnes physiques (abrégié en NIRPP ou simplement NIR).

93• cf. Décision du Conseil constitutionnel N° 98-405 DC Loi de finances pour 1999 art. 107.

concernerait environ 210 000 Français par an⁹⁴. Un notaire ne s'est-il jamais fait piéger par un voleur d'identité? Autre aspect de la question, le notaire fait-il le nécessaire pour éviter tout vol d'identité de son client dans son office notarial?

Dans la même veine, mais circonscrite à la navigation sur la toile, l'usurpation d'identité peut se faire avec l'adresse IP (l'immatriculation de votre ordinateur sur le réseau) pour effectuer des téléchargements illégaux⁹⁵. Et cette question est si sérieuse que le législateur dans sa loi HADOPI 1⁹⁶ (Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet) a créé un article L 336-3 dans le Code de la propriété intellectuelle qui impose au titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation en violation de droits d'auteur et droits voisins.

On nous apostrophe: « MMA lance son coffre-fort numérique »⁹⁷! (Attention de ne pas le recevoir sur la tête). La chambre des notaires de Paris fait de même, mais plus discrètement.⁹⁸

Mais cela rappelle aux gens que l'internet est dangereux, que les fichiers peuvent disparaître, que le numérique n'est pas sûr. L'office notarial qui conserve bon nombre de données dans des fichiers numériques est-il bien sûr? Mettons les choses au pire: si l'acte authentique est numérique, quid de sa conservation⁹⁹? N'y a-t-il pas un risque de pillage par des tiers? Le grand public sait maintenant que les supports numériques n'ont qu'une durée de vie de 5 ou 10 ans environ. Quid alors du grand minutier numérique

94• Un chiffre plus important que les cambriolages à domicile (150 000) et que les vols d'automobiles (130 000) », souligne l'enquête cf. « Les Français face à l'usage frauduleux de leurs documents papiers. Connaissances, attitudes et comportements » F. Lehuédé CREDOC N° S3584 - octobre 2009; Le coût pour la société d'un tel phénomène frôle les 4 milliards d'euros. cf. Charles Copin « Il était une fois l'identité », publié chez OCE, en 2006.

95• cf. Usurpation d'identité, téléchargement: la fiabilité de l'adresse IP mise en cause; in lemonde.fr, 3 mai 2010, 15 h 51.

96• La loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 modifiée par la loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (HADOPI II).

97• cf. Journal le Tout Lyon: 27 février 2010 Rubrique Economie: Prévoyance – p15. MMA met en place un coffre-fort électronique ouvert à tous les internautes afin de répondre à une demande de protection de la vie numérique dans un contexte de dématérialisation de plus en plus fort.

98• cf. Christian Pisani et Jean-François Pillebout « Le dépôt électronique notarial » JCP N. 2009 n°36, 4; informations professionnelles § 1253 p 19-20.

99• cf. le rapport d'un groupe de travail commun Académie des sciences et Académies des technologies, « Longévité de l'information numérique - Les données que nous voulons garder vont-elles s'effacer? » Éditions EDP Sciences - mars 2010 - 14 €.

– MICEN – condamné à une migration perpétuelle? Alors pour le client, le notaire conserve-t-il toujours bien ses données personnelles?

Quotidiennement dans la rue, dans une copropriété, mais aussi dans l'entreprise – notariale éventuellement – des caméras de surveillance nous observent. Sont-elles légalement installées? La vie privée des passants, des locataires, des occupants, des clients, des collaborateurs, des associés est-elle respectée?

La polémique naissante ¹⁰⁰ à propos du projet de Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI 2) ¹⁰¹ prévoyant la création de logiciels espions pour la police qui permettraient « la cyber-perquisition » à l'insu des propriétaires des ordinateurs ne va-t-elle pas enfler, à l'instar de l'affaire SAFARI? Le possible art. 706-102-1 Code de procédure pénale prévoit « Lorsque les nécessités de l'information concernant un crime ou un délit entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge d'instruction peut, après avis du procureur de la République, autoriser par ordonnance motivée... ». Voté en première lecture à l'assemblée nationale, ce projet de loi serait représenté au Sénat en septembre.

La progression du chiffre d'affaires de la société INTELIUS ¹⁰² aux Etats Unis est assez éclairante sur le voyeurisme ambiant : cette société propose à ses clients pour 7,95 dollars en 2006, de retracer la vie privée de toute personne à laquelle s'intéressent les clients (mariage, divorce, nombre d'enfants, déménagements, revenu, valeur de son bien immobilier, surface de sa maison, nombre de pièces et même mode de chauffage, enfin « profil » de la population environnante : pourcentage de Blancs, de Latinos ou de Noirs, niveau d'éducation et de revenus). Pour un peu plus, on peut connaître les antécédents judiciaires... Pour l'instant l'Europe est épargnée grâce à une réglementation interdisant le croisement de fichiers, sauf peut-être par l'Etat français. Mais les réactions des européens seraient-elles différentes de celles des américains (chaque mois 30 millions de visiteurs du site)?

FACEBOOK. Comment ignorer facebook, alors que bon nombre de personnes dont des enfants sont inscrits sur ce réseau social (15 millions, en France, 400 millions dans le monde), imaginé par l'américain Mark ZUCKERBERG. Ouvert au grand public depuis 2006 (Créé à Harvard et réservé aux étudiants à l'origine) il permet de publier des photos, des informations sur soi-même, sa famille, ses amis. C'est en réalité de l'auto-fichage. On aime se voir sur un

100• cf. Isabelle Mandraud « Les logiciels-espions de la police inquiètent les gardiens des libertés » Le Monde 25 juillet 2009 p. 1 et voir l'art. 23 du projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure) par l'Assemblée nationale le 16 février 2010.

101• Projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, n° 1697, déposé le 27 mai 2009.

102• 780 % depuis 2003 cf. Liberation.fr 11-08-2006. Voir le site « inteli.us.com ».

écran. On aime que les autres – vos amis, vos connaissances, des inconnus, tous les autres – vous regardent. Bien sûr sans se rendre compte des dangers potentiels. Or indépendamment des piratages dont a été l'objet ce site, son fondateur tient des propos inquiétants ; Mark ZUCKERBERG estime que la façon dont on considère la vie privée a évolué avec l'arrivée des nouveaux médias et en conclut qu'elle devrait disparaître ! Méfiance donc.¹⁰³ Le devoir de réserve de l'officier public ne lui impose-t-il pas de rester discret ? Dans le grand public – ambigu puisque complice – cela entretient cependant, du moins chez les gens responsables, le questionnement sur la mise en cause de la vie privée.

Un paradoxe

Paradoxalement, celui qui veut être regardé par tous les autres, ne veut pas forcément être vu ! Il veut donc conserver un jardin secret, une vie privée. On connaît des exemples célèbres de ce phénomène apparemment incompréhensible.

Dans le monde du cinéma, une Brigitte BARDOT à l'indécence superbe et naturelle, n'a en réalité vraiment jamais rien divulgué de son intimité, quasiment pas de scandale dans sa vie familiale, encore moins de pornographie.

Dans le monde politique, un Jacques CHIRAC, cet animal politique, ne nous a rien livré de sa vie privée. Philippe SEGUIN, prétendait même qu'il était plus secret et plus difficile à démasquer que MITTERAND allant même jusqu'à se faire passer pour inculte pour déjouer les intrigues des journalistes.

Dans les deux cas, le devant de la scène, mais le secret de leur vie privée.

L'image en quelque sorte protégerait contre l'atteinte à la personne. René MAGRITTE avait raison, « Ceci n'est pas une pipe ». Peut-être est-ce encore plus complexe ? La caméra, l'appareil photo, l'internet, et surtout l'image qu'ils permettent, seraient-ils « l'objet » dans l'analyse du désir mimétique de René GIRARD¹⁰⁴ ? Quoi qu'il en soit on retiendra l'importance – le sacré peut-être – de l'espace privé.

Mais le respect de la vie privée peut avoir des limites – d'où un équilibre à trouver

Quelles sont les limites au respect dû à la vie privée ? Et l'affaire du voile islamique¹⁰⁵ (burqa ou niqab) n'est, bien évidemment, qu'une facette

103• La Fédération des associations de consommateurs allemands (Verbraucherzentrale Bundesverband -VZBV), qui regroupe quarante-deux associations, appelle, elle, au boycott de Facebook. cf. « Appel au boycott de Facebook en Allemagne » lemonde.fr, 9 avril 2010.

104• Mensonge romantique et vérité romanesque, Grasset, 1961 et poche coll. Pluriel depuis 2008.

105• La mission d'information sur le voile intégral, présidée par André Gerin, a remis au président de l'Assemblée nationale, le 26 janvier 2010, un rapport qui affirme « le refus de la République » face à cette pratique.

d'un problème dont s'est emparé le législateur ¹⁰⁶. Il n'empêche que la question se pose au praticien à l'occasion de la comparution à la signature d'un acte.

Quelles sont les causes légitimes d'atteintes portées à la vie privée? Normalement, seul un intérêt supérieur doit pouvoir permettre de passer outre cette liberté. La menace d'un acte terroriste. Ou tout simplement le respect de la liberté d'autrui. N'apprend-on pas (ou ne devrait-on pas apprendre?) à tout enfant, que la liberté des uns s'arrête où commence celle des autres? Par là, on ne fait que vulgariser une idée de bon sens, logique dans une vie en société et qui se retrouve dans l'art 4 de la déclaration des droits de l'Homme de 1789 (cf. supra).

On se rappellera la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, européenne, (CEDH) et son art. 8-2 ¹⁰⁷ qui définissent les causes légitimes de l'ingérence de l'autorité publique dans la vie privée: il faut tout d'abord une loi, et ensuite une raison supérieure (comme le maintien de l'ordre ou de la paix, la bonne santé économique d'un pays, la protection de la santé et de la morale, la liberté d'autrui).

On se rend alors compte que ces limites sont morales ou juridiques. On devrait même dire seulement juridiques, puisque c'est le droit qui légitime la morale.

Il appartiendra donc au droit et au juriste de trouver cet équilibre entre la nécessité sociale et l'impératif individuel.

Puisse ce congrès participer à cette quête d'équilibre!

Après ce long rappel sociétal, venons-en à l'intérêt du thème pour le notariat, en son «cœur de métier», c'est-à-dire l'intérêt juridique.

106• L'Assemblée nationale a adopté, le 11 mai 2010, à 434 voix (pour 435 votants), une proposition de résolution (art. 34-1 Const.) présentée par Jean-François Copé et Nicole Ameline, portant sur «l'attachement au respect des valeurs républicaines face au développement des pratiques radicales qui leur portent atteinte». Enfin Michèle Alliot-Marie a présenté, lors du conseil des ministres du 19 mai 2010, un projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public comprenant deux articles dont voici des extraits: «Article 1^{er}: Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage. Article 2: I. - Pour l'application de l'article 1er, l'espace public est constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public.» On peut considérer que l'office notarial est un lieu ouvert au public.

107• 8-2: «Il ne peut y avoir d'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

2. Un intérêt pour le juriste

La procédure (2.1) puis le fond du droit (2.2) nous retiendront.

2.1 La procédure

Le client peut être concerné ou intéressé par la défense de sa vie privée. Il appartiendra parfois à son notaire de l'orienter. En effet, il existe de nombreux moyens de défense pour faire respecter sa vie privée :

Tout « citoyen » de l'Union européenne, peut invoquer les textes supranationaux européens (2.1.1), et les textes nationaux (2.1.2).

2.1.1 – Au niveau supra-national

Il peut être utilisée notamment la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La valeur normative de cette convention est importante, puisque, outre les droits qu'elle énonce, elle organise le contrôle de leur respect. Pour ce faire, ont été créés deux organes de contrôle, d'une part la Commission européenne des droits de l'Homme, et d'autre part la Cour européenne des droits de l'homme ¹⁰⁸ dont les sièges sont, pour les deux, à Strasbourg.

En sorte qu'elle devient un outil très puissant : en effet cette règle de droit supra nationale contenue dans la Convention européenne des droits de l'homme, peut être invoquée par le justiciable devant le juge français (en droit interne). Il en va de même de la jurisprudence de la Cour européenne. Mieux encore, le citoyen français ¹⁰⁹ a la possibilité de former un recours direct devant la Cour européenne pour obtenir une décision qui s'imposera à la France.

Le droit positif contemporain européen protecteur de la vie privé est donc à la disposition de chaque citoyen.

2.1.2 – Les textes nationaux

1° En ce qui concerne la **Constitution française**, là encore, le citoyen a vu récemment ses possibilités de recours renforcées lors de la révision de la

108• La Cour comprend 46 juges (un juge par Etat) élus pour 6 ans par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Ils siègent à la Cour à titre individuel et sont totalement indépendants. Le Président de la Cour est élu au sein de ces juges. Depuis 2007, il s'agit d'un Français, Jean-Paul Costa.

109• La Cour européenne des droits de l'Homme peut être saisie d'une requête à l'encontre d'un Etat partie par un autre Etat partie, mais surtout par des particuliers (individus, associations, personnes morales) depuis l'introduction du droit de recours individuel en 1981 (accepté par l'ensemble des Etats parties). Sur ce sujet cf. « La CEDH : comment la saisir ? Qu'en attendre ? » L'AJ Pénal, dans son numéro 2/2010, consacre un dossier à la CEDH constitué des articles suivants : (AJ Pén. 2010. 57). • La saisine de la CEDH : vade mecum, par Pascal Dourneau-Josette ; • La recevabilité des requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme, par Philippe Roublot ; • L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, par Elisabeth Lambert Abdelgawad.

Constitution par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 (articles 46-I) et la loi organique ci-dessus rappelée n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.¹¹⁰ Une question prioritaire d'inconstitutionnalité peut être soulevée par tout citoyen engagé dans une procédure, non pour n'importe quel grief d'inconstitutionnalité, comme cela se passe dans la quasi-totalité des pays européens, mais seulement lorsqu'« une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit » (formule de la Constitution) ou « aux droits et libertés garantis par la Constitution » (formule de la loi organique). Cela dit le respect de la vie privée pourra être l'objet de cette nouvelle garantie donnée par la Constitution française. C'est une façon de conserver le litige en France, car en l'absence de cette possibilité, le citoyen peut utiliser la voie européenne (donc supra-nationale) pour faire valoir ses droits !

2° Le **Code civil** ou le **Code de procédure civile** pourront être et seront le plus souvent utilisés par les plaideurs. En conséquence, les recours se feront le plus fréquemment devant les juridictions de droit commun, et parmi elles, le juge des référés. Car très souvent, la vie privée, le droit à l'image sont attaqués par le biais de l'exercice de la liberté d'expression ou de communication ou de la liberté de la presse. La plupart du temps, il faudra agir vite pour éviter par exemple que la fausse information se répande. Le droit commun des référés figure aux articles 808 et 809¹¹¹ C.p.c. Mais il existe en matière de protection des droits de la personnalité des référés spéciaux, le plus connu étant celui prévu par l'art. 9 al. 2 C.c. Sa mise en œuvre nécessite qu'il y ait « urgence » et « atteinte à l'intimité de la vie privée ». Mais on peut dire que la jurisprudence en notre domaine a très logiquement édicté une véritable présomption d'urgence¹¹². En dehors du référé, le juge de droit commun pourra être saisi pour une action en réparation.

110• Une circulaire de présentation de la question prioritaire de constitutionnalité a été établie par la Chancellerie le 24 février 2010 consultable sur internet, commentée par Sabrina Lavric « Question prioritaire de constitutionnalité : procédure devant les juridictions judiciaires » in Dalloz 2010 p. 564.

111• Art. 809 al. 1 « Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. »

112• cf. Cass. civ. 1^{re}, 12 déc. 2000, 2 arrêts, n° 98-21.161, Bulletin 2000 I N° 321 p. 208 et n° 98-13.875, Bulletin 2000 I N° 341 p. 220 : « attendu que la seule constatation de l'atteinte au respect dû à la vie privée et à l'image par voie de presse caractérise l'urgence et ouvre droit à réparation ». D. 2001. 2434, note J.-Ch. Saint-Pau ; JCP 2001. II. 10488, concl. J. Sainte-Rose et note J. Ravanais.

En ce qui concerne la compétence territoriale, l'article 46¹¹³ du Code de procédure civile est très accommodant avec le demandeur dont la vie privée n'a pas été respectée : lorsque l'atteinte est portée par voie de presse ou par internet, on peut donc choisir une juridiction en fonction des bonnes dispositions d'ordinaire de celle-ci, à l'égard de ceux atteints dans leur personnalité. On a pu parler à ce propos de « forum shopping »¹¹⁴.

En matière procédurale, la protection de la vie privée va souvent se heurter avec la liberté de la presse objet de la loi du 29 juillet 1881. Et la question se pose du choix du texte sur lequel fonder l'action, par exemple en matière de diffamation ou de diffusion d'informations personnelles ou de l'image d'une personne. L'art. 9 C.c. est plus protecteur du citoyen dont la vie privée est atteinte, la loi de 1881 est plus favorable à la presse (notamment avec des délais de prescription très courts, comme 3 mois, ou la mise à l'écart de l'art. 1382 C.c.). Selon Agathe LEPAGE la tendance jurisprudentielle actuelle serait plus favorable à la presse¹¹⁵. Voyeurisme judiciaire ? Elle considère que « Les abus de la liberté d'expression prévus par la loi du 29 juillet 1881 ou par l'article 9-1 du Code civil ne peuvent être poursuivis sur le fondement de l'article 1382 du Code civil »¹¹⁶. Cette position a été confirmée par une jurisprudence de la Cour Suprême toute récente.¹¹⁷

Enfin remarquons que lorsque nous sommes en dehors du champ de la liberté d'expression, il est plus intéressant d'utiliser l'art. 9 C.c. que l'art. 1382, car la victime n'a pas besoin de rapporter la preuve de l'existence d'un préjudice. En effet pour la Cour Suprême « selon l'article 9 du Cde civil, la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation »¹¹⁸. (Une même solution s'applique pour l'image). Cela dit, pour réclamer une

113• Art. 46 C.p.c. « Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur [...] en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi ».

114• cf. Agathe Lepage Rep. civ. V° « Personnalité (Droits de la) » – septembre 2009 n° 217. « ... en région parisienne, le tribunal de grande instance de Paris, qui dispose d'une chambre spécialisée en matière de presse (17e ch.) et le tribunal de grande instance de Nanterre, connaissent d'une partie importante du contentieux relatif aux droits de la personnalité ».

115• cf. Agathe Lepage pec. n° 209 à 211.

116• Commentaire à la suite de Cass. Civ. 2^e, 8 mars et 21 juin 2001, CCE 2002. Comm. 65, obs. A. Lepage.

117• cf. Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 2010, FS-P+B+I, n° 09-67.624 « les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 tels que, comme en l'espèce, les propos litigieux, qui portent atteinte à la considération et constituent donc des diffamations, ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ».

118• cf. Cass. civ. 1^{re} 5 novembre 1996, n° 94-14.798, Bull. civ. I, n° 378, D. 1997. 403, note S. Laulom, et Somm. 289, obs. P. Jourdain, JCP 1997. I. 4025, n° 1, obs. G. Viney,

indemnisation il faudra bien faire état d'un préjudice et procéder à son évaluation, comme dans le cadre de l'art. 1382 C.c. Seul le lien de causalité, en fin de compte, n'a pas à être établi (mais n'est il pas évident?).

2.2 Le fond du droit

En quoi, au quotidien, le droit notarial – le droit utilisé par les notaires – est-il impacté par cette règle du respect de la vie privée, lato sensu figurant à l'art. 9 C.c. et dans les nombreux autres textes notamment européens rappelés ci-dessus? Signalons que d'autres officiers publics et ministériels, comme les huissiers¹¹⁹, peuvent se poser de semblables questions. Voici quelques exemples concrets quasi classiques, d'implication du notaire dans des problèmes de respect de la vie privée de ses clients. L'essentiel du sujet sera évidemment traité dans le cœur du rapport, qui va suivre.

Le changement de régime matrimonial réalisé conformément à l'art. 1397 C.c. nécessite une homologation judiciaire en présence d'enfant mineur¹²⁰. Or imaginons des époux désireux de modifier leur régime matrimonial, et concomitamment dans l'attente d'un enfant. Quelle peut être la réaction du juriste? Il ne s'agit pas ici de débattre du statut de l'embryon, ni de gloser sur le droit à la vie¹²¹ consacré par l'article 2¹²² de la CEDH, mais très simplement de rappeler la règle classique contenue dans l'adage «*infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*» qui impose qu'un enfant simplement conçu doit être tenu pour né chaque fois qu'il y va de son intérêt! Le droit des libéralités (art. 906 C.c.), des successions (art. 725 C.c.) et de l'assurance (L. 132-8 C. ass.) font application de la règle, si l'enfant naît viable. Que dire alors dans l'exemple ci-dessus? La doctrine, à notre connaissance, est muette sur ce point et la jurisprudence inexistante. Quelle sera l'attitude du notaire chargé de recevoir l'acte? Doit-il interroger l'épouse sur son état physique? Ce serait inconvenant.

118 (suite)• et II. 22805, note J. Ravanais, RTD civ. 1997. 632, obs. J. Hauser; ou encore Cass. civ. 1^{re} 6 oct. 1998, n° 96-13.600, Bull. civ. I, n° 274; Civ. 2e, 18 mars 2004, 2 arrêts, n°s 02-12.743 et 02-13.529, Bull. civ. II, n°s 135 et 137; Civ. 3e, 25 févr. 2004, n° 02-18.081, Bull. civ. III, n° 41. Pour un exemple actuel cf. Cass.civ. 1^{re}, 6 mai 2010, FS-P+B+I, pourvoi n° 09-67.624.

119• cf. Frédéric Denjean, Loïc Choquet, Mylène Lefebvre, Odile Dunand et Olivier Salati « La pratique de l'huissier face au respect de la vie privée » Dr. et Proc. 2009. 313.

120• cf. 1397 C.c. al. 5 Lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs, l'acte notarié est obligatoirement soumis à l'homologation du tribunal du domicile des époux.

121• cf. Catherine Puigelier, Maître de conférences à l'université de Paris XIII, Directrice de l'Institut d'études judiciaires « Qu'est-ce qu'un droit à la vie? » D.2003 p. 2781; Gérard Mémeteau « La situation juridique de l'enfant conçu - De la rigueur classique à l'exaltation baroque », RTD Civ. 1990 p. 611.

122• « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi ».

Doit-il plutôt expliquer la règle, mais dans ce cas ne va-t-on pas vers une homologation génératrice de perte de temps et de frais ? A vrai dire, la pratique notariale ne se pose pas la question. Pourra-t-elle s'abriter un jour derrière le respect de la vie privée ?

Le bail d'habitation : Un bail a été consenti à une personne qui décède. Un ami, un simple ami (non concubin notoire) qui vivait chez le de cujus, mais par intermittence à raison de son activité professionnelle, demande à poursuivre le bail. A-t-il un droit à continuer cette location ? En France l'art. 14 de la loi 89-462 du 6 juillet 1989 prévoit le transfert du contrat au conjoint survivant, au partenaire survivant, au concubin notoire survivant, (ascendant descendant sous certaines conditions) mais pas la personne vivant sous le même toit mais non à charge. Cet ami peut-il prétendre cependant, au nom du droit au respect de la vie privée et familiale, à poursuivre le bail, la loi opérant en quelque sorte une discrimination et ne respectant pas l'art. 9 C.c. ? La Cour européenne des droits de l'Homme a répondu par la négative au visa de l'art. 8 de la CEDH¹²³ au motif notamment qu'il ne se trouvait pas avec le de cujus dans une situation comparable à celle d'un couple, marié ou non, ou à celle de personnes engagées dans un partenariat civil homosexuel, ou encore à celle de parents proches, lesquels peuvent succéder aux droits du titulaire d'un bail après le décès de celui-ci.

La loi de 1989 ne risque donc pas d'être étendue en dehors de son champ d'application actuelle, par la jurisprudence européenne.

Les successions – l'indignité successorale : en droit interne les notaires connaissent bien les règles de l'indignité successorale, qui ont été rénovées par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001. L'art. 726 C.c. est d'interprétation stricte selon la jurisprudence traditionnelle. Notamment, il faut avoir été condamné, pour être déclaré indigne, ce qui ne sera pas le cas de l'héritier décédé avant toute poursuite.¹²⁴ Or, en cas de suicide ou de décès de l'héritier meurtrier, avant la décision pénale, il ne devrait pas y avoir indignité. Il convient cependant de prêter attention à une décision de la CEDH dans une affaire dans laquelle un homme après avoir tué sa femme et sa belle-mère, s'était suicidé laissant deux lettres dans lesquelles il confessait

123• CEDH, 12 mai 2009, requête n° 28456/03 - Korelc c. Slovaquie Arrêt 10363 - Communiqué de presse de la CEDH du 12 mai 2009 (<http://www.echr.coe.int/>), 2009/05/18. En revanche, la CEDH n'admet qu'aux fins de la protection de la famille, il soit refusé de manière générale, la transmission d'un bail aux personnes vivant une relation homosexuelle.cf. CEDH, 2 mars 2010, requête n° 13102/02, Kozak c/Pologne, Communiqué de presse de la CEDH du 2 mars 2010 (www.echr.coe.int/ECHR/homepage_fr.).

124• cf. notamment Raymond Le Guidec - Gérard Chabot – Rep. civ. V° Succession n° 112.

avoir tué son épouse et sa belle-mère. Cela se passe en Roumanie, dont le Code civil comporte une règle similaire à celle française. Le tribunal de Bucarest avait classé sans suite, faute de condamnation pénale. La CEDH a donné raison au père et à la sœur de la femme assassinée pour exclure la famille du mari de la succession de celle-là. Pour la Cour ¹²⁵ les droits successoraux constituent un élément non négligeable de la vie familiale et lorsqu'un Etat membre adopte une législation en matière d'indignité successorale, il faut l'appliquer d'une manière conforme à son but. Le notaire français ne doit-il alors pas tenir compte de cette règle jurisprudentielle ¹²⁶ ? («... une application trop rigide des dispositions légales peut se révéler contraire à l'article 8 de la Convention.») Il est vrai que les descendants de l'indigne le représentent depuis la réforme de 2006 ¹²⁷ et que la question pourrait être neutralisée par cette règle. Mais il reste tous les autres cas (succession testamentaire de l'indigne, absence de descendant et présence d'autres héritiers comme en l'espèce, notamment). L'important ici est que c'est au visa de l'art. 8 de la Convention (Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale...) que la décision a été rendue.

Les éoliennes : Un client vient consulter son notaire, au sujet d'un projet d'édification d'éoliennes dans un champ que possédait son grand-père sur le plateau de Valensole, actuellement inculte. Il a déjà étudié l'aspect économique de la question et discuté du dossier avec son comptable. Mais il est inquiet à raison de l'existence d'un hameau habité par d'anciens soixante-huitards qui risquent de perturber le projet. Le notaire va donc rappeler la jurisprudence du Conseil d'Etat relativement à l'application de l'article R. 111-2 C. urb. (Le juge examine la topographie des lieux, les caractéristiques techniques et la localisation de l'éolienne, eu égard aux risques de rupture de pales) ¹²⁸. Mais pensera-t-il au recours des voisins sur

125• CEDH, 1^{er} décembre 2009, requête n° 64301/01, Velcea et Mazare c. Roumanie ; <http://www.carlescu.com/> Voir l'attendu 133. «Le respect de la vie familiale du requérant aurait exigé la prise en compte des circonstances particulières et, pour ainsi dire exceptionnelles, de l'affaire pour éviter une application mécanique des principes d'interprétation des dispositions de l'article 655 § 1 du Code civil».

126• Lors des travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi de 2001 il avait été envisagé de créer un cas particulier d'indignité facultative, visant à déchoir «celui qui, après avoir donné ou tenté de donner la mort» au défunt s'est donné la mort, aux termes d'un sous-amendement adopté par le Sénat (JO Sénat CR, 21 juin 2001, p. 3426 et s.). Cette proposition n'a finalement pas été retenue par le législateur.

127• cf. art. 755 al. 2 C.c. issu de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

128• cf. CE 27 juillet 2009, Société Boralex Avignon et SAS, n°s 317060, 318281, B ; Dalloz actualité 3 septembre 2009.

les fondements de l'art. 9 C.c. pour non respect de la vie privée, à raison de la nuisance sonore éventuelle? Dans ce cas il pourra être utile de rappeler que la CEDH a tranché cette question ¹²⁹ en faisant la balance des intérêts en concurrence: d'une part la vie privée de l'un, le requérant (art. 8 CEDH), et d'autre part la santé de tous à raison de l'apport bénéfique des éoliennes sur le plan environnemental (art. 1^{er} CEDH). La Cour européenne a rappelé que l'article 8 ne comprend pas en soi, le droit à un environnement sain et calme sauf dans des circonstances suffisamment graves. S'en référant au niveau des nuisances sonores qui ne dépassait pas les recommandations de l'Organisation mondiale de la santé, elle a conclu au rejet de la demande. Le notaire pourrait donc rassurer son client quant au résultat d'une action éventuelle des voisins, sous condition du respect d'un niveau sonore conforme aux limites de l'OMS.

Si ces quelques exemples ont permis une prise de conscience de l'importance de la vie privée dans l'application au jour le jour de notre droit, comme par exemple la fiscalité, ou la réserve héréditaire, il faut se dire que si c'est vrai pour les clients – au stade du traitement juridique de leur dossier – c'est également vrai pour le notaire et ses collaborateurs, au stade de l'exercice de leur profession.

3 Un intérêt professionnel – déontologique (une autre approche de la profession)

Dans l'esprit du notaire, le client est devenu, il y a quelques années déjà, un consommateur. ¹³⁰ Il va devenir une personne dont la vie privée doit être respectée. Et cela sous la pression de deux évolutions contemporaines. D'une part, une plus grande sensibilité à cette question de la part du client (cf. supra), d'autre part une image différente du notaire dont le public peut se demander s'il est encore un confident, notamment à raison de l'évolution des missions que lui confère l'Etat, et s'il n'est pas un prestataire de services comme les autres qui ne cherche qu'à vendre des services. N'oublions pas que l'Etat a assis la rémunération du notaire la plupart du temps sur la matière fiscalement taxable. Et il n'est pas besoin d'être grand clerc pour y voir une connivence entre l'officier public et Bercy. Pour l'instant, le grand public n'a pas conscience des réglementations actuelles visant à lutter contre le blanchiment de l'argent, pensant qu'elles ne concernent que quelques

129• Cour européenne des droits de l'homme, 26 février 2008 (requête n° 37664/04) - Fagerskiold c/ Suède.

130• cf. 81^e congrès des notaires de France « Le consommateur » Lyon 1985.

trafiquants ou fraudeurs. Qu'en sera-t-il demain si la règle actuelle reste inchangée et si le notaire voit son image encore évoluer vers celle de grand inquisiteur? La dualité officier public/professionnel libéral risque de se commuer en dualité inquisiteur/enregistreur. Le public ne conservera-t-il pas alors à l'esprit que la seconde option? Et aurait-il tort en l'état actuel des textes?

De tout cela il conviendra de débattre. Puis il faudra agir.

Pour l'heure, face à ce risque, quelle que soit l'action politique future du notariat, il nous semble qu'une conduite claire au niveau des offices notariaux, doit être adoptée au regard de notre thème.

- Une attitude générale de respect de la vie privée. (3.1)
- Une attitude particulière, quasi didactique, justificatrice des ingérences-exceptions dans la vie privée (3.2).

3.1 Une attitude générale de respect de la vie privée

Et pourquoi ne pas commencer en interne, à l'étude (3.1.1), le réflexe ainsi acquis bénéficiant ensuite au client (3.1.2):

3.1.1 – Au sein de l'office notarial

Il convient de faire le point sur les relations avec les membres de l'office notarial. Respecte-t-on leur vie privée? Par exemple quelle attitude avoir à l'égard d'un collaborateur qui semble utiliser son poste informatique pour des travaux ou du moins des liaisons internet personnelles? Le fait pour un salarié d'avoir stocké des photos à caractère pornographique sur son ordinateur professionnel justifie-t-il son licenciement ¹³¹? Peut-on obliger toutes les personnes travaillant à l'étude à être « badgées », les puces RFID permettant de connaître la place de ceux-ci dans l'étude ou hors l'étude? Peut-on organiser la surveillance du salarié par des moyens techniques modernes? Y a-t-il des caméras de surveillance dans les bureaux, à la caisse, dans la salle d'attente?

Mais cette question concerne aussi les clients ou les fournisseurs.

3.1.2 – Vis à vis du client ou des tiers cocontractants

Respecter la vie privée sera souvent difficile. Car le technicien du droit, s'il maîtrise la règle de droit, aura besoin pour l'appliquer, de connaître des faits juridiques. C'est-à-dire la vie de du client. Bien sûr, un « interrogatoire serré et systématique » est sans doute très efficace, pour procéder à une liquidation successorale, ou matrimoniale. Mais ne risque-t-il pas de choquer?

131• Sans attendre la lecture des rapports, la réponse de la Cour Suprême au visa de l'article L 1121-1 du Code du travail est NON (sauf caractère délictueux, comme la pédophilie), cf. Cass. Soc. 8 déc. 2009, p n° 08-42.097. ou encore Cass. Soc. 14 avril 2010 pourvoi N°: 08-43258 – Rejet.

N'est-il pas préférable de revoir les habitudes de questionnement ? On peut expliquer au client la règle et la nécessité en conséquence, de fournir des renseignements le concernant lui ou sa famille. Que certains de ces renseignements devront être étayés par des preuves écrites.

Assure-t-on au client un service tel qu'il ne craindra pas un « vol d'identité » par le biais des poubelles de l'office notarial ? Parfois la question viendra du client lui-même : sur le point de divorcer, peut-il organiser une filature de son conjoint ? Pour les notaires négociateurs, l'utilisation d'internet pour la publicité conserve-t-elle le secret de l'identité du propriétaire vendeur ¹³² ? Pour ceux faisant de la régie d'immeubles, leurs pratiques respectent-elles vraiment la vie privée du locataire ? D'une façon générale, le notariat est-il au point s'agissant de la preuve en droit de la famille ? L'internet de l'étude est-il totalement sécurisé ? La réglementation « informatique et liberté » est-elle respectée ? Les formalités avec la CNIL sont-elles à jour ¹³³ ? Le secret professionnel est-il bien gardé, tant par le notaire que par les collaborateurs ? Ces derniers ont-ils des obligations contractuelles en ce sens ? Les prestataires de services extérieurs sont-ils fiables à cet égard ? Est-on minimaliste quant aux archives clients ? Respecte-t-on toujours l'art. 32 du règlement national des notaires qui dispose notamment : Tenu au secret professionnel, le notaire doit :

- « – n'accepter de témoigner de ce qu'il peut savoir sur ses clients ou affaires de son étude que dans les cas expressément prévus par la loi telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence ;
- refuser de donner communication des actes déposés en son office à toutes autres personnes qu'aux parties elles-mêmes, leurs héritiers ou ayants-droit ou leurs mandataires, ou toute personne autorisée par la loi ou par décision judiciaire, qui

132• A ce propos on se souviendra d'une réponse ministérielle relative aux pratiques d'une entreprise permettant l'accès sur son site internet aux photos d'immeubles dans certaines villes : « la pratique qui consiste, pour une société commerciale, à photographier les immeubles d'une commune afin de proposer leur visualisation sur un site internet associée à l'identité des abonnés téléphoniques, pourrait (...) s'avérer contraire au respect de la vie privée » (Rép. min. n° 72165, JOAN 8 avr. 2002, p. 1921).

133• A cet égard le règlement national du notariat a été modifié par un arrêté du 29 décembre 2009 (J.O 16 janvier 2010) et son nouvel art. 28 dispose : « Les actes authentiques reçus par les notaires sont établis sur support papier ou sur support électronique. Chaque office notarial a l'obligation de se conformer aux dispositions de la loi Informatique et Libertés et des textes pris pour son application. Le correspondant des données personnelles accrédité par la CNIL est chargé d'assurer constamment le respect de ces dispositions. Préalablement à l'établissement d'un acte authentique sur support électronique ou de la délivrance de toute copie authentique sur ce même support, chaque office doit s'assurer que son système d'information a été régulièrement homologué par le Conseil supérieur du notariat ».

auront à justifier de leur identité et de leur qualité (loi du 25 ventôse, an XI, article 23)... »

Conserver oral ce qui n'a pas à être écrit. Conserver dans le dossier (ou remettre au client?) ce qui n'a pas à figurer dans l'acte. Ne publier que ce qui doit être connu des tiers.

Mais nous en sommes là déjà aux exceptions au respect de la vie privée.

3.2 Une attitude particulière en cas de divulgation nécessaire de la vie privée

Pour conforter cette attitude protectrice de la vie privée du client, il conviendra d'expliquer à ce dernier les raisons d'une divulgation de certains éléments le concernant.

D'ailleurs, lorsqu'il s'agit d'obtenir des droits ou des allocations de la France, les demandeurs sont en général très peu regardants sur la nécessité de mettre à nu leur personnalité, parfois à la travestir, voire à s'en créer plusieurs.

Sans entrer dans ces excès, il est des cas où, légitimement, un certain nombre de renseignements devront être fournis par l'intéressé :

3.2.1 – Au nom de l'organisation de la société, de l'intérêt général

Ainsi on sait combien la propriété des biens doit être définie et donc la personne du propriétaire désignée. L'économiste péruvien Hernando DE SOTO ¹³⁴ a suffisamment montré l'impact pour les pays pauvres d'une absence de titre de propriété fiable sur l'économie. Plus simplement dit, pas de propriété sûre, pas de crédit, pas de liquidités, pas d'activité... Il est donc tout à fait normal que tous les éléments utiles à la sécurisation de la propriété immobilière ou autre soient divulgués. La question de la désignation du propriétaire est parfois plus délicate. Jusqu'où faut-il aller dans le détail de la désignation, l'indication de la profession est-elle nécessaire ¹³⁵ ? Par ailleurs certains pays utilisent la notion d'ayant droit économique, mais pas la France officiellement. C'est donc le propriétaire apparent qui doit être désigné correctement. Cependant une évolution est en cours et certains textes fiscaux ou certains textes anti-blanchiment aboutissent quasiment à une semblable finalité.

134• cf. Hernando de Soto Président de l'Institut pour la Liberté et la Démocratie (Lima, Pérou) « Le mystère du capital : Pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs », Broché : 302 pages Editeur Flammarion (janvier 2007) Collection : Champs. Publié à l'origine en français en 2000 et diffusé par Nouveaux Horizons, un service du Département d'Etat américain qui édite des traductions française à destination des pays africains francophones.

135• cf. Muriel Suquet-Cozic, diplômée notaire, « L'indication de la profession des parties dans l'acte notarié » Omnidroit I Newsletter N° 101 I 02.06.2010, à paraître au Bulletin du Patrimoine Francis Lefebvre 3/10.

De même, toujours avec ce souci du développement économique, le juge fera souvent prévaloir la liberté de création sur le respect de la vie privée. Cela sera le cas en matière de divulgation de l'image ¹³⁶. La question est cependant délicate. Car si d'un côté les artistes musicien, compositeur, critiquent l'utilisation gratuite de leur œuvre via internet (naguère, la radio) et réclament une rémunération, pourquoi d'un autre côté, les non artistes dont on utilise un élément de la personnalité – l'image – ne se verraient-ils pas rémunérés par l'artiste (peintre ou photographe) qui tire profit de celui-ci ?

C'est sans doute pour cette même raison, l'intérêt général ici historique, que l'art. L. 212-15 ¹³⁷ du Code du patrimoine prévoit la possibilité de classement des archives privées. Cela dit il suffit à la famille détentrice d'être discrète sur l'existence de ces archives – du moins pendant le temps où elles pourraient nuire à la famille – pour de fait ne pas être touchée par la règle.

D'une façon générale, lorsque la règle protectrice de la vie privée est dévoyée au détriment de la Société, parce qu'il y a abus, cette vie privée peut être remise en cause. Ainsi un mariage civil organisant une fausse vie privée – comme autrefois l'adoption simple – et qui n'a en réalité comme objectif qu'un héritage à moindre coût, compte tenu de l'attitude de l'épouse, peut il être annulé ¹³⁸. La morale et l'Etat y ont trouvé leur compte. Dans cette affaire, s'il y avait eu des héritiers, l'annulation aurait été faite dans un intérêt particulier. Nous arrivons à cette hypothèse.

3.2.2 – Parfois au nom d'un intérêt particulier, nécessaire à protéger

Ainsi, en matière de tutelle, l'art. 503 C.c. (depuis sa modification par la Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 – art. 8 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1^{er} janvier 2009) prévoit-il un inventaire dès l'ouverture de la tutelle. Or,

136• cf. Christophe Bigot, Avocat au Barreau de Paris « La liberté de création prévaut, dans certaines limites, sur le droit à l'image » et Arrêt rendu par Cour d'appel de Paris 11^e ch. A 5 novembre 2008 n° 07/10198 D. 2009 p. 470. Ou encore Agnès Tricoire, Avocat à la Cour, spécialiste en propriété intellectuelle « Les œuvres et les visages : la liberté de création s'affirme contre le droit à la vie privée et le droit à l'image » D. 2008 p. 57.

137• Article L212-15 C. patr.

« Les archives privées qui présentent pour des raisons historiques un intérêt public peuvent être classées comme archives historiques, sur proposition de l'administration des archives, par décision de l'autorité administrative. »

138• Un homme de 84 ans et atteint d'un cancer a épousé sa femme de ménage qu'il avait désigné légataire universelle avant son décès. La Cour d'appel de Pau a prononcé la nullité du mariage. La femme vivait, avant et après la célébration du mariage, avec un autre homme au domicile de ce dernier, ne fournissant que sa prestation de femme de ménage le jour et abandonnant toutes les nuits son mari âgé, dépendant et malade. Cf. Pau 2^e chambre, section 2, 24 février 2009, (n° 08/00805) Droit de la famille, 2009, n° 11, novembre, commentaires, § 136, p. 57, note de Virginie Larribau-Terneyre.

le texte précise que le tuteur « peut obtenir communication de tous renseignements et documents nécessaires à l'établissement de l'inventaire auprès de toute personne publique ou privée, *sans que puisse lui être opposé le secret professionnel ou le secret bancaire* ». Le contenu d'une vie privée – celle du majeur protégé – nécessite lorsque celle-là est soumise à une mesure légale de protection – la tutelle – d'être intégralement révélé au représentant, le tuteur. La vie privée ressortit en quelque sorte à la tutelle. Reconnaissons qu'il n'y a là qu'une divulgation très restreinte et non lucrative à un tiers, le tuteur, et donc légitime.

De même l'entrepreneur individuel, lorsqu'il voudra échapper à la poursuite de ses créanciers professionnels en se mettant sous la protection du statut – en cours de – d'adoption par le législateur¹³⁹ d'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée, comprendra aisément la nécessité de faire une publication des biens qu'il désire soumettre aux poursuites éventuelles desdits créanciers. Ce faisant, il protégera le surplus de son patrimoine.

De façon plus générale, le consommateur de crédit ou de produits financiers, ou encore d'assurances, ou encore celui qui se porte caution, bénéficient d'une protection très importante qui passe par un devoir de mise en garde de la banque ou de l'assureur¹⁴⁰. Un même devoir s'impose d'ailleurs au notaire notamment en matière de prêt garanti par une hypothèque¹⁴¹ indépendamment du devoir général de conseil. La mise en œuvre de cette protection exige, de la part des professionnels, une interrogation de leur client relativement aux capacités financières (revenus et patrimoine) de celui-là. Le problème se pose, et les clients commencent à s'en plaindre auprès de la CNIL¹⁴², lorsque ce questionnement va au-delà du strict nécessaire, avec l'évident objectif d'en

139• « Petite loi » Texte adopté n° 461, 12 mai 2010, relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Le futur art. L. 526-9 dispose d'ailleurs « L'affectation d'un bien immobilier ou, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, au livre foncier de la situation du bien. L'entrepreneur individuel qui n'affecte qu'une partie d'un ou de plusieurs biens immobiliers désigne celle-ci dans un état descriptif de division.

« L'établissement de l'acte notarié et l'accomplissement des formalités de publicité donnent lieu au versement d'émoluments fixes dans le cadre d'un plafond déterminé par décret. Lorsque l'affectation d'un bien immobilier ou d'une partie d'un tel bien est postérieure à la constitution du patrimoine affecté, elle donne lieu au dépôt d'une déclaration complémentaire au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-7. L'article L. 526-8 est applicable, à l'exception des 1° et 2°.» Le texte est en cours d'examen par le Conseil constitutionnel.

140• Exemple en jurisprudence Cass. civ. 1^{re} 30 avril 2009 p 07-13034.

141• cf. Cass. civ. 1^{re} 28 mai 2009 F-P+B n° 07-14075.

142• cf. « L'intrusion des banques dans la vie privée inquiète » LEMONDE.FR 17.03.10. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) indiquait, mardi 16 mars, avoir déjà reçu une vingtaine de plaintes de particuliers au sujet de ces contrôles bancaires.

savoir plus pour vendre des produits ou des services, dont à l'origine le client n'a pas besoin. Cette plainte a été déposée par plusieurs clients à l'encontre des banques, via une association de consommateurs (UFC Que choisir), jugeant les demandes de ces banques, injustifiées et indiscretes! ¹⁴³ Cette réaction ne risque-t-elle pas de se généraliser envers tous ceux, services financiers, services juridiques (et donc notaires, notamment à raison de l'application de l'article R. 561-10 du Code monétaire et financier), qui posent des questions sur la vie privée de leur client? Les banques ripostent en invoquant pour leur défense un décret de septembre 2009 ¹⁴⁴ pris dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent et les activités terroristes. On sent ici précisément toute l'ambiguïté d'une telle réglementation, et la connivence, marché/Etat. Quid pour les notaires qui « vendent » également des services? C'est un piège dans lequel ils ne doivent pas tomber.

4 – Le domaine de notre étude - ce qui ne sera pas traité

Sera traité tout ce qui intéresse le notariat plus particulièrement, le caractère flou de la notion de vie privée permettant d'englober – sans être sujet à critique – bon nombre de domaines que partie de la doctrine estimerait certes faire partie des libertés et droits fondamentaux mais peut-être pas de la vie privée ¹⁴⁵.

Ne seront pas traitées

1. Les sciences et technologies

Malheureusement, tous les aspects scientifiques de notre thème, bien que passionnants et anticipateurs de l'évolution de notre société, des comportements humains, et donc des possibles impacts sur la vie privée, ne pourront être traités ici. Or c'est bien à cause des ordinateurs, de la miniaturisation

143• Le 16 mars 2010 la CNIL révélait une plainte portée par une vingtaine de personnes sur laquelle elle se « prononcerait d'ici peu ». Décret n° 2009-1087 du 2 septembre 2009 relatif aux obligations de vigilance et de déclaration pour la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

144• Décret n° 2009-1087 du 2 septembre 2009 relatif aux obligations de vigilance et de déclaration pour la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

145• On rappellera l'intéressante analyse de Bernard Beigner et de son utilisation de la théorie des ensembles en mathématique, ou plus vulgairement de l'image des poupées russes (in Liberté et droits fondamentaux Dalloz 2008 prec. n° 316 p 205.

- 1^{er} ensemble: Liberté d'être soi même, droit au respect de la vie personnelle (Right of privacy).
- 2^e ensemble: (sous ensemble du premier) Droit à la tranquillité de la vie (to be left alone).
- 3^e ensemble: (sous ensemble du 2^e ensemble) Respect de la vie privée domestique (art. 9 al.1 C.c.)
- 4^e ensemble: (sous ensemble du 3^e ensemble) Secret de l'intimité de la vie privée (art. 9 al.2 C.c.)

des caméras par exemple, de la télématique, de la télétransmission ou des systèmes radio-identification ¹⁴⁶ que la localisation, la santé, les mouvements de capitaux ou de biens en nature, d'une façon générale l'action de l'homme sont surveillées. La localisation d'individus dépendant d'une « communauté d'amis », en temps réel peut-elle permettre de deviner ou du moins d'imaginer que certaines transactions sont en train de se nouer ? Or l'application gratuite PLYCE ¹⁴⁷ (figurant sur l'App Store d'Apple) permet la géolocalisation des membres du réseau social. Le notaire devra-t-il un jour avant tout rendez-vous, demander à ses clients de ne pas être connectés ? On imagine aisément, compte tenu des délais de rétractation, les possibles surenchères mettant à néant l'avant-contrat éventuellement signé !

De même, le droit de la preuve est influencé par les nouvelles technologies. L'acte authentique numérique en est un exemple parfait. Mais il y a d'autres exemples moins solennels, ainsi du SMS ¹⁴⁸ qui devient, à condition qu'il ait été obtenu sans violence ni fraude, un mode de preuve recevable en matière de divorce. Bien que délaissant les sciences, nous aurons une pensée cependant pour l'inventeur de l'ordinateur, qui vécut et travailla à quelques kilomètres du lieu de ce congrès, Konrad ZUSE ¹⁴⁹ qui aurait eu 100 ans cette année !

2. La sécurité, la géostratégie

Les personnes morales ont-elles une vie privée ? Assurément oui, si l'on prend en compte l'acception large de la notion. Il y a des informations, sur les personnes, parfois sur les biens, que des tiers, entreprises, et même Etats (la Chine a souvent été citée par les journaux comme étant à l'origine de près d'un tiers des programmes malveillants de la planète ¹⁵⁰), cherchent à se

146• Système permettant de mémoriser et récupérer des données à distance en utilisant des marqueurs appelés « radio-étiquettes. En anglais « Radio Frequency Identification » (RFID). Cela peut concerner des marchandises mais aussi des humains, ne serait-ce que parce qu'ils utilisent des objets (Ex : Téléphone portable). La CNIL dans son rapport annuel du 16 mai 2008 s'est inquiétée des risques de traçabilité des individus.

147• cf. Olivier Zilbertin « Localiser sa communauté d'amis en temps réel » in *Le Monde* 25-26 avril 2010.

148• cf. Cass. civ. 1^{re} 17 juin 2009 FS-P+B+R+I n° 07-21796.

149• Konrad Zuse (1910-1995) ingénieur, inventeur et entrepreneur. Le monde scientifique considère que le Z3 qu'il mit au point à son domicile dans la Methfesselstrasse à Berlin, en 1941 est le premier ordinateur universel utilisant le système binaire (calculateur électromécanique programmable pleinement automatique). On peut retrouver cet ensemble qui occupait plusieurs pièces, au musée allemand des Techniques : Deutsches Technik Museum Berlin, Trebbiner Strasse 9, 10963 Berlin.

150• cf. Arnaud de La Grange « Comment la Chine contrôle internet » *Le Figaro*, 22 janvier 2010, p. 2.

procurer de façon illicite, que ce soit à l'encontre d'une entreprise, que ce soit à l'égard d'un Etat ou d'une organisation ou même d'un individu. Certes, le notariat peut détenir certaines de ces informations. Et son organisation numérique peut être la cible des « fouineurs » et « pirates informatiques »¹⁵¹. On imagine ce qu'il pourrait arriver au MICEN (Minutier Central Electronique des Notaire de France) en cas d'attaque réussie (ou comment bloquer toutes transactions immobilières portant sur des biens acquis par acte numérique, ce qui est une atteinte à la propriété et donc à la vie privée ; à voir dans dix ans) ! Nous n'irons cependant pas plus loin dans l'étude de ces cas. Le raisonnement sur un simple individu nous a paru suffisant, la transposition à un niveau supérieur étant facile à opérer. La sécurité informatique notariale sera cependant étudiée par l'un des rapports.

3. Une partie du droit

Si la notion la plus large de vie privée est ici retenue, toutes les libertés publiques intéressant le notariat ne seront pas traitées, comme la liberté d'association. Un congrès national des notaires y fut d'ailleurs consacré.¹⁵² Plus généralement, l'entreprise au regard de notre thème sera délaissée, bien qu'elle puisse avoir une vie privée – ne serait-ce qu'au travers des secrets de fabrication – et une liberté d'expression.¹⁵³ En outre, à l'intérieur même de la notion de vie privée, certains points seront délaissés comme de moindre importance pour le notaire. Les voici :

3.1 Le droit pénal

Il défraye souvent les chroniques. Qui a oublié la fameuse affaire des écoutes téléphoniques sous Mitterrand¹⁵⁴ ? Bien sur, il existe toute la partie « diffamation », la plus connue. Et l'on retrouve le principe de non cumul du pénal et du civil lorsque cette diffamation est véhiculée par voie de presse, radiophonique ou télévisuelle. Exit alors l'art. 9-1 C.c. relatif à la présomption d'innocence¹⁵⁵ en présence de la loi sur la presse du 29 juillet 1881.

151• Termes retenus par La Commission générale de terminologie et de néologie, pour les mots anglais « Hacker » et « cracker » cf. J.O 16 mars 1999 – ces termes s'imposent à l'administration, et nous semble-t-il dans les actes notariés ; on trouve parfois dans les journaux le mot « bidouilleur » comme équivalent de « fouineur ».

152• cf. 92^e Congrès des notaires de France, Le monde associatif. Deauville 12-15 mai 1996.

153• cf. Virginie Fraissinier-Amiot « La liberté d'expression des entreprises à l'aune des droits de l'Homme européens » - RLDA mai 2010. 81

154• cf. Cass. crim. 30 septembre 2008 FS+P+B p n° 07-82249. Arrêt très long qui confirme l'illégalité des écoutes pratiquées de 1983 à 1986 par la « cellule élyséenne » caractérisant le délit d'atteinte à la vie privée.

155• cf. Cass. civ. 1^{re} 28 juin 2007 p n° 06-14185 D. 2007 A.J. 2039.

Nous nous contenterons de rappeler que le Code pénal dans le titre consacré aux atteintes à la personne humaine (Titre II du Livre II) consacre un chapitre aux atteintes à la personnalité (Chapitre IV). La première section traite de l'atteinte à la vie privée (art. 226-1 C.p.¹⁵⁶ et suivants), une deuxième de « l'atteinte à la représentation de la personne » (cf. art. 226-8 s) et une troisième de la dénonciation calomnieuse (art. 226-10 s). Une quatrième traite du secret professionnel (art. 226-13 s) et des correspondances (226-15). Une cinquième section a trait aux « atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques » (art. 226-16 à 226-24). Quelques précisions seront cependant données dans le cours du rapport sur cette question de délits informatiques. La suivante (6^e) est relative aux « atteintes à la personne résultant de l'examen de ses caractéristiques génétiques ou de l'identification par ses empreintes génétiques » (226-25 à 226-30). On soulignera qu'une sanction spéciale est prévue pour les personnes physiques coupables de l'une des infractions prévues dans les sections qui précèdent, par l'art. 226-31 C.p.¹⁵⁷ (issu de la Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain qui consacra son Titre II à l'étude génétique des caractéristiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques).

156• Article 226-1 C.p.

« 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. »

157• Article 226-31 du Code pénal

Les personnes physiques coupables de l'une des infractions prévues par le présent chapitre encourent également les peines complémentaires suivantes :

1° L'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités prévues par l'article 131-26 ;

2° L'interdiction d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, suivant les modalités prévues par l'article 131-27 ;

3° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, de détenir ou de porter une arme soumise à autorisation ;

4° L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues par l'article 131-35.

5° Dans le cas prévu par les articles 226-1 à 226-3, 226-8, 226-15 et 226-28, la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit. La confiscation des appareils visés à l'article 226-3 est obligatoire.

Nous signalerons enfin, s'agissant du droit pénal, la loi pénitentiaire, n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 (JO 25), dont la section 4 s'intitule : « de la vie privée et familiale et des relations avec l'extérieur » art. 34 s. et l'art. 41 « Sur les droits des détenus en matière d'utilisation de leur image ou de leur voix ».

3.2 Les conflits entre droits de la personnalité – vie privée – et d'autres droits ou libertés

Ainsi la liberté d'expression peut être en conflit avec le respect de la vie privée. Cette expression peut se manifester sous diverses formes, oralement, par écrit, en images, (documentaires télévisés, films). On comprend aisément que les notaires seront peu concernés par ce type de conflits, sauf à l'occasion de publication juridiques – lesquelles sont en général très techniques et sans rapport avec un individu particulier, et donc avec la vie privée. Par ailleurs le devoir de réserve évitera tout commentaire, dans l'hypothèse où un client serait concerné par une affaire mise sur la place publique. D'ailleurs on ne trouve jamais, fort heureusement pour l'image de la profession, d'entretien avec un notaire dans les journaux relativement à l'un de ses clients. Alors que certains divorces ou certaines successions défrayent les chroniques (par exemple la succession PICASSO)! L'avocat – pénaliste notamment – aura plus de risques de ce chef. L'article 7 du règlement national¹⁵⁸ des notaires est assez explicite à cet égard!

Seuls les ragots entre notaires, sur tel ou tel client très connu, mais qui ne sortent pas du cercle professionnel, sont à condamner. Un notaire, contrairement à ce que pratique le vendeur d'automobiles par exemple, n'a pas à faire état du nom de ses clients et encore moins des agissements de ceux-là.

La loi relative aux archives publiques n° 79-18 du 3 janvier 1979 codifiée dans le Code du patrimoine, modifiée par la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives (JO 16 juillet) et l'Ordonnance n° 2009-483 du 29 avril 2009 (JO 30) intéresse évidemment le notariat. Mais sans doute, est-elle trop connue des notaires pour qu'il soit utile ici d'y revenir. On rappellera simplement l'objet de ces archives figurant à l'art. L. 211-2 C. pat.

« La conservation des archives est organisée dans l'intérêt public tant pour les besoins de la gestion et de la justification des droits des personnes physiques ou morales, publiques ou privées, que pour la documentation historique de la recherche. »

158• Article 7 – Règlement national:

« Confident nécessaire de ses clients, le notaire est tenu au secret professionnel dans les conditions prévues par l'article 378 du Code pénal. Ce secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du notaire dans l'exercice de sa profession. Le notaire doit toujours veiller à ce que tous ses collaborateurs soient instruits de cette obligation qui est aussi la leur, et la respectent. »

Les fonctionnaires y travaillant sont tenus au secret professionnel en ce qui concerne tout document qui ne peut être légalement mis à la disposition du public (art. L.211-3 C. pat.). La vie privée doit être respectée, du moins pendant un certain temps. En ce sens l'art. L.213-2 I 3° prévoit un délai général de protection de :

cinquante ans à compter de la date du document ou du document le plus récent inclus dans le dossier, pour les documents dont la communication porte atteinte au secret de la défense nationale, aux intérêts fondamentaux de l'Etat dans la conduite de la politique extérieure, à la sûreté de l'Etat, à la sécurité publique, à la sécurité des personnes ou à la protection de la vie privée, à l'exception des documents mentionnés aux 4° et 5°. Le même délai s'applique aux documents qui portent une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommément désignée ou facilement identifiable, ou qui font apparaître le comportement d'une personne dans des conditions susceptibles de lui porter préjudice.

Font partie de ces archives, « Les minutes et répertoires des officiers publics ou ministériels » (art. L.211-4 c). Elles sont communicables de plein droit en vertu de l'art. L.213-2 I 4° d 4° :

« Soixante-quinze ans à compter de la date du document ou du document le plus récent inclus dans le dossier, ou un délai de vingt-cinq ans à compter de la date du décès de l'intéressé si ce dernier délai est plus bref ».

Certaines dérogations sont possibles.¹⁵⁹

5 – Conclusions – synthèse pour le notariat

Un thème qui concerne le notariat

On aura remarqué que le garde des sceaux, ministre de tutelle du notariat, a aujourd'hui le titre de ministre de la Justice et des Libertés.¹⁶⁰

159• cf. L.213-3 C. pat. « I. – L'autorisation de consultation de documents d'archives publiques avant l'expiration des délais fixés au I de l'article L. 213-2 peut être accordée aux personnes qui en font la demande dans la mesure où l'intérêt qui s'attache à la consultation de ces documents ne conduit pas à porter une atteinte excessive aux intérêts que la loi a entendu protéger. Sous réserve, en ce qui concerne les minutes et répertoires des notaires, des dispositions de l'article 23 de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat, l'autorisation est accordée par l'administration des archives aux personnes qui en font la demande après accord de l'autorité dont émanent les documents.

Le temps de réponse à une demande de consultation ne peut excéder deux mois à compter de l'enregistrement de la demande. »

160• Rachida Dati le 19 juin 2007 fut nommée Garde des Sceaux, ministre de la Justice. Depuis le 23 juin 2009, Michèle Alliot-Marie est ministre d'État, garde des Sceaux, ministre de la Justice et des Libertés.

Symboliquement au moins, cela n'est pas neutre. Et s'il est une liberté sur laquelle le notariat peut avoir prise, c'est bien le respect de la vie privée. A l'instar du « droit notarial » pourrait-on parler de « liberté notariale » ?

- **En tant que juriste :** Malgré toutes les incertitudes décrites ci-dessus, de la notion de vie privée – et les praticiens, spécialement les officiers publics n'aiment pas l'incertitude mère d'insécurité juridique – il convient d'avoir à l'esprit cette question du respect de la vie privée. Ne serait-ce que parce qu'un certain nombre de textes en traitent et pas des moindres comme l'art. 9 C.c. Et ces textes ainsi que la jurisprudence qu'ils génèrent font partie de notre droit positif qui s'impose au praticien !

Surtout, nous insisterons sur la jurisprudence de la **Cour européenne des droits de l'homme** qui doit avoir autant de place dans l'esprit de la profession que les décisions internes. Les droits de la personnalité, et spécialement le droit au respect de sa vie privée ne concernent pas que des universitaires.¹⁶¹ Qui mieux que le notaire avait une image de détenteur des secrets de famille¹⁶² et qui mieux que lui devrait prendre garde au respect de la vie privée, nonobstant l'évolution de la profession de notaire vers l'entreprise d'authentification ? Qui va rencontrer concrètement au plan juridique les problèmes de funérailles, de transsexualisme, d'internement d'office d'un parent, etc... ?

- **En tant qu'entreprise juridique**

Plus pragmatiquement encore, parmi les millions de personnes qui passent dans les offices notariaux chaque année, une partie grandissante est sensible à ces questions de plus en plus mises sur la place publique et concernant l'existence même de l'individu. L'organisation de l'entreprise juridique doit prendre en compte ce qui touche à la vie privée, tant de ceux qui vivent à l'étude, que des clients. (Actes, organisation informatique, relation clientèle, archivage etc...). Elle doit respecter un certain nombre de normes, comme la réglementation CNIL, le droit du travail, mais aussi la psychologie des humains qui œuvrent au quotidien à la production d'actes authentiques et de conseils.

161• cf. notamment Roger Nerson, « Les droits extrapatrimoniaux », thèse, Lyon, 1939 ; Fabrice Toulieux « Le droit au respect de la vie familiale des étrangers et l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme » Thèse « D.I.privé », soutenue le 15 décembre 2008 Lyon III A. Lucas-Schloetter, Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand, 2002, PUAM. P. Kayser, La protection de la vie privée, 3e éd., 1995, PUAM. P. Taboni (sous la dir. de), La protection de la vie privée dans la société d'information, t. 1 et 2, 2000, t. 3, 4 et 5, 2002, PUF.

162• cf. Sabine Abravanel-Jolly « La protection du secret en droit des personnes et de la famille » Thèse Lyon III publ. Defrénois Coll. des thèses T10, 2005.

Le respect de la **vie privée** doit devenir un réflexe pour les praticiens, dans leur « approche client ». Ils seront jugés sur leurs qualités traditionnelles de juristes mais aussi à raison de leur prise en compte de cette question. La labellisation, les attestations de qualité des entreprises qui auront intégré ce concept, pourront permettre de témoigner vis-à-vis du public de l'existence ou non de cette prise en compte. A l'instar de ce que le Land du Schleswig-Holstein dès 2005 a mis en place, en matière de politique de labellisation, repris maintenant au niveau européen, la France devrait à son tour aller dans ce sens, encouragée par les sénateurs ¹⁶³. Il conviendra que le notariat utilise au maximum cette voie pour être crédible vis-à-vis d'une clientèle de plus en plus sensible à la question de protection des données personnelles. A défaut, le marché du droit se restreindra pour le notariat. ¹⁶⁴

En ce qui concerne la responsabilité civile du notaire, tant au niveau de l'approche des clients, que du contenu du conseil, ne peut-on utiliser l'art. 9 C.c. pour pondérer les effets des réglementations ou jurisprudences excessives en matière de devoir d'information ou de mise en garde ¹⁶⁵ ? Comment combiner ces éléments parfois contradictoires ? Enfin, si le droit à l'oubli numérique, défendu notamment par Nathalie KOSCIUSKO-MORIZET, ¹⁶⁶ prend corps, quelle réponse sera donnée par le notariat ?

• En tant que corps intermédiaire

Un fragile équilibre avait jusqu'à maintenant été réalisé : le notariat savait représenter l'Etat en authentifiant les actes que les parties voulaient ou devaient voir revêtus de la force probante et de la force exécutoire. Il était par ailleurs le conseiller des particuliers et même leur confesseur, depuis

163• cf. Rapport d'information Detraigne/Escoffier, 27 mai 2009, prec. p 77 et la recommandation n° 3 « Promouvoir rapidement la création de labels identifiant et valorisant des logiciels, applications et systèmes offrant des garanties renforcées en matière de protection des données ».

164• On peut songer aux nouveaux modes alternatifs de règlement des conflits qui nécessitent une confiance totale envers les conseils, qui de fait vont remplacer le juge. Sur le « droit collaboratif » cf. AJ fam. juin 2010 p 253 s. Dossier Le droit collaboratif.

165• Sur le devoir de mise en garde appliqué au notaire cf. Cass. civ. 1re 28 mai 2009 p. n° 07-14075 F-P+B.

166• Un colloque a été organisé à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris le 12 novembre 2009 à l'invitation de la Secrétaire d'Etat chargée de la Prospective et du Développement de l'économie numérique, auprès du Premier Ministre, Nathalie Kosciusko-Morizet, sur cette question du droit à l'oubli numérique. Cette réunion a eu lieu à la suite de la 31^e Conférence internationale des commissaires à la protection des données et de la vie privée qui s'est tenu du 4 au 6 novembre 2009 à Madrid, à la recherche d'une norme internationale pour la protection de la vie privée et des données à caractère personnel.

que la laïcité et la perte de la foi religieuse avaient envahi notre pays. Cette ambivalence permettait de raison garder quant aux objectifs poursuivis parfois par l'individu. Et c'est bien cet aspect que visait le législateur encore récemment lorsqu'à l'occasion de la réforme des droits du conjoint survivant, il imposa la forme authentique du testament au testateur désireux de supprimer les droits du survivant sur le logement des époux ¹⁶⁷ ! Les praticiens savent très bien que certains clients sont là pour les tester dans l'utilisation de la règle de droit ! Jusqu'où peuvent-ils aller ? Et cela ne concerne pas que la fiscalité. Mais cette recherche d'approbation, de confortement, d'absolution, de la part d'une autorité publique – mais qui n'est pas l'appareil étatique – ne perdurera que si la confiance en ce corps intermédiaire est maintenue, que si l'équilibre n'est pas brisé : « Je lui dis tout mais il respecte ma vie privée », c'est du moins ce que pensait jusqu'à maintenant le client. Inutile pour lui, de théoriser sur la notion de secret professionnel, ni de rappeler qu'il n'y a pas de science physique sans frottements...

Cet équilibre fait la force et la beauté du métier de notaire.

Malheureusement que se passe-t-il aujourd'hui ?

N'est-on pas en train de **casser le corps intermédiaire en faisant le bras armé de l'Etat** ! La dernière législation TRACFIN est à cet égard un monument qui va faire passer le statut du notaire, de confident à celui d'inquisiteur masqué ! Certes l'Etat français veut « dégraisser le mammouth » – la fonction publique – il est grand temps. Mais doit-il pour autant confier des fonctions régaliennes à des non fonctionnaires ? La police financière, la traque fiscale, la surveillance de la délinquance (drogues ou autres) doivent-elles être privatisées ? Gare à l'évolution de l'image du notaire dans l'esprit du grand public : **le notaire radar de la République** !

Certes les Etats, et notamment les Etats européens, doivent montrer aux marchés qu'ils sont vertueux, et principalement qu'ils maîtrisent la matière fiscale appréhendable, preuve qu'ils pourront rembourser leur dette – et l'affaire grecque en est la claire illustration (a contrario ?). Mais sont-ils plus crédibles s'ils ne conservent pas en leur sein les moyens de contrôle ? Or, déléguer des fonctions régaliennes, fût-ce au prix de sévères sanctions, n'est-ce pas perdre de la crédibilité en tant qu'Etat ? Quant aux délégataires, les notaires en l'espèce, ceux-ci pourront ils durablement cacher au grand public cette fonction de **suspecteur systématique** ? On imagine aisément les caricatures qui pourront voir le jour : une grande ville avec son réseau de caméras de surveillance, et le mot « notaire » inscrit sur chaque caméra !

167• cf. art. 764 C.c.

A donc peut-être été mis en marche un système perdant/perdant !

Si rien n'est fait – et ce congrès sera opportunément un acteur positif en ce domaine – n'y a-t-il pas des risques sérieux de remise en cause de la fonction première du notaire ? Des professions concurrentes, et qui se sont sans doute mieux défendues que les notaires, s'agissant du « devoir de dénonciation », auront toute latitude d'informer leurs clients. Peut-être même, de nouvelles professions d'« experts en vie privée » ou de « Confesseurs juridiques » pourront-elles voir le jour. Les dossiers seront traités en premier dans ces divers cabinets, et le résidu visible et « convenable » au regard des « tracfouineurs » sera ensuite transmis au notaire. De tout cela, il faudra débattre et réagir sans doute. A défaut l'Histoire dira peut-être que pour les notaires, la réforme DARROIS n'était qu'un leurre, le véritable poison étant contenu dans le texte de septembre 2009¹⁶⁸.

Cette invitation au débat et à l'action nécessite cependant une réflexion préalable, et celle-là pourra se faire à l'aide de la lecture des rapports qui vont suivre.

6 – Annonce du plan

La plupart des questions posées précédemment et beaucoup d'autres seront reprises dans les rapports. Nous observons que le notaire lui-même se devra de respecter un certain nombre de règles protectrices de la vie privée. Et c'est lui et son environnement humain et d'actes qui seront étudiés en premier lieu : le notaire est ici sujet de droit (I).

En outre en tant que conseil, rédacteur d'actes, celui-là devra prendre en compte le respect de la vie privée de son client, au travers du droit – son outil préféré – qu'il va pratiquer. C'est donc cette façon d'utiliser la règle protectrice de son client, par le notaire, qui sera retenue dans un second temps : le droit objet du notaire (II).

PARTIE I - LE NOTAIRE SUJET DE DROIT

C'est au sein de l'office notarial et par le truchement de la réglementation classique applicable au notariat que sera préservée ou non la vie privée. Nous examinerons dans un premier temps le fonctionnement traditionnel d'une étude pour recenser ses aspects positifs et dénoncer éventuellement ses aspects négatifs au regard de notre thème. (Chapitre 1^{er})

168• Décret n° 2009-1087 du 2 septembre 2009, JO du 4 septembre, relatif aux obligations de vigilance et de déclaration pour la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

Mais les nouvelles technologies sont venues bouleverser la façon de travailler : la confection des actes, mais aussi les relations humaines. Compte tenu des nouveaux dangers potentiels qu'elles induisent, une réglementation spécifique s'est imposée, pour tenir compte de risques nouveaux d'atteinte à la vie privée. Nous étudierons donc dans un deuxième temps, le respect de la vie privée à raison de la réglementation « informatique et libertés ». (Chapitre 2)

Chapitre 1^{er} Notaire, réglementation traditionnelle et respect de la vie privée

Chapitre 2 Notaire, réglementation « informatique et liberté » et respect de la vie privée.

PARTIE II - LE DROIT OBJET DU NOTAIRE

Le droit concernant la personne doit à l'évidence être étudié, la vie privée dépendant des droits de la personnalité (Chapitre 1^{er}). Mais, bien qu'il faille être plus nuancé, le patrimoine est dans une certaine mesure l'objet de protection, lorsque sa révélation portera atteinte à la vie privée de son titulaire.¹⁶⁹

Dans un deuxième temps sera traité notre thème au travers du droit du patrimoine et notamment des financements (Chapitre 2).

Chapitre 1^{er} Droit des personnes et respect de la vie privée.

Chapitre 2 Droit du patrimoine et respect de la vie privée.

7 – Remerciements

Un congrès du Mouvement Jeune Notariat est toujours, nous semble-t-il, l'occasion de rencontre entre personnes qui se connaissent ou non, mais qui sont passionnées par le thème retenu, et qui travaillent pendant deux ans avec un même objectif. La diversité caractérise la composition de cette équipe restreinte qui œuvre au rapport qui va suivre : jeune, moins jeune, notaire, notaire assistant, notaire stagiaire, non notaire, spécialiste, non spécialiste¹⁷⁰.

169• Pouvant intéresser les notaires, cet arrêt de la Cour d'appel de Paris qui a jugé que relevaient de la vie privée les informations relatives à l'importance d'un héritage que pourrait recueillir une personne (Paris, 12 janv. 1987, D. 1987. Somm. 386, obs. R. Lindon et D. Amson).

170• Ont participé à la rédaction de la suite de cet ouvrage, Xavier Leclerc, Correspondant Informatique et Libertés (CIL) à l'ADSN, Madeleine Gruzon Notaire à Mitry-Mory (77290), Anne-Sophie Brunier, Notaire assistant au sein de la SCP Perrot et Torre, à La Tronche (Isère), Virginie Feuvrier Oudot Notaire à Morteau (25501), Cédric Daugan Notaire stagiaire chez Maître Fixois, Notaire à Louvres (Val d'Oise), Bruno Fleury Notaire stagiaire - SCP Beauchais & Beauchais (Val d'Oise).

Les témoignages d'une philosophe¹⁷¹ et d'une sociologue¹⁷² nous ont paru utiles. Une internationaliste¹⁷³, bien connue des notaires nous permettra via le comparatisme, de relativiser la réglementation française. Enfin l'universitaire¹⁷⁴ chargée de la synthèse des travaux du congrès, a bien voulu nous laisser publier ici son avis en matière de droit à l'image.

Que chacun d'entre eux soit remercié à proportion de l'effort qu'il aura fourni dans cette aventure que tous espèrent partager avec le notariat. Car le thème a paru d'importance pour notre société à un moment où État et marché se liguent au nom d'une certaine transparence, pour asservir l'individu au politique pour l'un, et à l'économie pour l'autre.

Reste un remerciement tout particulier à notre ami bordelais Hugues BAUDERE¹⁷⁵ qui accepta avec promptitude, de coprésider avec moi ce congrès, prenant en charge la partie française de son organisation. Ce faisant, je ne peux conclure qu'en rappelant le propos de Michel de MONTAIGNE :

« Il se faut reserver une arriereboutique, toute nostre, toute franche, en laquelle nous establissons nostre vraye liberté et principale retraicte et solitude »¹⁷⁶.

Berlin le 1^{er} juin 2010
Prof. D^r Jacques CHARLIN¹⁷⁷

171• Chantal DELSOL Docteur en philosophie, Professeur à l'Université Paris-Est, membre de l'Institut de France.

172• Danièle BOURCIER, Docteur d'Etat en droit public, Directrice de recherche au CNRS, Centre de Recherche en sciences administrative et politique (CERSA), Chercheur associé au Centre Marc Bloch à Berlin, Membre du Comité d'Ethique du CNRS (COMETS).

173• Mariel REVILLARD, Docteur en droit, naguère chercheur au CRIDON de Lyon, auteur notamment de l'une des bibles des notaires consacrées au DIP (« Droit international privé et communautaire – pratique notariale » ; préface Paul Lagarde. Defrénois 7^e éd. 2010).

174• Sabine ABRAVANEL-JOLLY, Maître de conférence à l'Université Jean Moulin – Lyon III, HDR auteur d'une thèse d'Etat « La protection du secret en droit des personnes et de la famille » Thèse LYON III 1999 pub. Defrénois Coll. des thèses T. 10, 2005. Cofondatrice du site www.actuas-surance.com, auteur de l'article ci-après inclus dans le rapport « Le droit à l'image de l'individu », à l'origine publié sur le site www.actuas-surance.com, Analyse, sept. 2009.

175• Notaire à Pugnac, président d'honneur du MJN, vice-président du SNN.

176• Montaigne - Essais [Livre 1 chap.38]

177• Notaire honoraire.

Préambule philosophique par Chantal DELSOL ¹⁷⁸

Vie privée – Individu et Groupe

LA QUESTION DE L'INDIVIDU dans la société a une histoire, qu'il faut d'abord retracer brièvement.

Je me cantonnerai au seul cadre des sociétés occidentales industrialisées.

Toutes les sociétés dans le temps et dans l'espace sont des sociétés holistes, ou communautaires. Les individus n'y existent pratiquement pas en tant que tels. Ils sont inclus dans leurs groupes, leur sont identifiés. Ils sont à cet égard comme la feuille d'un arbre, qui meurt si on la coupe. Le fils obéit à son père et adopte le métier de son père. Généralement, le père a tout pouvoir sur sa famille (despotès). Les groupes ne se résument pas à la famille. L'individu est inclus dans un grand nombre de communautés qui à la fois le commandent et le protègent (villages, corporations, paroisses...). Il n'a pas d'autonomie personnelle. Les groupes peuvent établir en leur sein une autorité excessive, mais ils protègent leurs membres faibles ou démunis. Ils peuvent, dans le cadre du travail, empêcher le progrès, mais le pouvoir politique peut alors légiférer à ce sujet (Venise).

Ce tableau est immémorial (cf. La Politique d'Aristote).

La saison révolutionnaire a brisé cette ordonnance. Les groupes, considérés comme tyranniques à l'égard des individus, ont été abolis par la loi Le Chapelier en 1791 (abolition des corporations). Il ne faut pas oublier qu'il s'agissait d'une révolution bourgeoise, et que la bourgeoisie comme nouvelle classe souhaitait voir abolir les anciens liens pour libérer le travail et l'autonomie.

A partir du début du XIX^e siècle, un pays comme la France se trouve en situation individualiste sans aucune préparation. Cela donne la société industrielle libérale dénoncée par Zola. Les organisations vouées à protéger les ouvriers (à part quelques brèves embellies) sont interdites jusqu'en 1884, date de l'instauration des syndicats (qui ne sont pas des corporations, ce sont des groupements d'égaux, sans la hiérarchie précédente).

178• cf. note 171.

Mais entre-temps est apparu l'Etat-Providence, d'abord aux Etats-Unis. La protection et la juridiction que les groupes n'assurent plus, l'Etat la prend en charge. On voit apparaître, pour lutter contre les désastres sociaux, un Etat qui protège, garantit, assure et légifère. Les regroupements étant désormais licites, on voit apparaître nombre d'associations qui viennent au secours de la famille et des salariés.

Cependant le travail de la révolution a fait son œuvre : les individus veulent désormais être considérés comme des entités autonomes (voire indépendantes), et n'obéir qu'aux lois de l'Etat. Au long du XX^e siècle, on voit se défaire l'autorité du père de famille, fleurir les lois sur le divorce, voir réduite l'autorité du maître d'école ou du patron d'entreprise. Le vote citoyen – un homme, une voix –, contribue à nanter l'individu d'une liberté égale à celle de son voisin.

Les sociétés confirment leur éclatement par le développement de l'idée du contrat entièrement choisi (nul ne se sent plus obligé par les liens de naissance ou de tradition), et plus loin, par l'idée du contrat révocable (l'idée d'un contrat pour toujours perd son sens). La société des groupes pérennes et d'engagements de longue durée, fait place à la société des réseaux, où chacun surfe d'un réseau à l'autre sans responsabilité même à moyen terme.

Le résultat est une société éclatée où les groupes même les plus naturels perdent leur assise. L'exemple le plus éclatant étant celui de la famille.

La société peut se vanter de déployer pour chacun de ses membres une grande liberté et une égalité dans la liberté. Cependant, les individus ne sont pas égaux dans la réalité, ni en caractère, ni en talents, ni en résistance au destin. Les faibles sont les premières victimes de cette situation : les enfants (familles éclatées), les personnes âgées, les faibles de toutes sortes. A la fin des Trente Glorieuses, le quart-monde de la société n'est plus composé de prolétaires, mais d'exclus.

En même temps les groupes sont devenus des ombres sans consistance. La disparition de l'autorité du père de famille, mène à la disparition de la fonction symbolique, qui s'observe chez les psychothérapeutes. Les institutions perdent de leur valeur (syndicats...). L'individu est tout à fait solitaire et sans identité. En Grande-Bretagne, 7 millions de personnes vivent seules.

Il faut bien voir que ce qui s'est produit là, c'est une catastrophe par libération, sorte de paradoxe des conséquences. Les petites autorités ont été effacées pour conquérir la liberté des individus, mais du même coup la solidarité qui en provenait se trouve effacée aussi. Les individus attachent tant de valeur à cette libération qu'ils sont prêts à souffrir n'importe quelle catastrophe pour ne pas revoir les anciennes autorités (le cas du père de famille est flagrant : le père de Kafka. Les affaires de pédophilie, qui se

produisaient dans les groupes institués et traduisaient des abus d'autorité : on préfère alors se passer de l'autorité).

Par ailleurs, étant donné que les solidarités de groupe ou de voisinage ne fonctionnent plus, l'Etat-providence renforce son emprise de plus en plus et, ne se contentant plus de protéger et d'assurer l'individu, il le surveille et le maternel (à la place des groupes). Il s'occupe de savoir comment ses enfants sont attachés dans la voiture et le punit s'il ne met pas son casque pour conduire un deux-roues. Nous assistons à la naissance de l'Etat maternel, celui qui sans cesse rassure et console. Sans cesse le mouvement se déploie d'arrachement des individus à leurs groupes pour les mettre sous la sauvegarde de l'Etat (possibilité pour les assistantes-sociales scolaires de conseiller les jeunes filles sur les questions d'avortement, sans les parents). La suspicion est permanente face aux groupes et à leur possible tyrannie face aux individus.

Le résultat est que les individus sont moins influencés par leurs groupes diversifiés que par la vision du monde unique délivrée par les élites, étatiques ou médiatiques. C'est la matrice matérialiste qui exerce son influence, considérant les individus comme essentiellement voués à produire et à consommer des biens marchands. L'éducation familiale perd son influence, laissant les enfants à la merci des bandes, et l'état de l'école nous en dit long sur la perte de la « décence commune ». Les individus font appel aux antidépresseurs, à la psychothérapie, ou à la fuite narcissique vers le bien-être.

La situation qui laisse face-à-face des individus isolés et l'Etat est caractéristique de tous les despotismes anciens, dénués de hiérarchies internes, où l'Etat assurait contrôle, protection et assurance, mais aussi surveillance permanente (Egypte ancienne, Chine).

Se développe alors le problème des groupes ethniques insérés dans la société globale, qui souhaitent une autonomie et ne peuvent la réclamer (le père d'origine algérienne ne peut plus gifler son fils). Cette revendication porte un coup à l'Etat républicain pour lequel tous les citoyens sont égaux devant la loi étatique. Ce problème culturel se surajoute aux problèmes de l'individualisme producteur de solitude et d'angoisse.

On constate de fortes propensions chez les individus à recréer une partie de la sociabilité perdue (ce qui montre à quel point la sociabilité est naturelle). Mais les relations en cours de construction sont toujours faites pour être temporaires et laissées à la volonté ou au caprice des membres, qui souhaitent échanger avec les autres sans pour autant subir les difficultés de la responsabilité.

L'unique solution de cet imbroglio serait le redéploiement de groupes qui assureraient à l'individu à la fois la protection et la sociabilité, ce qui exigerait

qu'il perde en partie sa liberté souveraine. Il n'y est pas prêt et généralement répond à l'aporie en cessant de faire des enfants (la démographie explose partout dans le monde mais régresse en Europe).

Il apparaît évident pour nombre d'entre nous que les sociétés contemporaines accordent à la fois trop de liberté à l'individu et trop d'emprise à l'Etat. Ce qui semble un paradoxe, mais ne l'est pas. Car si l'individu est libre de tout faire, sans rien devoir à aucune autorité petite, seul l'Etat peut l'empêcher d'agir contre les lois. On en arrive à une situation où, par exemple, l'Education nationale doit mettre des policiers devant les écoles pour empêcher les enfants de lever un couteau sur leur professeur, parce que les parents n'ont plus d'autorité.

A mon avis, trois instances ou principes sont à réintroduire :

L'autonomie : cette capacité à se donner ses propres lois, qui ne peut que s'apprendre par l'éducation, et engage l'individu à se restreindre lui-même avant que l'Etat doive lui imposer de respecter les lois du vivre-ensemble. L'autonomie est apportée par l'éducation d'initiative. Elle suppose traditionnellement un père de famille porteur de la fonction symbolique, aujourd'hui des parents capables de comprendre que l'enfant doit apprendre à quitter le principe de plaisir pour aborder la réalité, ses limites, ses interdits (la société matrocentrée tend à défaire la fonction symbolique : l'enfant reste dans le narcissisme primaire où il réclame tout et ne s'arrête que par punition extérieure, il devient un citoyen demandeur d'Etat).

Les autorités intermédiaires : le législateur doit avoir le courage de conférer un pouvoir aux autorités intermédiaires, même si cela choque son républicanisme. Il est probable que nous serons contraints de donner une autonomie aux groupes identitaires, afin de limiter l'autorité de l'Etat.

La morale commune : elle manque en raison de l'effacement de la religion, de l'explosion du nihilisme et de la dérision, du relativisme et du positivisme juridique. L'importance de la « décence commune » est aujourd'hui mise en valeur par toutes sortes de courants, sans obédience religieuse. La sagesse est en train de remplacer la religion.

Les Allemands et les Français face à la vie privée

Que nous apprend le droit sur les cultures ?

Danièle Bourcier¹⁷⁹

Directrice de recherche
CNRS, Paris & CMB, Berlin

LE E-GOUVERNEMENT est le terme générique pour décrire le nouvel état de droit qui s'appuie sur la société de l'information. La France et l'Allemagne, deux Etats dotés historiquement d'une bureaucratie forte et centralisée, ont pu moderniser efficacement leurs administrations : mais comment ces deux pays ont réagi aux effets de ces transformations sur les libertés fondamentales et la vie privée ?

De 2005 à 2008, un séminaire franco-allemand a réuni à Berlin et à Paris des fonctionnaires, des juristes, des politologues, des associations intéressés par les impacts des technologies dans le secteur public en Europe. Le bilan des avancées et des déficits a été contrasté : le droit européen et les technologies ont certes rapproché nos bureaucraties. Mais ce séminaire a montré aussi que, si notre histoire européenne a un fonds commun¹⁸⁰, lorsque les technologies sont confrontées à des concepts fondamentaux comme la vie privée, on ne peut pas concevoir l'universel comme « totalité positive et saturée » mais comme « l'exigence de rouvrir toute universalité close et satisfaite »¹⁸¹. En quelque sorte les cultures juridiques de nos deux pays ont réaffirmé leurs particularismes, au bénéfice de ce que j'avais appelé en d'autres circonstances la juri-diversité¹⁸². Les nouvelles limites de la vie privée montrent que cette universalité ne sera jamais close.

179• cf. note 172 supra.

180• La distinction est très ancienne puisque Aristote faisait la distinction entre la sphère publique polis et la sphère privée oïkos.

181• F. Jullien, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, Paris, Fayard, 2008.

182• D. Bourcier et P. Hassett, « Systèmes experts français et américains, Technologies de l'information et spécificités culturelles » in *Droit et Intelligence artificielle* (D. Bourcier et alii, eds), Paris, Romillat, 2000, p. 224 « Nous devons prévenir la disparition des cultures juridique dans un monde techno économique globalisant, avec le même souci que nous aurions devant la disparition du panda, de l'éléphant ou des baleines : dans le domaine du droit, la réduction de la diversité risque aussi d'appauvrir notre patrimoine commun ».

Seront examinées dans cette comparaison culturelle les atteintes à la vie privée dues aux nouvelles technologies puisque ce sont actuellement ces technologies qui font évoluer nos conceptions sur la vie privée.

1 – La protection de la vie privée face aux systèmes juridiques

La protection des libertés face à l'informatique naissante a produit la loi emblématique et visionnaire de 1978 en France. En Allemagne, – comme nous l'a décrit avec beaucoup de précisions Jacques Charlin – le Land de Hesse avait précédé cette initiative en 1970. Mais d'une façon générale, les lois allemandes ne comportent que des indications parcellaires sur la protection de la vie privée. Le droit au nom est protégé par le code civil et le droit à l'image par les lois sur le droit d'auteur.

En effet en Allemagne, la protection de la vie privée est essentiellement l'œuvre de la jurisprudence qui a lentement forgé principes et concepts et les a approfondis au fur et à mesure des nouvelles atteintes dues au développement des technologies de réseaux. Se fondant sur le fait que la Loi fondamentale garantit le droit de chacun au « libre développement de sa personnalité », la jurisprudence allemande a affirmé à partir de 1954 que le « droit général de la personnalité », c'est-à-dire le droit qu'a l'individu, vis-à-vis de toute personne, au respect de sa dignité d'homme et de sa personnalité propre, devait être protégé. Cette protection se traduit non seulement par l'attribution de dommages intérêts en cas d'atteinte, mais aussi par la possibilité pour le juge d'ordonner, le cas échéant en référé, toute mesure de cessation ou de prévention.

Le concept de vie privée met la culture anglo-saxonne à part des autres cultures occidentales comme la culture française ou allemande¹⁸³. Une observation ne peut échapper aux juristes : la protection pénale de la vie privée est plus développée dans les pays continentaux que dans les pays de Common law. En effet le droit pénal définit explicitement les infractions à la vie privée en Allemagne et en France comme en Espagne et en Italie. Il sanctionne les « infractions contre la vie privée et l'intimité » en Allemagne, le « délit d'atteinte à la vie privée » en France, les « infractions contre l'intimité, le droit à l'image et l'inviolabilité du domicile » en Espagne, et les « interférences illicites avec la vie privée » en Italie. De façon générale, ces dispositions permettent de punir l'enregistrement visuel ou sonore d'informations relatives à la vie privée d'autrui,

183• Le concept n'est pas universel et reste virtuellement inconnu dans certaines cultures récentes. L'expression « vie privée » est parfois considérée comme intraduisible par les linguistes. Beaucoup de langues manquent d'un mot spécifique pour désigner la vie privée. D'autres langues utilisent une description complexe pour traduire l'expression (comme en Russe par exemple, où on combine plusieurs termes : solitude, secret et vie privée) ou font des emprunts à l'anglais (privacy en Indonésie ou privasi en Italie).

et leur diffusion. En revanche, le droit pénal anglo-saxon est nettement moins protecteur. Il n'existe d'infraction générale contre la vie privée ni en Grande-Bretagne, ni aux Etats-Unis et les violations les plus manifestes peuvent être tolérées au nom de la liberté d'expression ¹⁸⁴.

2 – Vie privée, Internet et technologies

Revenons aux technologies : l'année 2010 a été particulièrement exemplaire en matière de réactions aux intrusions des technologies et d'internet dans la vie privée, qu'elles émanent de l'ordre privé ou de l'ordre public : surveillance des citoyens et des consommateurs, passeports biométriques, perquisitions secrètes d'ordinateurs à domicile, menace à la liberté d'expression sur Internet et au principe de la neutralité du net ¹⁸⁵. Trois éléments se combinent : les innovations sociales suscitées en matière de réseaux et notamment Facebook, les outils de communication et de marketing de plus en plus sophistiqués et opaques et enfin les politiques sécuritaires des Etats. Mais de nouveaux principes émergent comme le droit à l'oubli en France, et l'Allemagne vient de créer un nouveau droit fondamental des systèmes d'information (Computer Grundrecht).

Une première constatation s'impose : l'Allemagne censure de plus en plus la surveillance d'internet et du téléphone.

Les réactions des politiques

En 2010, lorsqu'Apple a modifié sa politique en matière de confidentialité des données ¹⁸⁶, l'Allemagne a demandé de plus amples explications. Le magazine d'actualités Der Spiegel rapporte ainsi les propos de Sabine LEUTHEUSSER-SCHNARRENBURGER, ministre de la justice allemande : « les utilisateurs d'iPhone et d'autres appareils pourvus d'un GPS doivent savoir exactement quelles sont les informations personnelles collectées ».

184• Une société nommée Intelius a été créée aux États-Unis en 2003. Par le biais de son site internet, elle donne l'occasion à tous les internautes américains de connaître des détails sur la vie privée de n'importe quel compatriote : ses factures, ses commandes sur catalogue, ses abonnements, les enregistrements de propriété immobilière. Moyennant un droit d'accès, Intelius retrace la vie privée (mariage, divorce, nombre d'enfants, déménagements) de la personne dont on aura entré le nom, le prénom... On peut connaître aussi son numéro de sécurité sociale, son revenu, la valeur de son bien immobilier, la surface de sa maison, le nombre de pièces et même le mode de chauffage. Une photo satellite affiche le plan du quartier, avec une fiche indiquant sa composition ethnique, le nombre de délits et de crimes qui y ont été commis, le niveau d'éducation et de revenus.

185• Entendu comme pas de restrictions d'accès imposés par l'état ou le fournisseur d'accès, pas de blocage de certains services, interdiction d'imposer des filtres sur le réseau, obligation de passer par un juge avant tout retrait de contenu etc.

186• Sur son site officiel Apple explique sans plus de précision que : « pour fournir des services de géo-localisation sur les produits Apple, Apple et ses partenaires et licenciés peuvent collecter, utiliser et partager des données de localisation précises, y compris la localisation géographique en temps réel de votre ordinateur ou appareil Apple ».

Collectées de manière anonyme, ces données doivent permettre aux ingénieurs d'Apple d'améliorer leurs produits.

Au mois de janvier de la même année, elle avait exprimé ses craintes vis-à-vis de Google en expliquant que la firme avait accumulé beaucoup trop de données : « Globalement, ce qui se passe ici, c'est la naissance d'un nouveau monopole comparable à Microsoft », expliquait la ministre avant d'ajouter : « je veux créer plus de transparence et m'assurer que les internautes savent où vont leurs données ». Récemment Peter SCHAAR, responsable de l'équivalent allemand de la CNIL avait interrogé cette entreprise à propos des données collectées par les « Google cars » sur les réseaux WiFi.

Les dirigeants allemands ont réagi aussi sur Facebook (juillet 2010). Le responsable de la protection des données sur Internet de la ville de Hambourg a annoncé qu'il lançait une procédure pouvant aboutir à une amende contre Facebook, accusé d'exploiter les données de personnes qui ne sont pas membres de ce réseau Internet. Johannes CASPAR considère « contraire au respect de la protection des données privées » l'enregistrement par Facebook d'informations relatives à des personnes qui ne sont pas membres du réseau¹⁸⁷. En effet, comme Facebook va puiser dans les répertoires d'adresses de ses membres, J. KASPAR soupçonne que « les données (ainsi obtenues) servent à établir des profils de personnes non membres du réseau ». Ces données enregistrées durablement par Facebook sont utilisées à des fins publicitaires sans que ces tierces personnes en soient averties. « C'est une perspective inquiétante », a-t-il ajouté.

Les censures constitutionnelles

Mais parallèlement aux réactions publiques des dirigeants allemands, l'institution judiciaire s'est aussi exprimée clairement depuis quelques années. Ainsi la conservation des données de connexion (logs) a été jugée **anticonstitutionnelle** en mars 2010, par la Cour de Karlsruhe La loi, adoptée en 2008, obligeait les fournisseurs d'accès à internet, et les prestataires de téléphonie, à conserver les traces de ce que font leurs abonnés sur les réseaux de télécommunication (y compris leur géo localisation), pendant 6 mois. Elle visait à transposer tout à fait **légalement** la directive européenne sur la conservation des données¹⁸⁸ adoptée en 2006, afin de pouvoir tracer et identifier la source la destination, le type la date, l'heure et la durée d'une communication

187• Facebook présente régulièrement à ses membres une liste de personnes qu'ils sont susceptibles de connaître.

188• Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE.

ainsi que la machine utilisée pour communiquer y compris la localisation des équipements de communication mobile.

A l'époque, le Comité des libertés civiles, justice et affaires intérieures du Parlement européen avait recommandé de ne l'autoriser qu'en cas de mandat judiciaire et de la limiter aux seuls crimes graves, de ne transférer les données aux autorités nationales que sur demande expresse, et au cas par cas, recommandations qui n'avaient pas été prises en compte par la Commission européenne. La Cour constitutionnelle allemande a pour sa part estimé que la loi n'était pas suffisamment transparente, qu'elle violait le secret des correspondances et n'encadrait pas suffisamment l'utilisation qui serait faite de ces données, que les mesures de sécurité censées les protéger étaient insuffisantes, que les motifs invoqués (la lutte contre la criminalité, le terrorisme et les menaces en terme de sécurité) n'étaient pas suffisamment clairs, ni proportionnés en terme de protection de la vie privée, et appelle donc à une **destruction sans délai** des données d'ores et déjà archivées. Elle a également estimé qu'il s'agissait là d'une « intrusion particulièrement sévère dans la vie privée d'une ampleur que notre système légal n'avait jamais connu jusqu'à ce jour ».

Ainsi, la Cour constitutionnelle allemande ne contestait pas la nécessité de la directive européenne mais voulait souligner que le problème tenait davantage à son interprétation par le parlement allemand. Précisons que près de 35 000 personnes dont plusieurs personnalités politiques, journalistes, avocats avaient saisi la cour dans ce qui constitue le plus important recours collectif (class action) de l'histoire allemande¹⁸⁹. Par son jugement, la Cour constitutionnelle a validé le principe de la conservation des données pendant 6 mois, mais limité leur consultation par les autorités aux cas d'infractions criminelles les plus graves, tels que les homicides, abus sexuels, affaires de terrorisme ou certaines affaires de fraude fiscale ou de corruption. Les sociétés d'auteurs ou de producteurs de cinéma ou de musique ne pourront pas utiliser ces données pour lutter contre le piratage sur Internet.

Il s'agit donc d'une situation totalement inverse à celle de la France puisque en 2004 la loi de confiance dans l'économie numérique¹⁹⁰ (LCEN) imposait au fournisseur d'accès en ligne (FAI) français de conserver ces données pour une durée d'au minimum un an. Cette décision a déjà été remarquée en

189• En 2006 déjà la cour de Karlsruhe ordonnait aux fournisseurs d'accès internet (FAI) de détruire toutes les données de connexions des abonnés en faisant la demande afin de préserver leur droit à la vie privée à moins de prouver qu'il y a une justification légale à stocker ces informations. Ce fut une avancée dans la protection de la vie privée car ces enregistrements (principalement les "logs" d'adresses IP) sont capables par des recoupements de tracer l'ensemble de l'activité d'un abonné.

190• Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

France en 2008 puisqu'elle intervenait au milieu du débat animé sur la loi Hadopi, dite loi Olivennes et apprécie les atteintes à la vie privée de façon diamétralement opposée.

En effet la loi Hadopi prévoit que pour les besoins de la mise en œuvre de la riposte graduée, « il peut être différé pour une durée maximale d'un an aux opérations tendant à effacer ou à rendre anonymes certaines catégories de données techniques », c'est-à-dire essentiellement les données qui permettent de lier une adresse IP à l'identité d'un abonné à Internet. Personne ne semble s'émouvoir en France de ce que l'on puisse ainsi garder pendant 12 mois les données privées d'un abonné, simplement pour l'intérêt privé de sociétés d'édition de musique ou de cinéma. On rappellera qu'en plus, le texte actuel prévoit de donner à des agents nommés par les ministères la faculté d'obtenir ces identités sans passer par un ordre du juge, par simple demande auprès des fournisseurs d'accès à Internet¹⁹¹.

La Cour européenne de Justice a aussi rappelé¹⁹² que les Etats membres devaient respecter un principe de **proportionnalité** lorsqu'il restreint le droit à la vie privée des internautes en faveur de la protection du droit d'auteur. Il faut assurer « un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux », a rappelé la Cour, tout en donnant aux états membres la liberté de fixer eux-mêmes le point d'équilibre.

Le fait de donner à des agents de l'Etat la possibilité d'accéder à des données de connexion pendant 1 an sans le contrôle du juge est-il, selon la France, un juste équilibre entre les droits fondamentaux ?

Je prendrai comme troisième exemple la notion d'interception qui est particulièrement intéressante par rapport à la vie privée. Le terme « communications électroniques » est utilisé au sein de l'Union européenne depuis les directives du 7 mars 2002. Depuis la mi-2003 au sein de l'Union européenne, et en France depuis 2004, on parle d'interceptions de communications électroniques.

En 2007 en Allemagne, la Cour fédérale de justice avait refusé à la police le droit de fouiller en secret à distance, via Internet, les disques durs de

191• Rappelons même si ce n'est pas en rapport direct avec la vie privée que le Conseil constitutionnel français a cependant censuré le 10 juin 2009 la partie sanction de la loi Hadopi – la « riposte graduée » – sur le téléchargement illégal. Il estime donc que le projet de loi enfreint deux articles de la déclaration des droits de l'homme de 1789, qu'il est également chargé de défendre et notamment l'article 11 qui protège « la liberté de communication et d'expression » et qui « fait l'objet d'une constante jurisprudence protectrice », expliquent les sages. A ce titre, le pouvoir de « restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement » ne peut « incomber qu'au juge », affirment-ils.

192• Arrêt du 29 janvier 2008.

personnes soupçonnées de terrorisme. La loi du Land de Nordrhein-Westphalen autorisait en effet la police à s'introduire secrètement dans des ordinateurs personnels, au moyen de chevaux de Troie, afin d'y effectuer des perquisitions. Les juges de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe ont annulé la loi en vigueur sur les perquisitions en ligne, mais seulement dans certains cas bien circonscrits. La police a le droit d'intercepter sur Internet des communications de personnes soupçonnées de crimes, mais en suivant des procédures précises : premièrement, les perquisitions en ligne sont autorisées par un juge. Deuxièmement, ces perquisitions en ligne ne sont autorisées par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe que pour deux motifs : menaces concrètes contre la vie humaine, menaces concrètes contre l'Etat. Troisièmement, les données recueillies lors de ces cyberperquisitions ne peuvent pas être utilisées par la justice si elles touchent à la vie privée des suspects.

A cette occasion, la Cour de Karlsruhe a établi là un arrêt essentiel qui touche à la société de l'information : elle a défini un **droit fondamental à la protection de la confidentialité et de l'intégrité des systèmes informatiques**. Elle s'inscrit en faux contre les positions ultra-sécuritaires du ministre de l'Intérieur de l'époque, qui s'était heurté à la ministre de la Justice.

Ainsi, si le contrôle existe toujours en Allemagne dans le domaine des interceptions, il s'est considérablement réduit¹⁹³. A travers ces trois lois et en analysant les réactions du juge qui en contrôle leur constitutionnalité, l'Allemagne est considérée en Europe comme le meilleur défenseur de la vie privée de ses internautes (Privacy international).

3 – Quelques explications : vie privée et différences culturelles

Concernant la vie privée, dans les dernières années, la France a enregistré des mouvements de la société civile très actifs contre tous les types de fichages, banques de données personnelles notamment autour de la fermeture du fichier EDVIGE¹⁹⁴. Mais l'Allemagne, marquée par la dictature nazie

193• Selon l'éditorial du Hamburger Abendblatt : « C'est d'une façon impressionnante que les juges ont rempli cette exigence d'équilibre entre liberté et sécurité... Ils ont abordé avec beaucoup de minutie et d'obstination ce sujet compliqué et ont principalement constaté deux choses : aujourd'hui, l'épanouissement de la personnalité de chacun s'effectue avec l'ordinateur et doit donc être, là aussi, protégée. Simultanément cependant, on ne peut pas non plus accepter que ces grands espaces de liberté soient utilisés par des criminels menaçant notre existence ».

194• En 2008, une pétition contre ce fichier rassemble plus de 206 000 signatures. Plusieurs recours ont été portés devant le Conseil d'Etat. Face au tollé qui s'est manifesté jusque dans la majorité présidentielle, le ministère de l'intérieur a annoncé, le 9 septembre 2008, que des modifications pourraient être apportées au fichier. Le décret instituant le fichier EDVIGE a été retiré le 20 novembre 2008. Ce fichier est remplacé par un nouveau dont l'acronyme est EDVIRSP.

et le régime policier communiste en RDA (STASI) rend la population très attentive au respect de la vie privée en général. Les associations de consommateurs et les citoyens soutenus par les politiques ont adopté des pratiques vis-à-vis des réseaux sociaux plus pragmatiques (poursuite, boycott, produit concurrent).

De même la Constitution est la gardienne des libertés fondamentales et des équilibres. Mais joue-t-elle le même rôle en France qu'en Allemagne, pays fédéral ?

Je conclurai par ces deux points.

La société civile

On citera l'exemple de Facebook et de la résistance des jeunes allemands à ce réseau social qui avec plus de 400 millions d'utilisateurs, a conquis la planète. Pourtant l'Allemagne, avec ses 82 millions d'habitants, multiplie ses attaques contre le fondateur de Facebook Mark ZUCKERBERG. La Bundesrepublik est si attachée au respect des données personnelles que la fédération des associations de consommateurs (VZBV) a appelé à le boycotter. La ministre de la Consommation allemande, Ilse AIGNER a écrit à Mark ZUCKERBERG pour lui exprimer son mécontentement : les informations et les photos publiées par les utilisateurs peuvent se retrouver dans des publicités. Et si l'internaute souhaite effacer totalement ses données, c'est un véritable parcours du combattant qu'il doit entreprendre.

La VZBV appelle ainsi Facebook à interdire par défaut la diffusion des données personnelles (opt-in), au lieu de considérer que l'internaute prudent doit perdre son temps à décocher des cases (opt-out). Une demande légitime, mais qui pose un problème économique à Facebook. Les publicités, très chères, ont besoin des données personnelles pour être pertinentes.

Si l'Allemagne peut se passer de Facebook, c'est parce qu'elle a son propre réseau social, bien plus respectueux de la vie privée : studiVZ (VerZeichnis). Ce site, créé fin 2005 par des Allemands, s'inspire beaucoup de Facebook mais garantit la protection des données personnelles. Il arbore un label allemand très exigeant qui se conforme aux lois allemandes strictes de protection des données. Le site explique que : « Si tu supprimes quelque chose, c'est détruit. Totalement ». Mieux encore, lors de la création d'un compte, toutes les informations de l'utilisateur sont cachées : il doit sélectionner celles qu'il souhaite rendre publiques et peut choisir quels contacts y auront accès. Ces avantages ont démoli les offensives de Facebook au point que le réseau est toujours méconnu par la majorité des Allemands. Le réseau germanophone, qui existe aussi en anglais, regroupe les écoliers (schulerVZ), les étudiants (studiVZ) et les autres (meinVZ). Il rassemble plus de 16 millions de membres, soit deux fois plus que Facebook sur le même territoire.

Les principes constitutionnels

L'approche de la question de la vie privée à l'ère numérique ne s'appuie pas sur les mêmes instruments ni sur les mêmes principes constitutionnels en France et en Allemagne. Les modes de raisonnement sont plus laconiques en France qu'en Allemagne où les principes de proportionnalité font l'objet de descriptions détaillées et argumentées pour chaque affaire.

En France, les principes fondamentaux sont rappelés comme « visa » pour sanctionner les textes qui seraient non-conformes à la Constitution. Le dernier exemple concerne le Code de la construction et de l'habitation qui devait insérer un nouvel article L. 126-1-1 ouvrant une possibilité de transmission en temps réel aux services de police des images des systèmes de vidéosurveillance mis en œuvre dans les parties communes des immeubles collectifs à usage d'habitation, lorsque s'y produisent des événements ou des situations susceptibles de nécessiter l'intervention de ces services. Le Conseil constitutionnel a censuré, le 25 février 2010, l'article 5 de la loi qui prévoyait une telle disposition sur la vidéosurveillance intégrée dans la loi sur les bandes qui lui semble contraire au respect de la vie privée. En pratique, cet article autorisait le raccordement des systèmes de vidéosurveillance des HLM aux commissariats. Le Conseil a rappelé que « le respect de la vie privée » faisait partie des droits imprescriptibles de 1789 et que le législateur se devait de concilier ce respect à la prévention des atteintes à l'ordre public. Transmettre ainsi des images prises dans des lieux non ouverts au public « sans prévoir les garanties nécessaires à la protection de la vie privée des personnes qui y résident ou se rendent dans ces immeubles » est inconstitutionnel. La haute juridiction en profite pour signaler au gouvernement l'atteinte à la vie privée engendrée par la transmission, aux forces de l'ordre, d'images prises dans des lieux privés. Aucun argument supplémentaire ne vient instancier le rappel aux principes généraux invoqués.

D'autres principes sont en revanche évoqués, destinés à enrichir la liste des droits citoyens plutôt qu'à encadrer les atteintes à la vie privée. Le droit à l'oubli par exemple a fait l'objet d'un rapport en 2010 qui permettrait à tout internaute, d'exercer un « droit de suppression des données » gratuitement. Par ailleurs, Nathalie KOSCIUSKO-MORIZET, secrétaire d'Etat à l'économie numérique, s'est déclarée favorable à la rédaction d'une charte « de bonne conduite » avec les acteurs d'internet afin de protéger la vie privée en ligne. Le président de la CNIL s'est quant à lui prononcé en faveur de l'inscription du droit à l'oubli numérique dans la Constitution française. En effet, ce dernier a déclaré qu'il « faut appliquer à internet le même type de raisonnement que pour l'écologie, dont la Charte a été adossée à la Constitution ».

En Allemagne, l'approche principale a été plus globale : elle vise à détailler les principes existants par rapport aux nouvelles situations d'atteintes et même à faire émerger un principe générique qui coiffe désormais l'ensemble des atteintes à la vie privée. La Cour rappelle aussi régulièrement son rôle de « protection constitutionnelle ».

Prenons deux exemples pour en comprendre le montage argumentatif : l'Annulation des dispositions concernant le captage automatique de plaques d'immatriculation de véhicules et celles concernant les interceptions.

La Cour constitutionnelle par décision du 11 mars 2008 a déclaré nulles les dispositions concernées pour violation du droit d'autodétermination (*Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*) principe fondamental de la vie privée. Les dispositions attaquées ne respectent pas non plus le principe de précision et clarté des normes (*Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit*), puisqu'ils ne précisent ni le motif ni le but des enquêtes, pour laquelle les informations sont récoltées et comparées. Elles ne respectent pas non plus le principe de proportionnalité, autre principe fondamental réévalué à chaque cas. Les mesures d'empiétement sur le droit d'autodétermination doivent avoir une base légale conforme à la Constitution. Les dispositions en cause ne remplissaient pas cette condition.

En ce qui concerne la perquisition en ligne et la reconnaissance sur Internet, la Cour Constitutionnelle a déclaré les dispositions concernant la perquisition en ligne ainsi que la reconnaissance sur internet contraires à la Constitution et donc nulles. Elles sont contraires au « droit général de la personnalité » (*Allgemeines Persönlichkeitsrecht*) dont est déduit au principe dont nous avons parlé, le **principe constitutionnel de garantie de la confidentialité et intégrité des systèmes TIC** (*informationstechnische Systeme*). Les articles 10 (secret de télé-communication – *Telekommunikationsgeheimnis*) et 13 (Inviolabilité de l'appartement – *Unverletzlichkeit der Wohnung*) de la Constitution, ainsi que les principes constitutionnels établis par la Cour ne permettent pas de répondre à cette nouvelle nécessité de protection.

La Cour Constitutionnelle a donc précisé que le « droit général de la personnalité » (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) doit être assorti d'une autre interprétation donnant naissance à un nouveau droit fondamental : le « droit à la garantie de la confidentialité et de l'intégrité des systèmes TIC » (*Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme* appelé plus succinctement *Computer-Grundrecht*). Inversement, des mesures empiétant sur le « droit à la garantie de la confidentialité et de l'intégrité des systèmes TIC » peuvent désormais être légitimées par un but préventif ou répressif à condition d'avoir une base légale conforme à la Constitution.

En conclusion, la France et l'Allemagne reconnaissent, à la différence des Etats-Unis, une **valeur constitutionnelle à la vie privée**. Cependant le contrôle de constitutionnalité et la clarification des principes fondamentaux s'opèrent différemment en France qu'en Allemagne où les traditions législatives sont différentes. En Allemagne, la Cour est garante de l'identité constitutionnelle et de la loi fondamentale allemande. On l'a vu en 2009¹⁹⁵ quand elle a rendu, à la surprise de la France, un arrêt de grande importance sur la compatibilité du Traité de Lisbonne avec cette loi fondamentale. Le jugement sur la conformité de la loi en France est plus respectueux des finalités du législateur. Mais la généralisation d'un droit fondamental pour le citoyen en matière de vie privée et d'informatique (Computer Grundrecht) à la hauteur des enjeux actuels pourrait bien devenir la future étape de la construction d'un droit européen dans ce domaine.

195• Rapport d'information La constitution allemande et l'Europe, H. Haenel, CAE, Sénat, n° 119.

PREMIERE PARTIE

LE NOTAIRE SUJET DE DROIT

C'EST DONC AU SEIN DE L'OFFICE NOTARIAL et par le truchement de la réglementation classique applicable au notariat que sera préservée, ou non, la vie privée. Nous examinerons donc dans un premier temps le fonctionnement traditionnel d'une étude pour recenser ses aspects positifs et dénoncer, éventuellement, ses aspects négatifs au regard de notre thème. (**Titre I Notaire, réglementation traditionnelle et vie privée.**)

Mais les nouvelles technologies sont venues bouleverser la façon de travailler, la confection des actes, mais aussi les relations humaines. Compte tenu des nouveaux dangers potentiels qu'elles induisent, une réglementation spécifique s'est imposée pour tenir compte de risques nouveaux d'atteinte à la vie privée. Nous étudierons donc dans un deuxième temps, le respect de la vie privée à raison de la réglementation « informatique et liberté ». (**Titre II Notaire, réglementation « informatique et liberté » et vie privée.**)

TITRE I – NOTAIRE, RÉGLEMENTATION TRADITIONNELLE ET VIE PRIVÉE

Quelques aspects théoriques seront tout d'abord rappelés, touchant le principe du secret professionnel (1). Cependant les interrogations du praticien à partir du quotidien d'un office notarial ne seront pas inutiles, pour comprendre les éventuelles failles du système qui laissent s'évaporer des informations que le notariat n'a pas l'obligation de divulguer (2). En annexe figureront les circuits de production des actes et autres documents notariaux. Ils permettront de mieux comprendre les difficultés rencontrées pour pallier les risques de « fuites » de renseignements concernant les clients.

Chapitre 1 – Vie privée – secret professionnel et autres confidentialités

« En contact direct avec les personnes, les familles, les entreprises et les institutions, le notaire est amené à se voir confier des informations revêtant

un caractère intime. L'activité de conseil qu'il exerce appelle la confiance des informations¹ ».

Le secret de l'information reçue est levé, dans certaines hypothèses et le notaire en sa qualité d'officier public ou de conseil des parties est susceptible de transmettre les informations recueillies au profit de l'État ou des tiers. Aujourd'hui, le secret est en prise directe avec le concept fourre-tout de la transparence. L'État a la prétention de contrôler de plus en plus les activités des citoyens afin de s'assurer qu'ils respectent les obligations qu'ils ont à son égard. L'État exige alors que certaines personnes, en particulier les détenteurs de charges publiques lui facilitent ce contrôle. Il apparaît que le notaire détenteur d'informations est de plus en plus sollicité pour transmettre ces informations, et peut être même entendu sur les confidences reçues dans le cadre de son activité. Le secret se rattache à la vie privée en ce qu'il en est le noyau dur. Il ne faut pas perdre de vue que l'activité notariale a pour objectif la sécurité juridique des personnes par l'authentification des actes et non de protéger les intérêts fiscaux et autres de l'Etat. Cette nouvelle approche briserait la relation de confiance entre le notaire et son client et instaurerait une nouvelle catégorie de fonctionnaire.

L'objet de la partie de cette commission est de rechercher :

- Si la collecte des données par le biais des officiers publics au profit des différentes administrations et des tiers est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

Et dans la négative, comment s'effectue cette atteinte au respect de la vie privée ?

1• Propos introductif de Maître Dominique SAVOURE, Notaire à Versailles (Hauts-de-Seine), à l'occasion de son rapport de la Commission des affaires Européennes, sous commission « le secret professionnel », réunion « Heraklion-Grece », en date du 8 mai 2009. Rapport élaboré avec la collaboration entre autres de M^e Fatmir LACEJ (Albanie), M^e Harin ARNOLD (Allemagne), M^e Bram VUYLSTEKE (Belgique), dans le cadre de l'Union Internationale du Notariat (UINL). L'UINL est une organisation non gouvernementale dont l'objectif est de promouvoir et développer la fonction et l'activité notariale dans le monde. Fondée en 1948 à Buenos-Aires par les représentants des Notariats appartenant à dix-neuf pays : Argentine, Belgique, Bolivie, Brésil, Canada, Colombie, Costa-Rica, Chili, Equateur, Espagne, France, Italie, Mexique, Paraguay, Pérou, Porto-Rico, Suisse et Uruguay. L'union est actuellement présente dans les organisations mondiales, comme l'ONU, dont le Conseil économique et social a conféré le statut consultatif « spécial », dans des organisations internationales intergouvernementales, telles que le Conseil de l'Europe et la Conférence de La Haye de Droit International privé (HCCH), dans des organisations supranationales et régionales, dont notamment l'Union Européenne et ses institutions telles que le parlement et la commission européennes et dans diverses organisations internationales non gouvernementales telles que l'Union Internationale des Avocats (UIA), l'Union Internationale (UIM), l'International Law Association (ILA), l'Internationale Bar Association (IBA).

– Et, si ces atteintes sont identiques chez les professions voisines ?

Pour ce faire, nous rappellerons brièvement le principe du secret professionnel (1.1). Nous verrons plus longuement quelles sont les exceptions ou dérogations à ce principe (1.2).

1.1 Rappel du principe du secret professionnel

Le secret se rattache à la vie privée en ce qu'il en est le noyau dur, c'est la raison pour laquelle, il est reconnu par toutes les législations des pays démocratiques, en particulier à travers le Code pénal (article 458 pour la Belgique, article 707, pour l'Espagne, article 622 pour l'Italie). On le retrouve dans différents textes spécifiques à la profession (article 22 du Dutch Notaries act pour les Pays-Bas).

L'intérêt de la clientèle notariale française est protégé par des textes généraux comme l'article 226-13 du Code pénal qui traite de la révélation du secret. « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

Et par l'article 7 du décret du 24 décembre 1979 qui assimile au secret « tout ce qui est venu à la connaissance du notaire dans l'exercice de ces fonctions ».

Ainsi que par des textes spéciaux du notariat :

L'ancien article 32 du règlement national de la profession précise que « le notaire doit n'accepter de témoigner de ce qu'il a pu savoir sur sa relation d'affaires que dans les cas prévus par la loi, refuser de communiquer des documents et actes déposés à son office à toute autre personnes qu'aux parties elles-mêmes ».

L'article 23 de la loi du 25 ventôse de l'an XI encadre strictement la communication des actes et dispose que le notaire ne peut délivrer à des tiers des copies authentiques, sans ordonnance du tribunal de grande instance (TGI).

En outre, dans le contexte de pratiques interprofessionnelles, **ce principe étant absolu, aucune exception légale n'existe à l'encontre du notaire et au profit d'une autre profession.**

Si la confidentialité des éléments du dossier au bénéfice du client est érigée au titre de principe, dont l'importance n'est pas discutée, les exceptions sont tellement nombreuses qu'elles aboutissent à une atteinte à la vie privée des clients.

L'atteinte à la vie privée est caractérisée lorsque les informations recueillies par le notaire :

- Dépassent la finalité de l'acte à établir.
- Sont communiquées aux administrations et aux tiers, au détriment du client.

La détention exclusive par le notaire des confidences de la clientèle est limitée par les éléments suivants :

- Des obligations de confidentialité insuffisantes des collaborateurs et intervenants extérieurs.
- Des correspondances non protégées.
- La publicité des informations que contiennent les actes.
- Des dérogations trop nombreuses pour le notaire qui entraînent le dessaisissement des minutes et l'obligation immédiate de transmettre les informations, voire être entendu sur ses activités notariales, en matière pénale, fiscale et en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et de lutte contre le terrorisme.

1.2 Les exceptions au principe

L'exception au secret professionnel sera la conséquence de la loi, qui fera prévaloir un autre intérêt, supérieur à celui de l'individu (1.2.1). Par ailleurs, les risques de non respect du secret professionnel pourront être la conséquence de défaillances humaines mais aussi légales (1.2.2).

1.2.1 Exception au secret professionnel voulue par la loi

Dans certaines hypothèses, le notaire est tenu de rendre publics ses actes, pour en assurer l'opposabilité aux tiers. Le non respect de l'aspect privé de la convention est légitimé par la nécessité de la sécurité juridique, exemple d'intérêt général (1.2.1.1). Moins absolues seront les conséquences, des règles concernant la communication des actes notariés, les « minutes » (1.2.1.2).

1.2.1.1 – Atteinte légitime à la vie privée par la publicité des actes et plus généralement par l'accès à l'information.

L'Etat impose la publication de certains actes pour des raisons de sécurité juridique (1). Mais il impose également au notaire la recherche de renseignements sur ses clients (2) notamment pour des raisons fiscales.

1• La nécessaire publicité des actes

La communication du contenu des actes ne peut se faire qu'à des personnes intéressées en nom direct comme les héritiers ou les ayants droits dans le cadre d'une succession. Cependant la compatibilité entre le secret et la publication au fichier immobilier est parfois impossible. Par exemple, les faits et les origines de propriété sont relatés dans les actes soumis à publication. De même, le jugement de divorce est annexé à l'établissement liquidatif, de sorte que les informations intimes sur la vie du couple (cause du divorce et détails de la rupture et informations de nature confidentielles) sont accessibles aux tiers. Certains pays comme la Suisse établissent une convention séparée pour les opérations de partage, qui n'est pas soumise à l'administration aux fins de publication.

Aujourd'hui, l'accès aux documents fiscaux ³, aux registres des hypothèques et aux données cadastrales est régi par des textes spécifiques que la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA ⁴) a compétence pour interpréter. Ces textes ont un régime de communication beaucoup plus favorable que la loi du 17 juillet 1978, dont l'article 6, protège les secrets de la vie privée, en rendant non communicable aux tiers l'ensemble des informations dans ce domaine lié au patrimoine et à la propriété privée. Sont ainsi communicables à tout demandeur inscrit au rôle, les documents relatifs à la fiscalité directe locale ⁵. Sont en principe protégées par le secret de la vie privée, les données familiales ou sociales qui peuvent apparaître dans certains documents fiscaux. Sont également protégés des éléments relevant du secret en matière commerciale et industrielle ⁶.

Cependant, on constate qu'il existe un accès libre à beaucoup d'éléments isolés qui, mis bout à bout, permettent d'identifier un patrimoine et de le rattacher à une personne.

La Commission nationale de l'informatique et des libertés ⁷ a ainsi considéré que les données issues de la matrice cadastrale sont des données à caractère personnel :

« dans la mesure où elles comportent, notamment, l'identité des propriétaires fonciers ⁸. Le fichier cadastral comprend les informations portant sur « le(s) propriétaire(s); qualité, nom, prénom, date et lieu de naissance, raison sociale, forme juridique, droit de propriété et démembrement, adresse du domicile ⁹ ».

Cependant au cours de cette même décision, la CNIL a créé une norme simplifiée, qui fixe les conditions d'utilisation des fichiers cadastraux et des

3• L'accès aux documents fiscaux est régi par l'article 104 b) du livre des procédures fiscales.

4• Créée en France par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) est une autorité administrative indépendante qui a pour objectif de faciliter et contrôler l'accès des particuliers aux documents administratifs. Sa principale activité consiste à fournir des avis aux particuliers qui se heurtent au refus d'une administration de communiquer un ou plusieurs documents qu'elle détient. Elle doit obligatoirement être saisie avant l'introduction d'un recours contentieux.

5• Les documents relatifs à la fiscalité directe locale : les avis d'imposition des taxes foncières des propriétés, immeubles bâtis ou non bâtis appartenant à la collectivité. L'état des notifications des taux d'impositions de la taxe d'habitation, des taxes foncières et de la taxe professionnelle fournies par les services de l'Etat. Le rôle de la redevance sur les ordures ménagères, sous réserve de l'occultation des mentions concernant la vie privée des personnes figurant au rôle.

6• Sont ici visés les éléments qui servent au calcul de la taxe professionnelle (chiffre d'affaires...)

7• CNIL.

8• Voir sur le site de la CNIL, la rubrique « Fichiers cadastraux et systèmes d'information géographique », in « Approfondir », Dossier « Collectivités locales ».

9• Article 2, intitulé « Informations traitées », de la norme simplifiée n° 44, issue de la délibération.

informations qui y sont contenues. Si le spectre des formalités de création des traitements automatisés est large, la déclaration simplifiée représente la formalité la plus simple, car regardée comme ne comportant pas de risques d'atteinte à la vie privée, ce qui a été décidé concernant le fichier cadastral¹⁰. La consultation de ce dernier est en libre accès aussi bien par voie électronique¹¹ que par le biais des centres d'impôts fonciers¹². Le principe de la libre communication des documents cadastraux reste en vigueur et le Conseil d'Etat en déduit la possibilité pour toute personne d'obtenir la communication ponctuelle d'extraits d'informations cadastrales concernant des parcelles déterminées (CE juillet 1995.A). Ce principe a été clairement repris par la CNIL dans sa norme simplifiée numéro 44 de juillet 2007¹³, en indiquant que :

9 (suite) • de la CNIL, n° 04-074 du 21 septembre 2004, portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données personnelles mis en œuvre par les communes aux fins de consultation de données issues de la matrice cadastrale, modifié par la délibération n° 2007-190 du 10 juillet 2007. Source ; Article intitulé les « SIG : perspectives informatiques et libertés ». Nathalie Mallet-Pujol, directrice de Recherche.

10• Délib. CNIL, n° 04-074 du 21 septembre 2004 préc.

11• La consultation du cadastre est désormais en ligne sur le site : www.cadastre.gouv.fr de la direction générale des impôts, ou il est possible de consulter le plan cadastral, d'en imprimer un extrait et, bientôt, de commander des feuilles de plan.

Sur le site du ministère de l'Economie, des Finances et de l'emploi : en tapant « cadastre » dans le moteur de recherche puis en sélectionnant la rubrique IGPDE/Ressources Internet sur le cadastre (accès direct par l'adresse suivante : http://www.institut.minefi/gouv.fr/sections/comite_pour_lhistoi/editions_en_ligne/le-cadastre-guide-des-sources_ressources/-internet-sur-le-cad/view.) On accède à une webographie sur les plans cadastraux anciens : généralités sur le cadastre, cadastre d'Ancien Régime, cadastre napoléonien mais aussi quelques plans communaux et de renvois à certains cadastres étrangers. Les liens permettent un accès direct aux documents numérisés » Notice usager.

La direction générale des impôts a numérisé les matrices cadastrales et les a regroupées sur le cédérom « Vis DGI ». Les communes ont désormais accès au logiciel Vis DGI consacré aux informations cadastrales.

12• Le cadastre actuel se consulte dans les mairies ou dans les services du cadastre. Le cadastre qui sert de base au calcul de l'impôt foncier est établi par commune en deux collections. Ces documents mis à jour annuellement sont consultables, soit en mairie, soit au service départemental du cadastre. La délivrance de copies des croquis d'arpentage, de feuilles de plan entier, d'extraits de plan est possible. Le cadastre parisien actuel se consulte au centre des impôts fonciers de Paris sud (V, VI, XIII et XIV arrondissements), 6, rue de Clisson 75013 Paris, au centre des impôts fonciers rue Paganini 75020 Paris (VII, XI, XII, XV, XVI, XIX et XX arrondissements), au centre des impôts fonciers (I, II, III, IV, VIII, IX, X, XVII et XVIII arrondissements), 38, rue de la République 93100 Montreuil-sous-bois. Le cadastre parcellaire dit napoléonien, créé par la loi du 15 septembre 1807 (sauf Paris) et le cadastre rénové, suite aux lois de 1898 et 1930 se consulte dans les services d'archives départementales. Les archives sont classées dans la série P et dans la série W pour les documents postérieurs à 1940.

« Toute personne peut obtenir communication ponctuelle d'extraits d'informations cadastrales sur le support papier relatives à des parcelles déterminées... Seul le propriétaire foncier (ou son mandataire) peut obtenir communication de l'ensemble des indications le concernant... Peuvent être communiqués à des tiers les références cadastrales, l'adresse et le numéro – et plus généralement les autres éléments d'identification cadastrale – de l'immeuble, l'évaluation du bien pour la détermination de sa base imposable ainsi que le nom et prénom et adresse du ou des propriétaires... ».

La seule limitation de ce droit d'accès reconnu aux tiers réside dans une communication d'extrait « ponctuelle ». C'est à l'autorité administrative saisie de vérifier au vu de la fréquence des demandes, si ces dernières sont susceptibles de porter atteintes ou non au principe de communication. Il est évident que ce contrôle exercé de manière autonome par chaque administration ne peut être qu'illusoire, renforcé par le fait que le demandeur n'a pas à justifier sa demande.

L'illusion est d'autant plus mise en évidence avec les systèmes d'information géospatiales¹⁴ (SIG) qui posent le problème de leur application. A titre d'exemple, une proposition de loi¹⁵ a été déposée en décembre 2009, pour limiter l'application de « street view¹⁶ ». Ce logiciel permet à partir d'une simple adresse de voir toutes les rues. Google met ainsi en ligne les photos de tous les lieux d'habitation. S'il ne fait aucun doute que les SIG opèrent un traitement de données automatisé au regard de la loi¹⁷, qu'elles soient ou non diffusées via internet, la qualification de données à caractère personnel

13• CNIL, n° 2004-074, Norme simplifiée n° 44. Article 5 « Délivrance d'informations cadastrales au public », modifié par la délibération n° 2007-190 du 10 juillet 2007.

14• SIG.

15• Cette proposition de loi a été déposée par Monsieur le député Jean-Christophe Lagarde, député maire de Drancy (Seine-Saint-Denis) sur le motif d'une atteinte à la vie privée, faisant suite à la publication par Monsieur Hervé Morin, chef de file du mouvement politique « Le Nouveau centre », en juin 2009, d'une déclaration des droits fondamentaux numériques incluant le droit à l'oubli. Source TECH & NET. Publication en date du 14 décembre 2009. Le Point.fr.

16• Traduction française : Vue depuis la rue.

17• La question de la protection des données est principalement régie en France par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, communément appelée « IFL ». Ce dispositif national a été récemment modifié par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, à la suite de la transposition de la directive communautaire n° 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Aux termes de l'article 2 de la loi « IFL » : « Constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation,

reste délicate¹⁸. Cette norme simplifiée vise plus largement tous les traitements ayant le même objet : fichiers électoraux, fichiers de mise en œuvre pour la gestion de l'état-civil et fichiers pour la facturation aux parents (cantines, centres aérés, écoles, crèches...).

Certains professionnels (non notaires) proposent de rechercher et de collecter différentes informations sur les biens des tiers. C'est le cas de la société dénommée « Patrimoine-infos¹⁹ » dont la publicité de son site internet est littéralement reproduite :

« *Patrimoine-infos* vous aide dans vos démarches (...) à déterminer

- Le propriétaire du terrain,
- Le patrimoine d'une personne,
- La situation hypothécaire d'un bien

Nous répondons à toutes vos questions... »

Pour mémoire cette société est le partenaire de la banque Crédit foncier, spécialisée dans le viager.

Il y a bien atteinte à la vie privée car une société recueille à l'insu d'une personne, en vue de commercialiser un bien lui appartenant, un ensemble de données relevant de son patrimoine privé, et les transmet à un tiers dans une perspective de proposition de rente viagère.

En Suède, le site « Hitta.se²⁰ » propose outre les numéros de téléphone et les adresses des particuliers, des photographies de leur immeuble ou de leur maison²¹ ». Ce site recueille plus de 2 millions de visites par semaine. Le gouvernement Suédois vient d'interdire la consultation des salaires à partir d'internet. Cette mesure sera effective à partir du 1^{er} août 2010 et la consultation sera réservée aux banques.

La géolocalisation pose également les difficultés au regard de la vie privée. C'est le cas du navigateur GPS, qui permet d'indiquer la meilleure route. La

17 (suite) • l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ».

18 • Les données à caractère personnel sont définies par l'article 2, al 2 de la loi de 1978 comme « toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres (...) Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou tout autre personne ».

19 • Patrimoine-infos@patrimoine-infos.fr

20 • Signifie « se trouver ».

21 • Courrier International n° 1008, n° 28 du 25 février au 3 mars 2010. Dossier consacré à « La tyrannie de la transparence ».

CNIL²² s'est opposée, dans une délibération du 17 novembre 2005²³, à un projet de personnalisation des primes d'assurance en fonction de l'usage réel d'un véhicule. En l'espèce, l'assureur réduisait le montant des primes de l'assuré en contrepartie de l'installation d'un GPS à bord du véhicule aux fins de vérification du respect des vitesses maximales autorisées.

La délibération rappelle qu'il appartient à la CNIL « d'apprécier, au regard de la loi du 6 janvier 1978 modifiée et notamment son article 6, la proportionnalité des moyens mis en œuvre » et a considéré au cas d'espèce que la localisation des véhicules à titre privé à des fins de modulation de tarifs, était de nature « à porter atteinte à la liberté d'aller et venir anonymement dans des proportions injustifiées ».

2• La nécessaire quête de l'information pour le compte de l'État.

Si l'État n'a pas encore imposé au notaire d'identifier une partie à l'acte sous un seul numéro, ce qui permettrait une centralisation des informations relatives à celle-ci (a), il impose en revanche une recherche de renseignements notamment pour asseoir l'impôt (b).

(Notons que la nécessité de rechercher des renseignements dans l'intérêt du client lui-même, sera traitée dans la deuxième partie, l'optique étant très différente).

a/ Pas encore de numéro unique pour désigner une partie à l'acte

L'atteinte à la vie privée est ou serait caractérisée en présence :

- d'interconnexion de fichiers par un identifiant unique commun à toutes les administrations.
- de fichiers « positifs », dont le but est seulement commercial,
- des fichiers contenant des éléments non communicables.

En 1974, un article du journal *Le Monde* intitulé « Safari où la chasse aux Français²⁴ » dévoile le projet SAFARI (Système Automatisé pour les Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus) qui avait prévu d'instituer un identifiant unique²⁵ en vue d'interconnecter les fichiers administratifs, est à l'origine de la création de la CNIL. Ce projet a fait l'objet d'un retrait.

Le débat a été relancé lors de l'adoption du projet de loi de finances pour 1999, d'un amendement²⁶ permettant l'interconnexion des fichiers fiscaux et

22• Voir supra.

23• Délibération n° 2005-278 du 17 novembre 2005 portant refus de la mise en œuvre par MAAF Assurances SA d'un traitement automatisé de données à caractère personnel basé sur la géolocalisation des véhicules.

24• Article de Philippe Boucher « Safari où la chasse aux Français », paru dans *Le Monde*, le 21 mars 1974.

25• Voir commission une sur les nouvelles technologies.

26• Il s'agissait de l'article 107 de la loi de Finances de 1999.

sociaux à l'aide du numéro de sécurité sociale. Cependant cet amendement a été déclaré conforme à la constitution par une décision du Conseil Constitutionnel²⁷.

« Considérant que l'article 107 se borne à permettre à la direction générale des douanes et des droits indirects d'utiliser, en vue d'éviter les erreurs d'identité et de vérifier les adresses des personnes, le numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques... que toutes ces obligations sont soumises au secret professionnel prescrit par l'article L.103 du livre de procédures fiscales... il y a lieu de rejeter le grief tiré de la méconnaissance... de la protection de la vie privée. ».

En France, les notaires n'ont pas encore recours à ce numéro. Mais en Belgique, l'identifiant unique fonctionne et il apparaît sur les actes après le nom et la date de naissance de la personne. Ainsi, les notaires et leurs collaborateurs utilisent le numéro d'identification du registre national comme critère de recherche en vue d'accéder aux informations du Registre national en registre bis. Les notaires ont obtenu l'autorisation d'accéder aux données du registre bis en vue de la recherche d'informations sur les personnes physiques suite à une demande soumise auprès du comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé²⁸.

Le 8 mars 2007, la CNIL²⁹ a refusé d'autoriser la création d'une base centralisée sur les crédits aux particuliers, permettant aux établissements de crédits de partager les renseignements sur leurs clients et sur les crédits qu'ils leur ont octroyés, sans qu'il soit tenu compte de l'existence ou non d'incidents de paiement.

b/ La nécessaire quête du notaire de renseignements personnels dans l'intérêt de l'Etat.

Si les administrations partagent leurs renseignements³⁰ entre elles, il n'en va pas de même avec le notaire, y compris dans la recherche d'actif successoral en vue de payer l'impôt résultant de la transmission par décès. Les notaires se heurtent à un refus de communication de l'administration fiscale, gestionnaire du fichier des comptes bancaires (FICOBA³¹). Pire encore, un

27• Décision du Conseil Constitutionnel n° 98-405 DC, loi de finances pour 1999.

28• Revue Notarius5 précité.

29• Voir supra.

30• Voir le débat sur l'administration électronique et le programme ADELE, sur la simplification réglementaire et l'échange de données entre administrations. En particulier les procédures de dématérialisation.

31• Le fichier des comptes bancaires et assimilés (FICOBA) recense en 2008 plus de 80 millions de personnes physiques, françaises ou étrangères, détenant un compte dans un établissement français. Peuvent consulter ce fichier, uniquement les personnes ou organismes habilités

arrêt de la Cour de Cassation rendu en matière fiscale le 6 octobre 1998³² révèle que le fisc a refusé la communication d'un relevé de compte ignoré de l'héritier redressé et n'en a délivré copie qu'après assignation par ce dernier. La cour suprême a rappelé que :

« le jugement est cassé au motif que n'étant ni l'auteur ni destinataire du document sur lequel le redressement était fondé, l'héritier n'en avait pas connaissance et que, dès lors l'administration avait l'obligation de lui communiquer sur sa demande pour le mettre en mesure d'apprécier le bien fondé du redressement ».

Il incombe désormais au notaire « d'établir par avance la bonne foi de son client, de demander par écrit à l'administration, avant de déposer la déclaration de succession, s'il n'existe pas à sa connaissance de celle-ci un autre compte bancaire du de cujus³³ ».

De la même manière, la Cour de Cassation estime que le fait pour le contribuable d'avoir la faculté de consulter son dossier déposé au greffe, dans le cadre d'une procédure fiscale prévue par l'article 16. B du livre de procédures fiscales, ne dispense pas l'administration fiscale de lui communiquer, s'il en fait la demande, les pièces dont il fait état³⁴.

En conclusion, le consentement en faveur des collectes de données s'explique par « le caractère souvent indolore et invisible des procédés utilisés³⁵ ».

Le climat de consentement social en faveur de la toute transparence produit non seulement un déversement de la vie privé dans la vie publique³⁶ mais une source de renseignements nouvelle au profit principalement de

31 (suite) • par la loi dans le cadre de leurs missions. Ces personnes sont entre autres : certains agents des douanes et des impôts, les agents des organismes de Sécurité sociale (prévention de la fraude), les autorités judiciaires, la Banque de France, les huissiers de justice.

32 • Bull. Civ. n° 231.

33 • Propos tenus par Pierre Carli, maître de conférences à l'Université de Poitiers. Article de La Semaine juridique notariale et immobilière n° 17- 28 avril 2000, p. 735, « Succession Partage. Détermination de l'actif successoral. L'accès aux informations du fichier FICOBA ».

34 • Com. 2 février 2010, n° 09-13.795.

35 • Partie des conclusions du rapport d'information du Sénat. Session ordinaire de 2008-2009, au nom de la commission des lois constitutionnelles de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par le groupe de travail relatif « au respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques ». Présenté par M. Yves Detraîne et M^{me} Anne-Marie Escoffier, sénateurs.

36 • À cet égard, l'expérience publiée dans la revue Le Tigre en décembre 2008 est éclairante. Revue Le Tigre, vol. 28 de novembre-décembre 2008. Un journaliste de cette revue à reconstitué en grande partie la vie publique et privée d'un individu, qu'il n'avait jamais rencontré, à partir des seules données accessibles sur le web.

l'administration fiscale et au détriment de certaines professions, comme le notariat.

Comme titulaire d'une fonction publique qui lui a été déléguée par l'État, à ce titre et au nom d'une conception erronée de l'égalité de l'impôt, le notaire ne sera bientôt plus en mesure de garantir à son client une prestation notariale confidentielle. Au motif de l'efficacité des actes qu'il dresse, le notaire devient un auxiliaire de police³⁷ à la responsabilité constamment exposée.

1.2.1.2 – Atteinte limitée à la vie privée par la communication des minutes

Le secret professionnel s'applique à la communication de l'acte authentique mais également à son contenu.

Il résulte de l'article 23 de la loi du 25 ventôse an XI, modifié par la loi du 25 juin 1973 que le notaire doit par principe³⁸ refuser de :

- communiquer des actes,
- communiquer des pièces du dossier,
- communiquer des renseignements ou des informations

On constate que le secret professionnel est bien protégé à l'égard des tiers.

La communication des actes

La demande de communication d'acte est très courante. Seules les personnes intéressées en nom direct (héritiers, ayants droit) peuvent obtenir communication sans formalisme particulier.

Les autres personnes doivent obtenir une autorisation auprès du président du Tribunal de Grande Instance³⁹ qui appréciera l'intérêt légitime du tiers.

Dans la grande majorité des cas, la copie des actes ou la remise de la minute s'effectue dans le cadre de procédures particulières synthétisées dans le tableau annexé⁴⁰. A défaut, le notaire peut opposer de plein droit le secret professionnel.

37• « Le notaire doit assurer l'efficacité des actes qu'il dresse ». Propos rapporté de l'étude réalisée par Maître Guy Riviere, notaire à Alençon, JCP La semaine Juridique et immobilière. N° 46. 14 novembre 2003. Article intitulé « Dernier domicile connu ». Ce principe vient d'être rappelé par la Cour de Cassation dans un arrêt du 1^{er} civ. 4 février 2003. Cette décision condamne un notaire qui doit s'assurer de l'effectivité du nouveau domicile du vendeur. Le notaire doit porter la nouvelle adresse à la connaissance de l'acquéreur. Quid des adresses successives du vendeur ?

38• Article 14 du décret du 26 novembre 1971 « les notaires ne peuvent se dessaisir d'aucune minute sauf dans les cas prévus par la loi et en vertu d'un jugement... »

39• Le fait que l'acte ait été publié n'autorise en aucune façon le notaire à le communiquer sans respecter la procédure prévue par le texte. Cour d'Appel d'Aix en Provence, 11 juillet 1978, JCPN 1980, II, p. 204.

40• Le secret professionnel. Assemblées Générales de compagnie - mai 2009. Caisse centrale de garantie de la responsabilité professionnelle des notaires.

Exemple⁴¹ : Tribunal de Grande Instance de Marseille, 11 décembre 1998⁴².

Le tribunal a décidé que :

« C'était à bon droit que le notaire avait opposé le secret professionnel face à une personne qui se prétendait créancière du défunt et qui avait obtenu une ordonnance du président du tribunal de grande instance commettant un huissier avec sommation de faire connaître ses héritiers ».

Le tribunal a constaté que « L'ordonnance ne répondait manifestement pas au vœu de la loi en ce qu'elle n'autorisait, ni ordonnait la délivrance d'un acte mais commettait un huissier en vue d'une sommation. »

La communication des pièces du dossier

Elle est également exclue sauf textes particuliers.

La communication des renseignements ou des informations

Si les renseignements demandés tendent à la divulgation du contenu d'un acte, le tiers doit demander l'autorisation auprès du président du Tribunal de Grande Instance qui appréciera son intérêt légitime.

La communication de « tout document nécessaire pour reconstituer l'ensemble d'une transaction d'une personne suspecte » droit légal nouveau instauré par l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 au profit de TRACFIN⁴³.

On rappellera que le notaire n'est tenu d'un devoir de conseil qu'à l'égard de son client, et jamais à l'égard des tiers, comme un établissement financier. La Cour de Cassation a ainsi rappelé récemment⁴⁴ que le notaire ne pouvait répondre aux demandes de la banque qu'avec prudence en veillant à ne pas enfreindre son secret professionnel.

La coexistence de l'obligation du secret professionnel et du devoir de conseil peut poser problème. C'est le cas classique d'une opération d'achat revente par un marchand de biens dans un délai très court. Le vendeur initial, tiers au second acte, peut reprocher au notaire d'avoir manqué à son obligation de conseil.

Cour d'appel de Douai 30 mai 1992⁴⁵ concernant un immeuble vendu par les héritiers à un marchand de biens qui le revend le même jour au double du prix.

« Le marchand de biens, était, comme les héritiers, un client à l'égard de qui le notaire devait observer l'obligation au secret professionnel et il est bien évident que s'il avait déconseillé la vente aux héritiers, il intervenait directement dans l'exercice de la profession du marchand de biens en trahissant le secret professionnel ».

41• Le secret professionnel. Assemblées Générales de compagnie - mai 2009. Voir supra.

42• Répertoire Not. Défrénois 2000, art 37 128, p. 374, Obs. Rouzet.

43• Sur cette question cf. infra 2^e partie Titre II.

44• C. C Civ 1er 18 juin 2002. Rép 2002. art 37 644, p. 1632. Obs Aubert.

45• Rép Not. 1993, art 35 437, p. 107. Observation Rouzet.

Enfin, on rappellera que les notaires ont l'obligation de conserver leurs minutes puis de les verser dans un service public d'archives.

- les documents ayant plus de 75 ans sont librement communicables (sauf s'ils se rapportent à mineur⁴⁶),
- les documents ayant moins de 75 ans ne sont pas communicables sauf ordonnance du président du Tribunal de Grande Instance⁴⁷.

1.2.2 Le non respect du secret professionnel du fait de défaillances humaines ou d'insuffisances légales

Les relations humaines, à raison des collaborateurs parfois, ou des tiers intervenants à l'étude seront cause de fuites de renseignements (1.2.2.1). Matériellement, les modes de diffusion de l'information seront aussi sources de critiques (1.2.2.2).

1.2.2.1 – Obligations insuffisantes de confidentialité de collaborateurs et d'intervenants extérieurs

Le client est bénéficiaire du secret et le notaire détenteur. Cette obligation s'impose d'abord à la personne du notaire. En France, les clercs de notaire et autres collaborateurs sont tenus à un simple devoir de discrétion mais non à une obligation de secret.

Exemple de clause que l'on retrouve dans les contrats de travail des clercs, notaires-stagiaires et notaires assistants en France.

« Le salarié est tenu de se conformer aux règles régissant la déontologie de la profession ».

En revanche, d'autres pays ont étendu le secret à des personnes autres que le notaire. On peut ainsi citer l'Allemagne, dont l'article 26 de la loi fédérale notariale allemande (Boto) prévoit la possibilité pour le notaire d'obtenir une reconnaissance d'informations sur le secret professionnel auprès des collaborateurs.

Exemple de clause que l'on retrouve dans les contrats de travail de collaborateurs en Belgique⁴⁸.

« Conformément aux dispositions de la convention collective de travail pour les employés du notariat en vigueur à la date du présent contrat, l'employé a l'obligation de s'abstenir, tant au cours du contrat ou après cessation de celui-ci, de divulguer les secrets d'affaires, ainsi que le secret de toute affaire à caractère personnel, des éléments dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle. ».

De la même manière, l'obligation de confidence s'impose aux fournisseurs du notaire (copie, reliures, numérisations des minutes, etc...).

A cet effet, les notaires belges et russes prévoient une clause professionnelle de respect de confidentialité collaborateur et fournisseur. Récemment

46• Le délai est alors de 100 ans. Article L 213-2 4° d et 5° du Code du patrimoine.

47• Voir supra.

48• Modèle transmis par Maître Olivier Jamar, notaire en Belgique à Chaumont-Gistoux (1325). Extrait du modèle de contrat de travail.

les instances supérieures du notariat belge ont mis en place ces derniers mois un nouveau processus d'accréditation des fournisseurs de solutions informatiques à destination des études notariales⁴⁹.

Exemple de clause que l'on retrouve dans les contrats entre les offices et les prestataire en Belgique⁵⁰.

« L'entreprise X s'engage à ne divulguer aucune information relative au client et dont il aurait pu avoir connaissance dans le cadre de l'exécution de sa mission de maintenance. De la même manière le client s'engage à respecter scrupuleusement le secret sur la teneur des interventions de l'entreprise X sur des documents qui lui seront adressés et transmis pour l'utilisation du logiciel. Cette obligation de secret s'impose sans limitation de durée, le client s'interdisant notamment de photocopier ou de reproduire par tous moyens, même à usage interne, les documents remis dans le cadre de la concession de logiciel et de la mission de maintenance, tout en s'employant à faire respecter cette obligation par ses salariés ».

Une attention toute particulière doit être portée sur l'absence de conventions de confidentialité concernant :

- La maintenance et le dépannage en ligne offert par les prestataires de logiciels informatiques⁵¹. L'accès au réseau informatique de toute l'étude s'effectue à distance au profit d'un téléopérateur inconnu, par simple communication orale du nom de l'office et numéro de poste d'ordinateur.

- La pratique de certaines entreprises qui sous traitent hors communauté économique européenne la numérisation des minutes.

1.2.2.2 – Insuffisance de protection des correspondances

Les correspondances entre les parties et les administrations ou autres organismes constituent des pièces importantes des dossiers. La doctrine majoritaire admet que les correspondances adressées au notaire et les échanges avec ses clients sont couverts par le secret au motif que le secret professionnel présente un caractère général et absolu.

Le Code de déontologie des notariats de l'Union Européenne⁵² s'exprime en des termes généraux et abstraits. L'article 1.2.3. du Code intitulé Confidentialité et secret professionnel s'exprime ainsi « Le notaire est tenu au

49• Revue Notarius 5, septembre-octobre. www.e.notariat.be. Article de Aurélie Van der Perre intitulé : « La loi relative à la protection de la vie privée et le notariat ».

50• Modèle transmis par Maître Olivier Jamar, précité.

51• Les prestataires spécialisés dans les logiciels spécifiques au notariat sont : GENAPI, FIDUCIAL, SONATE.

52• Le Code européen de déontologie notariale adopté par l'Assemblée de Naples les 3 et 4 février 1995, modifié lors des Assemblées de Graz les 20 et 21 octobre 1995, de Bruxelles les 17 et 18 mars 2000 et de novembre 2002. Ce code a été ratifié par l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, La France, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas. Source : Conseil des notariats de l'Union Européenne. Avenue de Cortenbergh, 52 - B - 1000 Bruxelles. www.cnue.be.

secret professionnel et il est soumis à un devoir de confidentialité dans sa correspondance, la conservation des dossiers et l'archivage de ses actes... dans les conditions prévues et dispositions en vigueur dans chaque pays membre».

En revanche, les lettres entre confrères peuvent être utilisées dans le cadre d'une procédure judiciaire. A ce titre, le notariat ne connaît pas la pratique de la confidentialité des correspondances entre avocats⁵³. Ces dernières obéissent à un régime dualiste simple.

- Les correspondances non revêtues de la mention « officielle », qui ne peuvent être utilisées dans une procédure.

- Les correspondances revêtues de la mention « officielle⁵⁴ », qui sont libérées de l'obligation de confidentialité.

La Cour de Cassation⁵⁵ a régulièrement l'occasion de rappeler cette distinction :

« les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier étaient couvertes par le secret professionnel, il restait toutefois admis, malgré cette rédaction (article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, dans sa rédaction issue de la loi du 7 avril 1997) que le secret professionnel ne protégeait pas les correspondances entre avocats quand elles étaient officielles ou quand elle se substituaient à un acte de procédure ».

La CJCE⁵⁶ l'a également reconnu⁵⁷ en admettant l'existence d'un principe du secret professionnel commun aux États membres et énonce que :

« au vu des principes communs dans le droit national des États membres, le règlement 17/62 doit être interprété comme protégeant la confidentialité de la correspondance entre avocat et client pour autant que, d'une part, il s'agisse de correspondance échangée dans le cadre et aux fins de la défense du client et, d'autre part qu'elle émane d'avocats indépendants, non liés au client par rapport d'emploi ».

La cour exclut ainsi les juristes d'entreprises du champ du secret professionnel.

Les correspondances entre notaires étrangers ne connaissent pas plus de protection. Alors que dans ses relations avec les avocats étrangers, et avant de transmettre une quelconque information, l'article 5-3 du Code de

53• Source. Mémo/opinion GPV. Ginesté, Paley-Vincet & Associés.

54• Depuis la loi du 29 janvier 2004 qui a notamment réformé la profession d'avocats, les correspondances et conventions entre avocats portant la mention « officielle » sont libérées de l'obligation de confidentialité.

55• Cour de Cassation, Chambre civile 1. Audience publique du 4 février 2003. N° de pourvoi 00-10057. Bulletin 2003 I N° 33, p. 27. Décision attaquée : Cour d'appel de Montpellier, 1999-11-09.

56• Cour de Justice des Communautés Européennes.

57• CJCE 18 mai 1982, AM&S Europe Ltd (affaire 155/79).

déontologie des avocats de l'Union Européenne⁵⁸, impose de signer avec eux une clause de « without prejudice⁵⁹ » ou de signer un accord de confidentialité (article 3-4 du règlement intérieur).

L'article 5.3 du règlement intérieur du barreau⁶⁰ est ainsi littéralement reproduit :

5.2. Coopération entre avocats de différents États membres.

5.3.1. L'avocat qui adresse à un confrère d'un autre État membre une communication, dont il souhaite qu'elle ait un caractère « confidentiel » ou « *without prejudice*⁶¹ » devra clairement exprimer sa volonté lors de l'envoi de cette communication.

5.13.2. Au cas où le destinataire de la communication ne serait pas en mesure de lui donner un caractère « confidentiel » ou « *without prejudice*⁶² » il devra la retourner à son expéditeur sans en révéler le contenu ».

L'efficacité de cette disposition se trouve renforcée par la position constante du conseil de l'ordre de ne pas déconfidentialiser une lettre entre avocats. Ce refus est toujours fondé⁶³ sur les dispositions de l'article 3.1 du Règlement intérieur harmonisé (RIH).

« Tous échanges écrits et verbaux entre avocats sont couverts par le secret professionnel et sont par nature confidentiels. Les correspondances entre avocats, quel qu'en soit le support, ne peuvent en aucun cas être saisies ou produites en justice, ni faire l'objet d'une levée de confidentialité ».

La confidentialité des correspondances de l'avocat s'applique également à ses clients. Ainsi,

« la lettre d'un avocat à un client ne peut être produite en justice par un expert-comptable dans le litige l'opposant à ce même client, peu important que la lettre lui ait été communiquée par l'avocat pour information⁶⁴ ».

58• L'article 5-3 du Code de déontologie des avocats de l'Union Européenne se présente ainsi.

59• Auteur. Il est difficile de traduire en français l'expression anglaise sus visée qui recouvre toutes les situations dans lesquelles une indiscretion serait la source d'un préjudice pour une partie.

60• Cet article se trouve dans la section Positionnement- 1^{re} partie : Règlement intérieur Harmonisé – Titre 1 : Des principes Article 3-1 : La Confidentialité – Correspondances entre avocats. Principes. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 et d'application en l'état à la date de publication du flash déontologique.

61• Traduction : Sans préjudice.

62• Voir supra.

63• Pour exemple. Bulletin du Barreau de Paris n° 5/2001, p. 37.

64• Article publié le 20 janvier 2010. Site Lexisnexis. Civ. 1^{er}, 14 janvier 2010, n° 08-21.854. Cette décision peut être rapprochée d'une décision rendue en 2007, par laquelle la Cour avait décidé que la production par une ex-épouse de la correspondance adressée par son ex-mari à son avocat, couvert par le secret professionnel, ne pouvait se faire sans l'accord de ce dernier (Civ. 30 janv. 2007, n° 03-16.910, Dalloz, Jurisprudence

Chapitre 2 – Vie privée et production d'actes au quotidien

(interrogations concrètes d'un praticien sur les conséquences de l'utilisation des outils contemporains du notaire pour la production des actes).

Mais avant les réflexions, les témoignages, les interrogations sur les pratiques d'aujourd'hui et de demain au regard de notre thème, le respect de la vie privée (2.4), il nous a paru utile de rappeler concrètement les moyens matériels de production d'actes dont dispose le notaire, qui peuvent également être des outils de diffusion d'informations auprès des tiers.

L'outil informatique permet au notaire de travailler avec son temps. Il revêt diverses formes, et doit assurer, par la sécurité du traitement, la confidentialité à laquelle le notaire est tenu. Nous relaterons les téléprocédures (2.1), les fichiers testamentaires (2.2) et les actes authentiques électroniques (2.3). Nous terminerons en faisant sur le point sur la vie privée et l'office notarial (2.5).

2.1 Les Téléprocédures avec Real

2.1.1 - L'application Tél@ctes

Tél@ctes peut se définir comme la dématérialisation des échanges entre les offices notariaux et les conservations des hypothèques.

Cette application a donc pour objectif la télétransmission, dans le cadre de la publicité foncière, tant des demandes de renseignements hypothécaires (ou réquisitions) que des actes authentiques, aux bureaux des hypothèques (ressort de la Direction générale des finances publiques ou par abréviation la DGFIP).

A cet effet, les SSII ont adapté les logiciels notariaux, mais ont également fait évoluer les logiciels comptables pour intégrer le virement électronique indispensable pour le paiement tant des coûts de réquisitions que des droits de mutation pour les actes authentiques « télépubliés ».

• *Elle concerne :*

a/ les demandes de renseignements hypothécaires

Pour les demandes de renseignements (ou réquisitions) il convient de procéder aux opérations ci-après :

- 1) établir, via le logiciel informatique de rédaction d'actes, et sous forme électronique, la demande de renseignements (ou réquisition),
- 2) payer le coût de cette réquisition à la conservation des hypothèques compétente, par le logiciel de comptabilité de l'office notarial, et par virement réalisé via CDC Net/EDI,
- 3) puis signer la demande et le virement à l'aide de la clé REAL,
- 4) et envoyer à ladite conservation des hypothèques, via la Plateforme PLANETE, la demande de renseignement (ou réquisition) avec mention

de la référence de la demande (numéro d'avis d'opérer communiqué par la CDC).

Le bureau des hypothèques retourne alors à l'office notarial, sous forme d'une réponse dématérialisée, l'état validé par l'office.

La DGFIP, de son côté, assure la fiabilité du système de validation de l'état-réponse ainsi que des habilitations conférées au conservateur des hypothèques.

b/ Les formalités afférentes aux biens immobiliers

Pour les formalités de publication du dépôt des actes, il convient de procéder aux opérations ci-après :

- 1) établir, via le logiciel informatique de rédaction d'actes de l'office notarial, et sous forme électronique, une copie de l'acte signé par les parties (c'est-à-dire de la minute en support papier signé par celles-ci),
- 2) établir, toujours via le logiciel informatique de rédaction d'actes, et sous forme électronique, la copie authentique dématérialisée de la minute papier signée, sous forme structurée XML,
- 3) signer, par le notaire, à l'aide de sa clé REAL, ladite copie dématérialisée de la minute papier signée,
- 4) payer les droits de mutation par le logiciel de comptabilité de l'office notarial, et par virement réalisé via CDC Net/EDI, avec retour de l'avis d'opérer (le numéro de cet avis est adressé simultanément par la CDC à la conservation des hypothèques),
- 5) envoyer à l'aide de la clé REAL, à la conservation des hypothèques, via la Plateforme PLANETE :
 - la copie dématérialisée,
 - les informations comportant la référence du virement (numéro d'avis d'opérer communiqué par la CDC),
 - les références de la demande de renseignements hypothécaires,
 - le numéro du modèle 1 reçu du Service du Cadastre (SPDC),
 - le bordereau d'inscription, le cas échéant,
 - la plus-value, le cas échéant,
 - l'acte de mainlevée, le cas échéant.

La conservation des hypothèques retourne alors à l'office notarial :

- un avis d'intégration (sous forme électronique) ou un refus (la notification du refus est adressée sous forme électronique et le motif, initialement adressé sous forme papier signé manuscritement par le conservateur, l'est aujourd'hui également par voie électronique : courriel adressé à l'adresse e-mail du notaire),
- l'acte et les éléments d'informations (date, volume, numéro) de la mention de publication au bureau des hypothèques de l'acte (sous forme électronique) qui sont directement intégrés au sein du registre des formalités

de l'office notarial. Suite à cette publication, la copie de l'acte ou du bordereau d'inscription est transmise au notaire sous forme dématérialisée pour permettre au notaire, sous sa responsabilité, de porter les mentions à l'acte.

• *L'état sur formalité*

Les principaux acteurs ont au nombre de cinq :

- 1) Un exploitant : l'association pour le développement du service notarial ou par abréviation ADSN.
- 2) Un organisme bancaire : la Caisse des dépôts et consignations ou par abréviation CDC.
- 3) Quatre sociétés de services et d'ingénierie informatique : FICHORGA, FIDUCIAL/INFOLIB, GENAPI, PMS.
- 4) Les offices notariaux : 4 526 au mois de mai 2009.
- 5) 354 conservations des hypothèques.

Délais de traitements optimisés

Grâce à cet outil de travail, l'office notarial connaît un gain de productivité et améliore le service rendu au client. En outre, il permet une sécurité juridique accrue ; en réduisant, par exemple, le risque des inscriptions intercalaires entre la signature de l'acte de vente et la publication, dans l'hypothèse de la publication sur support papier, à la conservation des hypothèques dudit acte de vente ; en imposant plus de rigueur dans l'utilisation de l'outil informatique des offices, diminuant ainsi le risque d'erreurs.

Appréciation critique : la diminution du risque d'erreurs suppose, néanmoins, une maîtrise totale de l'outil. Par exemple : lorsqu'un acte comporte deux dates ; il convient de bien porter sur les parties grisées la dernière date et non la première car sinon, seule la première est prise en compte au bureau des hypothèques, contrairement à ce qui doit être (la date définitive de l'acte étant la dernière de deux dates).

Evolution à ce jour :

Selon la Lettre de l'ADSN du 15 octobre 2009 : 4 095 offices, soit 90 % d'entre eux, disposent de pré-requis et sont autorisés à transmettre des flux Télé@actes. Quelque 3 972 offices, soit 87,4 % d'entre eux, ont utilisé Télé@actes depuis mai 2006, parmi eux, 3 854 ont transmis des télé-réquisitions et 3 500 des télé-publications.

2.1.2 - Télé@ctes en direct, les chiffres de l'année 2009

Une progression nette de Télé@ctes

Selon la DGFIP : en 2009, le taux global de dématérialisation s'élève à environ 33 % contre 23 % en 2008, soit une augmentation d'environ 10 points. En volume, 2 825 353 formalités ont été Télé@ctées en 2009 contre 2 303 353 en 2008, soit une progression d'environ 22 %.

Les beaux jours ont profité à la télépublication puisque qu'entre juin et octobre 2009, 128 696 actes ont été télétransmis, avec un pic en septembre de 29 117. Un nouveau défi donc pour 2010, dépasser les 30 000 actes par mois. Avec une moyenne de 22 124 actes/mois en 2009, Tél@ctes aspire à gagner encore en volume en 2010.

Les réquisitions rencontrent toujours le même succès. Cette pratique déjà bien installée dans les études depuis 2007 a connu une augmentation nette, avec environ 300 000 pièces supplémentaires. Le nombre de celles-ci explose en doublant en 2009 (+49,9 %/a). Les actions menées tout au long de l'année en faveur de la complémentaire ont porté leurs fruits. La lettre de promotion de la complémentaire est toujours à votre disposition sur le portail Métiers, rubrique Publicité foncière. De plus en plus de télérequisitions, de plus en plus d'états-réponse dématérialisés!

426 741 réponses à des réquisitions initiales : la dernière nouveauté Tél@ctes V2008 a séduit les notaires en 2009.

Succès story!

Née le 24 septembre 2008, la version actuelle a été massivement déployée par les SSII à partir du printemps 2009. Au 31 décembre, 2 610 études en étaient équipées sur 4 032 offices qui utilisent l'application. A l'occasion de son 1^{er} anniversaire, le Tél@ctes en direct de septembre 2009 a été consacré à cette version. Les chiffres de la fin de l'année confirment cette première analyse.

Les chiffres de l'année	2008	2009
ACTES	265 495	147 734
dont PVI accompagnant un acte INSCRIPTIONS	44798	27461
RADIATIONS	72087	52143
normales etsimplifiées	10434	-
REQUISITIONS		
dont complémentaires	2 232 573	1 905 057
PROROGATIONS ETATS-	382 464	190 853
REPONSES	252 282	162 984
dématérialisés	426 741	-

Les deux nouvelles fonctionnalités ont connu un franc succès. Les radiations, un peu timides en début d'année (113 en janvier), se sont affirmées en septembre (1 065) et finissent l'année à un très haut niveau avec 3 037 actes de mainlevées en décembre. Le retour dématérialisé des états-réponse connaît une ascension fulgurante notamment sur la fin de l'année et tend à devenir la norme.

*Les péripéties de l'année***De Télé@ctes**

Absence de remontée de mentions : au printemps, les mentions correctement constituées dans Fidji n'apparaissaient pas sur le bordereau dématérialisé après l'arrêté de publication. Quant aux mentions de refus, elles n'étaient plus transmises aux notaires. La situation a été régularisée en fin d'année.

Recherche états-réponse : durant l'été, certains états-réponse de réquisitions complémentaires et prorogations n'étaient plus accessibles en consultation dans Télé@ctes lors du valider-signer. Leur visualisation sur le portail a été rétablie en août 2009. Les mentions bloquées en raison de caractères particuliers ont été restituées aux notaires mi-septembre 2009.

... A Planète

Du retard dans les retours !

A l'automne, des retards dans les retours des états-réponse dématérialisés étaient signalés ; après saisine des instances notariales, une perturbation technique du réseau notarial a été identifiée.

Dans l'esprit partenarial qui a toujours associé la DGFIP au CSN, la DGFIP a été associée aux actions menées par le notariat pour rétablir un délai de retour aux études notariales satisfaisant.

Sans attendre la résolution définitive du dysfonctionnement, le bureau GF-3B et les services informatiques de la DGFIP ont proposé un dispositif spécifique afin de répondre aux situations les plus urgentes des usagers. Durant cette période et face à la recrudescence des sollicitations des notaires, la coopération des services de la DGFIP a permis d'endiguer une éventuelle démobilisation des notaires pour Télé@ctes. En fin d'année la situation était rétablie.

*Perspectives pour 2010***Achever le déploiement de la version actuelle**

Le déploiement dans les études a été important en 2009 et le 1^{er} semestre 2010 sera principalement consacré par les notaires et leurs SSII au déploiement généralisé de cette version. L'objectif consiste à ce que les offices notariaux s'approprient toutes les fonctionnalités de l'application pour une utilisation optimale de la dématérialisation des échanges.

Ouvrir le périmètre Télé@ctes

La prochaine version de Télé actes élargira le périmètre de la télépublication en intégrant de nouvelles catégories d'actes, notamment les actes contenant plusieurs dispositions ainsi que les attestations après décès et les actes contenant des servitudes.

Un petit regard en arrière

Date de mise en œuvre		Réquisitions	Formalités
19 décembre 2005	• Réquisitions initiales ; actes et retour dématérialisé	• Actes de vente dits « simples » c.-à-d. ne comportant qu'une seule disposition	• Prorogations
28 avril 2007	• Création de la réquisition complémentaire avec son retour dématérialisé	• Inscriptions, qu'elles accompagnent ou non un acte ; plus-values immobilières	
13 février 2008			• Modules statistiques ;
24 septembre 2008	• Retour dématérialisé des états réponses pour les réquisitions initiales	• Radiations simplifiées ou non	• Historique des pièces ;
Prévue en 2010		• Actes de vente multi dispositions • Attestations après décès ; actes et attestations rectificatives	• Suivi des valider-signer • Factures

2.2 Les fichiers testamentaires

2.2.1 – Le Fichier central des dispositions de dernières volontés ou par abréviation FCDDV

La Convention de Bâle du 16 mai 1972 signée par les Etats membres du Conseil de l'Europe et publiée en France par Décret (cf. Décret n° 76-424 du 6 mai 1976 portant publication de la convention relative à l'établissement d'un système d'inscription des testaments, signée à Bâle le 16 mai 1972 JO 16 mai et Defrénois 1976 leg. p 302) a créé au niveau international, un système uniforme d'inscription des testaments.

En France, le notariat via l'ADSN (l'Association de développement des services notariaux) a mis en place et gère le Fichier central des dispositions de dernières volontés. Le FCDDV est situé dans le Sud de la France, à Venelles (95 avenue des Logissons - 13107 Venelles cedex).

Il centralise les inscriptions des dispositions des dernières volontés, effectuées par les notaires pour leurs clients.

Depuis sa création, le nombre :

- de dispositions inscrites au FCDDV est de 16 755 416 au 31 mars 2009,
- d'interrogations au FCDDV est de 6 616 103 au 31 mars 2009.

L'équipe gestionnaire du FCDDV se compose :

- d'un responsable des fichiers centraux,
- d'un chef de service de FCDDV,
- de deux services (huit personnes) :

– le service clients :

notaires : deux collaboratrices pour répondre à leurs demandes et leur assurer une assistance téléphonique,

public : un collaborateur pour répondre aux demandes des particuliers et assurer une assistance téléphonique,

– le service exploitation :

saisie de masse : deux collaboratrices effectuant la saisie des bordereaux papiers,

retraits et corrections : une collaboratrice assurant les corrections à la demande des notaires et la validation et saisie des demandes de retrait,

cas litigieux : deux collaboratrices qui assurent l'expertise et la validation des demandes issues de l'intranet et des bordereaux papiers nécessitant un complément de recherche.

Son but est de réduire le risque qu'un testament soit ignoré et facilite au décès du testateur, la découverte de ses dispositions de dernières volontés, même si celles-ci ont été dressées à l'étranger.

Les instructions du Conseil supérieur du notariat (CSN) du 1^{er} décembre 1975 : déterminent les règles fondamentales régissant le FCDDV et les obligations qui s'imposent aux notaires pour son fonctionnement et son efficacité ; détaillent les modalités et les formalités à accomplir pour l'inscription de l'interrogation au fichier.

2.2.2 - L'interrogation par des non notaires du vivant du testateur

L'article 8-1 de la Convention de Bâle du 16 mai 1972 précise :

« L'inscription doit rester secrète du vivant du testateur. »

• **Du vivant** du testateur, **FCDDV ne révèle l'existence** de dispositions testamentaires qu'**au testateur lui-même**, s'il est majeur capable ou sous curatelle simple, après justification de son identité en joignant à sa demande, un chèque correspondant aux frais d'interrogation, à l'ordre de l'ADSN, ainsi que, savoir :

- une requête dûment signée de la main du disposant,
- un extrait original de son acte de naissance,
- une photocopie d'une de ses pièces d'identité certifiée conforme par un officier d'état-civil ou à défaut authentifiée par un notaire,
- un justificatif de son domicile

Dans l'hypothèse d'un majeur incapable ou sous curatelle renforcée, le tuteur ou le curateur peut faire la demande en joignant à sa demande :

- l'ordonnance de mise sous tutelle ou curatelle renforcée,
- l'original de l'ordonnance du Président du TGI autorisant l'interrogation du fichier,

- une requête dûment signée par le tuteur ou le curateur,
- un extrait original de l'acte de naissance du testateur,
- une photocopie d'une des pièces d'identité du tuteur et du testateur, certifiée conforme par un officier d'état-civil ou à défaut authentifiée par un notaire,
- un justificatif du domicile du tuteur ou du curateur.
- **Par l'Administration**

Pour les demandes de vérification du vivant du testateur, le FCDDV reçoit des demandes émanant de la police judiciaire sous forme de réquisition judiciaire, agissant sur commission rogatoire délivrée par le juge d'instruction. Dans cette hypothèse, le FCDDV ne révèle aucune information, en application de l'article 8-1 de la Convention de Bâle, **le secret professionnel notarial étant absolu et s'appliquant à l'autorité judiciaire, la seule exception étant la perquisition, à laquelle personne ne peut s'opposer**. Les interrogations effectuées par les administrations sont traitées par le service clients du FCDDV gratuitement.

2.2.3 - Au décès du testateur

L'article 8-2 de la Convention de Bâle du 16 mai 1972 précise :

« Après le décès du testateur, toute personne pourra sur présentation d'un extrait de l'acte de décès ou de tout autre document justifiant du décès, obtenir les renseignements visés à l'article 7 de la présente convention (portant sur les indications que doit contenir une inscription au FCDDV) »

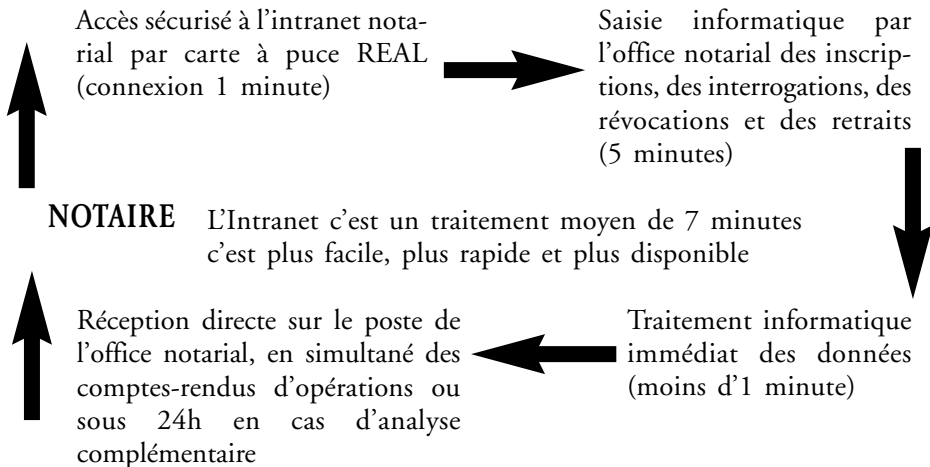
Au décès du disposant, le FCDDV devient public, toute personne ayant un acte de décès original peut interroger le FCDDV.

Collaboration entre le FCDDV et la Cour d'Appel (CA) d'Aix-en-Provence
Procédure de l'apostille (Convention de La Haye du 5 octobre 1961)

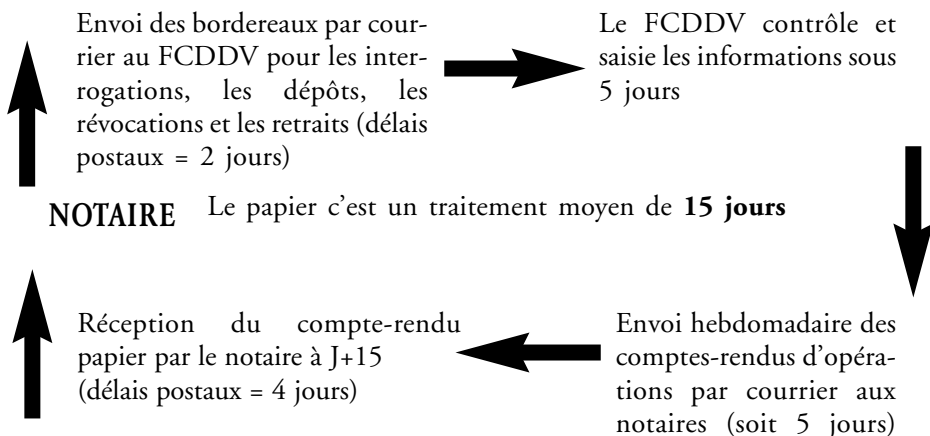
Certaines demandes doivent être revêtues de l'apostille permettant ainsi leur production devant une administration étrangère. Les documents signés, soit par le directeur de l'ADSN, soit par le responsable des fichiers centraux (délégués de la signature du président de l'ADSN) édités sur papier sécurisé émis par le FCDDV, sont envoyés dans une enveloppe pré-timbrée au service des apostilles de la CA d'Aix-en-Provence. Les comptes rendus apostillés sont renvoyés, soit aux demandeurs, soit au service client du FCDDV de l'ADSN chargé de faire suivre.

2.2.4 – Comparaison entre le traitement d'une demande via intranet et d'une demande papier

ACCÈS VIA INTRANET



ACCÈS VIA PAPIER



2.2.5 - Au niveau Européen

Il existe un Réseau européen des registres des testaments par abréviation RERT européen. Il résulte aussi de la Convention de Bâle, signée le 16 mai 1972 par les états membres du Conseil de l'Europe relative à l'établissement d'un système d'inscription des testaments (publiée par le décret n° 76-424 du 6 mai 1976) Cette convention prévoit notamment que :

« Les Etats membres... désirant instituer un système permettant à un testateur de faire inscrire son testament afin, d'une part, de réduire les risques que celui-ci soit ignoré ou connu tardivement et, d'autre part, de faciliter après le décès du testateur la découverte de ce testament ;

Convaincus qu'un tel système faciliterait notamment la découverte de testaments dressés à l'étranger... »

Lancé en janvier 2001 par l'Assemblée générale de la Conférence des notariats de l'Union Européenne, le projet de « Réseau Européen des Registres de Testaments ». (www.arert.eu), le démarrage officiel du RERT date de juin 2002. Il existe actuellement une interconnexion franco-belge effective.⁶⁵

2.3 L'acte authentique sur support électronique (ou par abréviation AASE) et le Minutier central (ou par abréviation MICEN)

2.3.1 - L'acte authentique sur support électronique

Le 28 octobre 2008, M^e Bernard REYNIS, président du Conseil supérieur du notariat, signalait, en présence de Madame Rachida DATI, ministre de la Justice, et Garde des Sceaux, le premier acte authentique sur support électronique.

Pendant un an, quatre études pilotes ont reçu des actes authentiques sur support électronique. Aujourd'hui, et pendant une période de quelques mois, une vingtaine d'études vont pouvoir instrumenter sur ce nouveau support, puis le système sera définitivement ouvert à tous les offices. Selon M^e Philippe LABORDE membre du bureau national chargé des technologies de l'information et de la communication au Conseil supérieur du notariat, l'année 2010 :

« sera donc l'année de la grande généralisation de l'acte authentique sur support électronique, ce qui suppose, quand même, dans les études, une adaptation de l'environnement des bureaux dans lesquels seront signés ces types d'actes puisque la loi prévoit que les clients doivent être en mesure de suivre sur écran la lecture de l'acte »

Depuis un an, plus de 300 actes ont été signés et archivés au Minutier central des notaires de France⁶⁶.

65• cf. « Dictionnaire de droit patrimonial de la famille » V° Testament, Ed. ELLIPSES par Charlin Jacques, Dross William, Durrleman Muriel. 14,5 x 21 cm 496 pages. 978-2-7298-3701-3, 2 008.

66• cf. Article Droit et Patrimoine, n° 189, février 2010 : « Acte Authentique Electronique : un an déjà ».

2.3.2 – Service central d'état civil « On line » ou par abréviation SCEC

Ce site permet d'établir des demandes d'extraits ou de copies d'actes de naissance, de mariage ou de décès auprès du Service central de l'état civil à Nantes.

2.3.3 – Mécanotaires

Nous renvoyons le lecteur au Titre II, pour ce point, ainsi que pour les diverses expériences en cours, par internet, telles que les demandes de : DIA, (déclaration d'intention d'aliéner), CU (certificat d'urbanisme), cadastre, déclarations SAFER, état-civil (expériences de l'Allier).

2.4 Témoignages – Réflexions

(remise en cause des habitudes avec les outils classiques et adaptation aux nouveaux outils)

Au quotidien dans l'environnement notarial, que se passe-t-il pour le client ?

2.4.1 – Vérifications par le notaire à l'aide de nouveaux supports

Le notaire, dans le cadre de sa mission de rédacteur, assure l'efficacité des actes qu'il reçoit. A ce titre, il est tenu de vérifier l'état-civil et la capacité des parties comparantes. Ainsi, en cas de présence de mandataire, le notaire a-t-il un devoir de vérification plus approfondi (CA Paris 18 janvier 2000).

Pourtant, cette vérification qui s'impose au notaire, choque, parfois, certains confrères « en second », lorsque le confrère rédacteur demande la pièce d'identité de ses clients. Pour éviter ces réactions « épidermiques », lors de leur réclamation en rendez-vous, ne devrions-nous pas, dans ce cas, alors que nous sommes en participation, fournir au confrère, systématiquement, avec le dossier d'usage (contenant notamment la note d'usage « qui est toujours d'usage » mais de plus en plus méconnue des collaborateurs !), la copie des pièces d'identité de nos clients ?

Dans le prolongement de cette vérification d'identité, nous avons pour habitude de relater l'historique matrimonial, mais la question se pose : n'est-ce pas porter atteinte à la vie privée que de relater cet historique matrimonial intégral dans l'acte ? Nos clients nous en font régulièrement la remarque ; pourquoi énoncer les divorces successifs, les veuvages ? En quoi cet historique relaté à l'acte, pour un vendeur ou un acheteur, peut-il présenter un intérêt ? Ne constitue-t-il pas, au contraire, une atteinte à la vie privée de l'intéressé qui considère que son co-contractant n'a pas à être informé de son « vécu » matrimonial qui n'apporte aucune « valeur ajoutée » à l'acte et à son efficacité ? En conséquence, ne devons-nous pas remettre en cause certaines pratiques non respectueuses de la vie privée, sans pour autant remettre en cause la sécurité juridique ?

Car aujourd'hui, si nous relatons l'historique matrimonial, et sachant que, désormais, la mention du PACS figure en marge de l'extrait d'acte de naissance

de l'intéressé, ne devons-nous pas, demain, relater également l'historique des partenaires? Et dans ce cas, les anciens PACS ne doivent-ils pas également être relatés? Lequel d'entre nous n'a pas eu, dans son étude, un client qui lui demande «Maître, si vous devez mentionner le PACS, pouvez-vous néanmoins éviter de mettre le nom de mon compagnon pacsé»? Il convient en effet de garder à l'esprit que la majeure partie de nos actes est destinée à la publicité foncière, et que l'information est alors à la portée de celui qui la recherche, c'est-à-dire tout public. Toute la vie privée conjugale se trouve ainsi révélée.

La même question, toujours aussi délicate, se pose lorsque le changement de nom résulte d'un changement de sexe (cf. *infra* 2^e partie Titre 1).

Nous avons l'exemple d'un dossier de divorce dans lequel Monsieur était devenu Madame. En conséquence la liquidation de communauté devait s'établir entre Madame et Madame... A noter que, si le législateur français n'a pas permis le mariage de deux personnes du même sexe, les faits, curieusement, au hasard des dossiers, et dans ce genre de circonstances, ont décidé de la réalité d'un divorce entre deux personnes du même sexe!

A ces questions, une première réponse est fournie par l'article 5 du D n° 55-22 du 4 janvier 1955; pour la publication des actes soumis à publicité foncière, l'acte (comme la décision judiciaire):

«doit contenir les nom, prénoms dans l'ordre de l'état-civil, domicile, date et lieu de naissance et profession des parties, ainsi que le nom de leur conjoint».

Pour vérifier cette exigence, nous nous sommes rendus au bureau des hypothèques de Meaux, où Madame le contrôleur en chef (que nous remercions vivement) nous a permis de voir l'autre côté du décor: l'arrivée à la conservation des hypothèques de nos actes «téléactés».

Nous avons pu constater, qu'avec l'informatisation du fichier immobilier, les exigences de l'article 5 ci-dessus ne sont plus respectées.

Ainsi, dans le cadre de Téléactes, seuls le nom et les deux premiers prénoms sont désormais pris en considération, alors que l'article 5 mentionne tous les prénoms. Et, selon des informations fournies par la direction générale des finances publiques lors du congrès des notaires de Bordeaux en juin 2010, la référence du divorce sera supprimée dans la prochaine version.

Force est de constater que l'informatique nous conduit donc, de facto, à une application «limitée» du texte. L'ordinateur n'attend pas le législateur, il le devance, il impose sa loi. Une seconde réponse a été fournie par plusieurs réponses ministérielles, confirmant l'obligation d'énoncer l'historique matrimonial des parties, comme contribuant à l'identité de celles-ci.

Ainsi, des parlementaires se sont émus auprès du ministre de la justice, attirant son attention sur la nécessité de présenter une copie du jugement de divorce lors de certaines inscriptions administratives, et ont réclamé

l'établissement d'un « certificat de divorce » afin de garantir aux personnes divorcées et à leur famille leur droit au respect de la vie privée⁶⁷.

Devons-nous pour autant nous incliner ? Dans le rôle d'interface que nous jouons entre nos clients et l'administration, ne devons-nous pas faire évoluer les exigences ?

En effet, il existe aujourd'hui des supports (passeports électroniques, biométriques et autres technologies) permettant la vérification de l'identité, sans avoir à tout dévoiler dans l'acte notarié, à sécurité égale. Certains pays font montre d'une technologie plus avancée que d'autres en la matière. Ainsi, récemment, nous avons un client ressortissant du Portugal, qui nous a remis sa carte d'identité : nous avons pu constater que le Portugal a mis en application la carte d'identité avec « puce » électronique qui contient les données de l'individu concerné. Cette carte pourrait être confondue avec une carte de crédit car elle est de même taille, avec également une puce électronique. Elle contient une photographie de l'intéressé, mais ne relate que ses noms et prénoms, date et lieu de naissance, numéro d'identification, date de validité, filiation, numéro d'identifiant fiscal, mais aucune mention d'adresse par exemple (ce qui était d'ailleurs déjà le cas des cartes d'identité portugaise).

La vérification de l'identité du client s'effectue par la lecture de la puce électronique contenant toutes les informations d'état-civil, mais suppose un lecteur de puce... que nous n'avons pas ! Ce client nous indiquait d'ailleurs que, même au Portugal, l'équipement permettant cette lecture était loin d'être généralisé.

Aussi pouvons-nous légitimement nous interroger :

- en ce qui concerne le passeport biométrique ? ne doit-il pas jouer un plus grand rôle à l'avenir au regard de l'acte notarié ? ne doit-il pas se généraliser ?

- le passeport électronique ? compte tenu de sa fiabilité ? ne peut-il pas être assimilé à la signature manuscrite ?

En effet, le passeport numérique/biométrique/ permet à l'aéroport un accès spécial prioritaire. Par conséquent, un client signant avec un passeport biométrique, compte tenu de la sécurité qui lui est attachée, ne peut-il être envisagé, dans le respect de la vie privée de celui-ci, de faire l'impasse de l'historique d'état-civil dudit client ?

Quel est le juste milieu ? Quelle est la frontière entre le respect de la vie privée, et le respect de nos obligations d'officier public consistant en la vérification de l'identité des parties ?

67 • RM Vuilque et Aboud, JO, 12 mai 2009, p 4 664.

Ainsi, l'actualité nous donnant matière à réflexion, sur le sujet de la « burqa », on peut s'interroger sur l'attitude que doit avoir le notaire en présence d'une cliente qui en serait revêtue ?

A titre anecdotique, en revenant du Congrès MJN d'Hammamet fin septembre 2009, nous avons été témoins, à l'aéroport de Tunis (Tunisie), d'une scène particulière : trois personnes revêtues de burqa, n'ont pas été admises au contrôle général comme tous les passagers ; elles ont été conduites dans un local particulier, pour leur contrôle d'identité, elles ont ainsi « bénéficié » d'une fouille circonstanciée par un agent féminin, dans une cellule isolée.

Le notaire doit, dans sa mission de contrôle, également voir le visage, dévoilé, de la cliente, pour vérifier son état-civil. Il semblerait, à la suite d'un sondage rapide auprès de quelques confrères, que cette question ne se soit pas posée dans une étude. Néanmoins, quelle attitude tenir si une personne revêtue d'une burqa se présentait dans nos études ? Comment allier vérification d'identité et devoir d'instrumenter ?

Mais le législateur est en marche...

Car si le notaire est officier public, il n'est cependant pas l'Etat.

Ne pourrait-on réfléchir sur la solution suivante :

Attendu que dans le cadre de sa mission, le notaire vérifie la capacité des parties par la demande des pièces d'état civil, extraits d'acte de naissance et de mariage, pièces d'identité, passeports, que la vérification de ces pièces, effectuée par le notaire, officier public, responsable de la sécurité juridique et de l'efficacité de ses actes, doit être suffisante.

Ne pourrions-nous pas envisager, de modifier les dispositions législatives en la matière, de sorte que les parties, personnes physiques à l'acte, soit identifiées par les nom, prénoms, date et lieu de naissance, et numéro INSEE (les 13 chiffres ?). Mais quid du nom du conjoint ? Et dans ce cas, qu'advient-il de cette codification pour des transsexuels ? (code 1 : masculin ou 2 : féminin) ?

En effet, à titre d'exemples comparatifs :

Les notaires espagnols : dans leurs minutes, ils ne relatent que les noms et prénoms, profession, suivis du numéro de carte d'identité nationale des comparants à l'acte.

Les notaires belges : en Belgique, l'identifiant unique fonctionne, et il apparaît sur les actes après le nom et la date de naissance de la personne. Les notaires ont obtenu l'autorisation d'accéder aux données du « registre bis » en vue de la recherche d'informations sur les personnes physiques à la suite d'une demande soumise au comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé (Revue Notarius⁵ sus-citée).

2.4.2 – Obligations professionnelles du notaire et nouveaux supports

2.4.2.1 *Conservation des documents*

Obligations légale de conservation des documents (Sur la conservation des minutes cf. *supra* 1)

Le notaire, en sa qualité d'officier public, est détenteur d'archives publiques. Le décret n° 79-1037 du 3 décembre 1979 relatif à la compétence des services publics d'archives et à la coopération entre les administrations pour la collecte, la conservation et la communication des archives publiques, modifié par le décret n° 2009-1124 du 17 septembre 2009, prévoit les délais de conservation des archives notariales.

Le Guide pratique édité par l'ADSN⁶⁸ est un outil précieux et indispensable à détenir au sein des offices notariaux.

Conservation volontaire pour le client ; une nouveauté : le dépôt électronique notarial

Avec les nouvelles technologies, de nouveaux modes de conservation sont apparus, à la demande, et pour la satisfaction de notre clientèle. Ainsi, en est-il du dépôt électronique notarial, sans doute encore méconnu. Notons préalablement que le MJN s'est préoccupé dès 2001 de la question⁶⁹.

Nos confrères, Christian PISANI et René DALLEE, tous deux notaires à Paris, nous en ont fait la présentation⁷⁰. L'accent y est mis sur l'originalité de ce service notarial (conforme à la fonction du notaire qui est celle de constatation des volontés des parties, mais aussi celle de conservation des actes constatant ces volontés) consistant à « établir un lien incontestable entre l'information numérisée – qui n'est pas nécessairement un acte juridique – et l'acte juridique établi sur papier ». Les auteurs nous informent sur l'objet de ce dépôt, ses fonctions, et sa procédure.

a/ L'objet de ce dépôt

Ce dépôt concerne, notamment, les œuvres littéraires ou artistiques, audiovisuelles, dessins, modèles, logiciels, sites internet, fichiers, banques de données ; comptabilités, chaînes de pouvoirs et d'habilitations, cahiers de laboratoires, chaînes de fabrication, descriptions de savoir-faire dans différents domaines, etc....

b/ Ses fonctions : une double fonction est assignée à ce dépôt électronique notarial.

68• Guide pratique de la conservation des documents de l'office notarial, 2009.

69• cf. Revue Jeune notariat, n° spécial, 2001-2, p. 6.

70• In « Semaine juridique », Edition Notariale et Immobilière, n° 14, 15 avril 2008, article « Le dépôt électronique notarial, une réponse innovante du notaire à l'évolution des besoins de ses clients ».

La conservation : constituer la preuve de l'existence du bien à un moment donné, et de sa détention dans son intégrité.

La preuve pouvant ainsi être utilisée en justice : un système d'empreinte électronique assure cette fonction probatoire et donne lieu à l'établissement d'un acte notarié garantissant la date à laquelle l'information a été détenue par le déposant.

c/ La procédure

Le déposant remet au notaire le support sur lequel sont stockées ses données. Son « identité est vérifiée et les données sont transférées temporairement sur l'ordinateur du notaire, dans un espace dédié » pour calculer « leur empreinte électronique grâce à un logiciel conçu à cet effet, utilisant deux algorithmes de chiffrement irréversible et rendant impossible que deux documents distincts puissent produire une même empreinte ».

Cette empreinte électronique constitue « l'empreinte génétique » des données, et est unique. Elle est imprimée sur support papier, lequel fait l'objet d'un dépôt au rang des minutes du notaire. Le notaire, à l'aide de sa clé REAL, s'identifie et accède au coffre-fort électronique géré par ParisNotaireService. En présence du déposant (présent ou représenté), il « procède au transfert, sur les lignes ultra-sécurisées du service, de manière cryptée, des données associées à leur empreinte sur le serveur (coffre-fort) du depositaire. Le transfert achevé, ParisNotaireService en accuse réception ».

Le document d'empreinte, les avis d'envoi et de réception des données au coffre font, alors, l'objet d'un dépôt au rang des minutes du notaire.

A noter que sur simple demande du depositaire, et à tout moment, les données pourront lui être restituées en copie ou définitivement, le tout avec une totale confidentialité. Ce service fonctionne dans plusieurs offices parisiens.

Ainsi, avec ce nouveau service notarial, la profession démontre, une fois de plus, son aptitude à évoluer et s'adapter aux exigences modernes.

2.4.2.2 Téléprocédures et nouveau relationnel clientèle par télématique

En 2010, nul ne l'ignore, l'informatique habite nos études. L'utilisation de la Télé-réquisition et de la Télé-publication est quotidienne.

Lors de nos dépôts pour publications sur support papier, auprès du bureau des hypothèques, le rejet d'un acte s'établissait naguère, soit à l'aide d'une remise manuelle contre récépissé (en cas d'usager habituel du bureau des hypothèques concerné), soit par lettre recommandée avec accusé de réception. Aujourd'hui, ce rejet est notifié au notaire par courriel, le mode de preuve sollicité par le bureau émetteur de ce rejet consistant en un accusé de réception électronique (« dire OK, j'ai reçu »).

Cet accusé électronique est-il suffisant en cas de problème, est-il un mode de preuve ? Si la question se pose, elle devra être tranchée.

De même, en ce qui concerne la relation avec notre clientèle, la télématique s'impose, et prend de plus en plus de place. Notre clientèle, et pas uniquement la tranche la plus jeune, contrairement à ce que nous pourrions croire, est demanderesse de ce moyen de communication, tel que les courriels. Ainsi, en Allemagne, les avocats ont l'obligation de tenir informés les clients de l'avancement de leur dossier.

Cette obligation d'information se généralise (par exemple dans le domaine médical, à la demande du patient).

Nos instances montrent d'ailleurs la voie : le Conseil supérieur du notariat (CSN) veut développer l'accès du client à son dossier. Cet accès, souhaité dans un souci de transparence et d'information de notre clientèle, ne risque-t-il pas de se heurter au secret de la correspondance ? Et à quoi le client pourra-t-il accéder ?

Un de nos confrères, précurseur en la matière, M^e Jean-Maurice OUDOT à Paris, a mis en place un système permettant aux clients d'accéder à leur dossier, à l'étude, pour en connaître l'état d'avancement. Cette mise en place suppose qu'une partie soit accessible au client, et qu'une partie reste protégée par le secret professionnel. Ainsi, avons nous rendu visite à M^e Jean-Maurice OUDOT, notaire à Paris. Pour se rendre compte au quotidien de l'impact des nouvelles technologies sur la confidentialité des données personnelles, nous avons recueilli le témoignage de celui-ci, pionnier en matière de nouvelles technologies, après avoir été rapporteur général à l'Assemblée de liaison, en 1995, dont les travaux avaient pour thème « Les autoroutes de l'information ».

En effet M^e Jean-Maurice OUDOT a créé, depuis 2000, un espace de travail informatique avec accès internet, ouvert dans le cas de vente d'immeuble, tant au notaire acquéreur, qu'à son client, et qu'aux différents conseils (financier, technique, juridique et fiscal). Cet espace de travail contient la documentation liée à l'immeuble vendu (titres de propriété, divers diagnostics techniques, autorisations de construire, règlement de ZAC, règlement de copropriété, etc...) accessible à tous les intervenants. C'est ce que l'on appelle la « data room électronique ».

Cette base de données, électronique, au sein de son étude, était à l'origine accessible à sa clientèle d'institutionnels. Elle ne concernait pas les clients dits « des particuliers ». Cet espace de travail a été réservé au départ aux ventes d'immeubles par appel d'offres. Et, à partir de 2008, a été généralisé l'accès de cet espace de travail à tous les dossiers de vente par des institutionnels au sein de son étude.

Aujourd'hui le client et les collaborateurs de l'étude disposent d'un dossier électronique consultable à tout moment et évoluant au fur et à mesure de la mise à jour de la documentation. Cet espace de travail est conçu de

telle manière qu'il est possible de gérer son accès en ne rendant accessible à tel ou tel intervenant qu'une partie du dossier, si nécessaire.

La gestion des accès est primordiale.

L'étude est dotée informatiquement de deux modules : celui de GENAPI pour le traitement et la conservation des dossiers clients, inaccessibles, couverts par le secret professionnel, et celui de OPALINE pour les données relatives aux immeubles, accessibles aux clients « institutionnels ».

Chaque clerc a un dossier électronique où il dépose les notes de synthèse révélant les failles ou difficultés du dossier. Il peut ainsi voir la problématique et les failles du produit considéré. Ce qui lui permet également d'organiser une réponse à une négociation à intervenir.

Grâce à un code, non personnalisé, communiqué par l'étude, et un moteur de recherche, le client et ses conseils peuvent accéder à une documentation variée sur les immeubles : diagnostics, plans, rapports d'ingénieurs, permis de construire, déclaration d'achèvement des travaux, note de synthèse révélant, ainsi qu'il a été ci-dessus mentionné, les failles ou difficultés, mais aussi les atouts, du dossier. La constitution de cette base de données suppose une organisation particulière de l'étude avec l'emploi à plein-temps d'un informaticien et de deux personnes dédiées à la scannérisation.

M^e Jean-Maurice OUDOT est conscient que le code communiqué au client n'est pas strictement personnel, et qu'il circule dans la société lorsqu'il est communiqué. Cependant il considère que toutes ces données, urbanistiques, ou économiques, etc..., collectées et réunies par ses soins, sont publiques, car accessibles par tous sur des sites déterminés, ouverts au public (par exemple : l'actif d'une société est connu par ses bilans qui sont publiés au Greffe du Tribunal de Commerce...). L'accès à cet ensemble de données constitue une véritable plus-value.

Cette base de données, électronique, regroupe environ mille immeubles dans Paris ainsi que dans le quartier de la Défense.

Comme nous l'avons indiqué, le client a accès à la documentation sur demande expresse, et des codes d'accès lui sont alors adressés. Il vient directement y puiser des éléments de réponse, de la documentation, sans avoir à monopoliser un collaborateur de l'étude. Si le client le demande expressément, ces codes d'accès sont communiqués au notaire de l'acquéreur avec possibilité d'ouvrir également un accès direct à l'acquéreur, ou à ses conseils, sur autorisation expresse du notaire de l'acquéreur. En ce cas, et préalablement à la délivrance des codes, l'acquéreur et ses conseils doivent signer une lettre de confidentialité. La trace de ces demandes, ainsi que celle des codes distribués, sont conservées par l'étude en archives électroniques.

A ce stade, les intervenants n'ont accès qu'à une documentation dont les éléments constitutifs sont publics et ne présentent pas de caractère confidentiel. Cet espace de travail doit évoluer pour permettre au client de suivre, en ligne, l'évolution de son compte ouvert en l'étude et de la réalisation des formalités subséquentes.

Mais pour cet aspect confidentiel, toute sécurité est garantie quant à l'accès qui ne sera réservé qu'au client. La difficulté de réalisation est technique, car il faut permettre de créer un lien entre le site de l'espace de travail et celui de GENAPI. Le développement informatique est en cours.

Maître Jean -Maurice OUDOT considère que le dossier électronique proposé aux clients institutionnels de l'office, depuis 2008, a créé le besoin auprès de ces clients, souvent partagés avec d'autres confrères. Ces institutionnels satisfaits du système, l'ont imposé comme une norme de travail à tous les intervenants. Mais il est persuadé que tôt ou tard le particulier exigera le même confort. Car alors, en ligne, ce dernier participera à la recherche ou à la constitution de la documentation indispensable à la rédaction du contrat (demande prêt et son suivi) et à sa mise à jour. Le client particulier constatera l'état d'avancement de son dossier en fonction des documents mis en ligne (DIA, réponse de DIA) : il interrogera le notaire sur tel ou tel point du dossier lui posant problème et peut être, ensemble, mettront-ils en place un montage juridique et fiscal approprié?

Il suggère donc, de créer, avec nos outils informatiques, un espace où les clients pourraient venir s'exprimer, solliciter des réponses. Ce lien en ligne, dans l'espace de travail, présente pour le notaire l'énorme avantage du choix de la plage horaire réservée à la réponse, et oblige, par ailleurs, le client à formuler sa pensée et ses questions par écrit. Ainsi, le notaire, peut choisir le moment où il répond à ses clients. Au lieu de subir les « assauts » de la clientèle, il peut la « canaliser », en maîtrisant mieux son temps. Car en effet, nous subissons tous le « harcèlement » de notre clientèle : courrier, télécopie courriel.

Qui n'a pas à l'esprit l'exemple type du client qui appelle pour savoir si le mail est bien reçu à l'étude? La relation du notaire avec son client s'effectuera alors sur un mode participatif correspondant beaucoup plus aux besoins attendus de la clientèle actuelle et future. Le principe de gestion de la confidentialité sera le même que pour les institutionnels.

Il suffit de se rapporter aux lettres de confidentialité et de décharge de responsabilité que les banques font signer à leurs clients pour la consultation en ligne de leurs comptes, pour « dédramatiser » l'accès en ligne de nos futurs espaces de travail. Une attention particulière doit cependant être apportée, dans le cadre de ces nouveaux moyens de communication :

1) Lorsque nous ouvrons le dossier : ne devons-nous pas penser à faire signer au client un document par lequel ce dernier nous autorise à lui adresser par mail le courrier ?

2) Garder présent à l'esprit le respect de stricte conformité avec la CNIL, pour la déclaration des fichiers existant et faisant l'objet, informatiquement, d'un traitement au sein de l'étude.

2.5 La vie privée et l'office notarial

2.5.1 – Le notaire, chef d'entreprise, le notaire et ses instances

En sa qualité d'employeur

La question qui se posait pour la clientèle, peut se poser au notaire pour son personnel : doit-il ou ne doit-il pas accepter de signe distinctif religieux au sein de son étude ?

Un arrêt récent de la Cour de Cassation s'est prononcé quant à l'obligation en matière vestimentaire des collaborateurs. Ainsi, un collaborateur, venu en bermuda à l'étude s'est vu condamné et a perdu devant ladite Cour de Cassation.

Le notaire doit veiller à ce que le contrat de travail de ses collaborateurs contienne une clause de confidentialité : est-il normal, lorsqu'ils quittent le travail, que le secret soit rompu ?

Dans ses relations avec ses instances

Les Conseils régionaux voudraient accéder directement aux comptabilités des notaires. Les Chambres sollicitent, au motif de la conjoncture, des statistiques. Dans ce contexte, il convient de souligner que le notaire, au regard de la CNIL, a le droit de s'opposer à la communication de ces données qui constituent des données à caractère personnel.⁷¹

Au regard de la loi, il convient de relever que le notaire individuel est une personne de droit privé, son patrimoine personnel et son patrimoine professionnel ne formant qu'un tout, sans dissociation. Toute collecte de données le concernant constitue, par conséquent, une collecte de données privées, tombant sous le coup de la loi « Informatique et Liberté ».

Il est à rappeler également qu'en cas d'absence de déclaration préalable auprès de la CNIL pour toute exploitation de données à caractère personnel, aucune régularisation a posteriori ne peut intervenir : l'infraction est consommée et ne peut être régularisée. En effet, la déclaration est obligatoire et doit être préalable à la mise en œuvre du traitement.

71 • L'article 42 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, dite « Informatique et Liberté », modifié par la loi n° 2004-801 du 7 août 2004, prévoit des sanctions pécuniaires (allant jusqu'à 300 000 € d'amende et pénales, emprisonnement) à l'égard du responsable d'un traitement qui ne respecte pas les obligations découlant de la loi.

Par ailleurs, quelle réponse pourrait obtenir un notaire qui voudrait avoir accès à son dossier à la Chambre ? Et que dire des classifications des notaires, listes de couleur, au sein des Chambres ? ...Non... elles n'existent pas !

2.5.2 - Le notaire et sa vie privée

Comme nous l'avons vu précédemment, le notaire, délégataire de la puissance publique, doit satisfaire à son obligation de contrôle d'identité. Il ne doit pas afficher de signe distinctif religieux, dans le cadre de sa mission.

Il doit être exemplaire, tant dans le cadre de sa mission, mais également dans sa vie privée.

L'article 2 de l'ordonnance du 28 juin 1945, relative à la discipline des notaires, énonce en effet que :

« tout fait contraire à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse commis par un officier public ou ministériel, même se rapportant à des faits extraprofessionnels, donne lieu à sanction disciplinaire ».

Ce qui a été rappelé à plusieurs reprises par la Cour de Cassation⁷².

En effet, la Cour de Cassation, ainsi que le commente M. Grégoire LOISEAU, admet :

« très largement que la discipline professionnelle des officiers publics et ministériels n'exclut pas la prise en considération d'éléments de vie privée en raison de la portée sociale et d'intérêt public des fonctions qu'ils exercent (...) la possibilité de prendre en compte des faits relevant de la vie personnelle se comprend du reste aisément eu égard à la mission dévolue aux notaires qui, par leur statut d'officier public, (...) participent à la vie juridique en assurant la sécurité des rapports entre les personnes(...) les notaires doivent s'interdire, y compris dans leur vie extraprofessionnelle, tout comportement ou toute situation mettant en cause ou faisant simplement naître le doute sur la probité, l'honneur ou la délicatesse qui leur incombent dans l'exercice de leurs fonctions. »⁷³

César doit être irréprochable...et la femme de César également !

72• Cass. 1re civ, 9 mai 2001, Bull. civ. I n° 127, Cass. 1re civ. 10 juillet 2002.

73• Droit et Patrimoine, n° 111, janvier 2003.

TITRE II - NOTAIRE, RÉGLEMENTATION « INFORMATIQUE ET LIBERTÉS » ET VIE PRIVÉE

Introduction

LES ÉVÈNEMENTS DE MAI 1968 ont révélé un désir de liberté. Quelques années plus tard cette aspiration a été confrontée au projet SAFARI visant à rapprocher les informations détenues par les différentes administrations sur les citoyens français, faisant surgir le spectre d'un Etat totalitaire similaire à celui imaginé par Georges ORWELL¹ : « Big Brother is watching you ». L'émoi suscité par ce projet déboucha sur la première loi informatique et libertés adoptée le 6 janvier 1978 pour encadrer les traitements de données à caractère personnel. La loi consacra la création d'une autorité administrative indépendante chargée de veiller au respect de la législation, la CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés). Après l'Etat, le monde marchand s'est saisi des données à caractère personnel. Pour exercer leur mission et leur fonction sociale, les entreprises ont besoin d'un nombre toujours croissant d'informations nominatives. Elles personnalisent la vente de biens et de services, ce qui exige de connaître les habitudes et les besoins de chaque client ou prospect. Pointage de crédit (scoring²), profilage (profiling³) ou segmentation comportementale⁴ constituent de nouvelles pratiques qui réduisent le champ de la sphère privée. L'information sur les individus génère des revenus. Les bases de données recensant des données personnelles représentent même un marché à part entière. Certaines entreprises de marketing direct ont pour seule activité la collecte des informations sur les habitudes de vie, les centres d'intérêts et les goûts des personnes pour les vendre ou les louer à des tiers.

1 • « 1984 », roman de science-fiction de George Orwell, 1948 - publié aux éd. Gallimard, Folio n°822, 440 pages ISBN : 2-07-036822-X

2 • Scoring : Traitement automatisé d'aide à la décision s'appuyant sur des modèles de scores, soit un outil utilisé par les organismes de financement afin de qualifier l'éligibilité au financement. Construit sur l'historique du fichier client, il analyse les revenus, la situation professionnelle, l'ancienneté dans l'emploi, la situation matrimoniale, la présence d'enfants à charge, le taux d'endettement, la capacité d'épargne, et l'âge. Il vise à définir des profils type de personnes pour lesquelles le prêt présentera un risque important de non recouvrement des créances. Cela permet aux organismes de financement de limiter leurs risques lors d'attribution de prêts.

3 • Profiling : Dans le domaine du marketing, le profiling consiste à allouer un profil à un client en fonction des données disponibles sur ce client.

4 • Segmentation comportementale : Méthode de segmentation basée sur des comportements d'achats ou de consommation (constatés ou déclarés). La segmentation peut porter par exemple sur les volumes d'achats ou les lieux d'achat.

L'enjeu de la protection des données à caractère personnel s'est étendu du secteur public vers le secteur privé, favorisé en cela par l'avènement d'Internet et de l'économie numérique. Dans un discours prononcé aux rencontres parlementaires sur la société de l'information, la Garde des sceaux Elisabeth GUIGOU reconnaissait que la loi Informatique et Libertés n'était plus appropriée à la nouvelle situation :

« En effet, la loi de 1978 avait consacré une distinction majeure entre les traitements publics qui doivent faire l'objet d'une autorisation préalable et les traitements du secteur privé qui doivent faire l'objet d'une simple déclaration. Cette répartition fondée sur un critère organique n'est plus adaptée parce que la dangerosité pour les libertés ne dépend pas tant de la nature publique ou privée des auteurs (responsables) du traitement mais des caractéristiques des données recueillies et de la finalité du traitement⁵ ».

La loi a été modifiée en 2004, réduisant les contrôles pour les traitements de l'Etat mais renforçant ceux portant sur les traitements du secteur privé. La modification introduit également la possibilité pour les responsables de traitements de désigner un « correspondant » afin d'alléger les formalités auxquelles ils sont soumis.

Comment la loi a-t-elle évolué ? Quel intérêt représente ce dispositif pour les entreprises ? Quelles sont les missions du correspondant au sein des entreprises ?

Comment doit-il s'organiser ? Le président de la CNIL Alex TÜRK prophétise que le correspondant est appelé à devenir dans les années à venir une fonction incontournable pour la gouvernance des entreprises :

« Ainsi, le correspondant deviendra un personnage clé dans le paysage de la protection des données personnelles mais aussi dans celui de la gestion de l'entreprise et de la collectivité locale de demain »⁶.

L'entreprise notariale est donc concernée !

5• « Internet, la révolution numérique crée-t-elle une révolution juridique ? » discours de Madame Élisabeth Guigou, Garde des sceaux, ministre de la justice - Premières rencontres parlementaires sur la société de l'information et l'Internet - Colloque à l'Assemblée nationale- mardi 5 octobre 1999. Extrait de la page 7 du discours disponible à l'adresse http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/loi78-17/Discours_Guigou.pdf

6• Extrait de la tribune publiée le 29 novembre 2005 sur le site de la CNIL, consultable à l'adresse : <http://www.cnil.fr/index.php?id=1902>.

PLAN DÉTAILLÉ

1 – Loi informatique et libertés	113
1.1 La genèse de la protection des données	113
1.2 La directive européenne 95/46 CE consacre le délégué à la protection des données	116
1.3 La transposition de la directive 95/46 CE	118
1.3.1 Une transposition tardive des pays de l'union	118
1.3.2 La transposition de la directive 95/46 CE en droit français	120
1.4 L'avenir	129
1.4.1 Evolution de la directive « vie privée »	129
1.4.2 Rapport sénatorial mars 2009	136
1.4.3 Proposition de loi	137
1.4.4 Petite Loi	138
2 – L'office notarial	146
2.1 Droit du travail	146
2.1.1 Cybersurveillance	146
2.1.2 Responsabilités de l'employeur (pénale, sociale, civile)	151
2.1.3 – Outils	153
2.1.4 – Conditions de validité de la vidéosurveillance	159
2.2 Gestion de l'étude	164
2.2.1 Sécurité logique	164
2.2.2 – Sécurité physique	175
2.2.3 – Les objectifs à atteindre dans l'office	177
3 – La création de la fonction de correspondant au sein de l'office	178
3.1 La réflexion préalable à la désignation d'un correspondant	178
3.1.1 Les éléments déclencheurs de la désignation	178
3.1.2 La nature de la désignation et le statut du correspondant	183
3.1.3 Le choix de la personne désignée correspondant	184
3.2 La procédure de désignation	185
3.2.1 Modalités	185
3.2.2 Le contenu de la notification (Art. 43 du décret d'octobre 2005)	185
3.2.3 Déploiement	185
3.2.4 Comparatif européen du CIL	186

4 – Les premières actions du correspondant	186
4.1 Mettre en place des procédures formalisées	186
4.2 Etablir la liste des traitements	187
4.3 Faire un bilan annuel	188
4.3.1 Préambule des bilans du CIL	188
4.3.2 Faits marquants de l'année	189
4.3.3 Liste des traitements de données personnelles	189
4.3.4 Diffusion de la « culture informatique et libertés »	189
4.3.5 Réponses aux demandes internes et externes	189
4.3.6 Audit et contrôle	189
4.3.7 Estimation de la charge de travail	189
4.4 Veiller à l'application de la loi (Article 22 de la loi et 49 du décret)	190
5 – Le CIL mutualisé de la profession	190
5.1 Génèse	190
5.2 Télé@ctes et AU-006	191
5.2.1 Historique du traitement	191
5.2.2 Téléprocédures	191
5.2.3 Autorisation Unique AU-006 (cf. annexe)	193
5.3 MICEN (Minutier Central Electronique des Notaires de France) ...	194
5.3.1 Etape 1 : Signature de l'acte	194
5.3.2 Etape 2 : Dépôt de l'AASE	195
5.3.3 Opérations d'administration du système	195
5.3.4 Schéma organisationnel	196
5.4 Procédures CIL mutualisé ADSN	197
5.4.1 Chronologie de la mission du CIL	197
5.5 Nouveau règlement national du notariat	198
6 – Autorisation unique n°AU-006	198
7 – Délibération n°2010-032 du 11 février 2010	206

1 – Loi informatique et libertés

1.1 La genèse de la protection des données

La première référence au droit à la vie privée remonte à une publication des avocats Samuel D. WARREN et Louis D. BRANDEIS dans le numéro du journal *Harvard Law Review* daté de décembre 1890. Dans un article intitulé « *The right to privacy* »¹, les auteurs fustigeaient les excès de la presse américaine qu'ils décrivaient en ces termes :

« La presse dépasse constamment les limites de la décence et des convenances. Le commérage n'est plus seulement l'apanage des oisifs et des malveillants, il est devenu un métier, qui est exercé activement et avec impudence. Pour répondre aux goûts libidineux des lecteurs, les colonnes des journaux débordent d'articles décrivant en détail les relations sexuelles. Pour occuper les désœuvrés, les colonnes sont remplies de ragots, nécessairement obtenus par des intrusions dans le cercle familial »².

Ils invoquaient un droit à être laissé tranquille : « *a right to be let alone* ». Ils soulignaient que « les entreprises et les inventions modernes » créaient de nouvelles façons de violer la vie privée et notaient que ces dérives faisaient subir aux individus concernés des souffrances morales « beaucoup plus vives que celles que causent de simples blessures physiques »³. Parmi les inventions évoquées figuraient la machine à écrire et le téléphone.

A l'issue de la Seconde Guerre Mondiale, l'Organisation des Nations Unies adopte le 10 décembre 1948 un texte visant à assurer la paix dans le monde : la Déclaration universelle des droits de l'homme⁴. Il insiste sur le fait que les droits de l'homme sont la base de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. L'article 12 consacre le droit à la vie privée : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

Le français René CASSIN a écrit la première version de ce texte et participé à la rédaction de la version finale sous la présidence de la veuve du président américain, Eleanor ROOSEVELT.

Au niveau européen, le Conseil de l'Europe adopte en 1950 la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH⁵)

1• Article consultable à l'adresse : <http://www.abolish-alimony.org/content/privacy/Right-to-Privacy-Brandeis-Warren-1890.pdf>

2• Dernière ligne de la page 2 et début de la page 3 de l'article précité.

3• Page 3, lignes 9 et 10 de l'article précité.

4• Texte consultable à l'adresse <http://www.un.org/french/aboutun/dudh.htm>

5• Texte consultable à l'adresse : <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf>

qui entrera en vigueur en 1953 et reprend à l'article 8 « Le droit au respect de la vie privée et familiale » défini par la Déclaration universelle des droits de l'homme. Ce droit n'est cependant pas absolu, le 2° de cet article prévoit la possibilité d'une ingérence de l'autorité publique pour des raisons de sécurité ou « le bien-être économique du pays » ; l'intérêt économique des données à caractère personnel est déjà identifié :

Article 8. Droit au respect de la vie privée et familiale

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Enfin, au niveau national, une première loi est votée après l'émoi suscité par le projet SAFARI (Système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus) dont s'est fait l'écho le journal *Le Monde*. Intitulé « Safari ou la chasse aux Français »⁶, cet article dénonce le danger que représente le projet étatique de rapprochement de 400 fichiers (renseignements généraux, direction de la surveillance du territoire, police judiciaire, cadastre, impôts, etc...) et l'attribution d'un identifiant unique à chaque citoyen. Il met en avant le danger que représente l'utilisation de moyens informatiques toujours plus puissants en l'absence d'un cadre législatif garantissant les libertés individuelles. Face aux campagnes de protestation, le président de la République Valéry Giscard d'ESTAING chargea une commission ayant pour rapporteur Bernard TRICOT, conseiller d'état, de « proposer au gouvernement dans un délai de six mois, des mesures tendant à garantir que le développement de l'informatique dans les secteurs public, semi-public et privé se réalisera dans le respect de la vie privée des libertés individuelles et des libertés publiques. » Le rapport remis le 27 juin 1975 servit de base au projet de loi⁷ dont le rapporteur fût le député Jean FOYER. La première loi française⁸ voyait le jour le 6 janvier 1978. Le premier article pose le principe fondateur :

6• Article de Philippe Boucher dans *Le Monde* daté du 21 mars 1974. Extrait disponible à l'adresse <http://www.delis.sgdg.org/menu/nir/PresseLeMonde19740321.pdf>

7• Projet de loi N°2516 relatif à l'Informatique et aux Libertés. Tome I et II disponible aux adresses : http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/informatique-et-libertes/rapport3125_Foyer_tome1.asp, http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/informatique-et-libertes/rapport3125_Foyer_tome2.asp

8• Loi 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Version originale disponible à l'adresse <http://admi.net/jo/ordmed/L78-17.html>

« Article 1^{er} - L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ».

Le texte législatif consacre dans son chapitre II la création d'une autorité administrative indépendante chargée de veiller à l'application de cette loi, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Parmi ses attributions, la CNIL est chargée de recevoir les formalités préalables à la mise en œuvre d'un traitement automatisé d'informations nominatives. Les services de l'Etat doivent formuler une demande d'avis (article 15) pour leurs traitements, les organismes privés devant quant à eux effectuer une déclaration et attendre le récépissé de la CNIL (article 16). La loi du 6 janvier 1978 instaure un droit d'opposition (article 26), un droit d'information (article 27), un droit d'accès aux données (articles 34 et 35) et un droit de rectification (article 36) pour les personnes concernées.

Le texte législatif consacre dans son chapitre II la création d'une autorité administrative indépendante chargée de veiller à l'application de cette loi, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Parmi ses attributions, la CNIL est chargée de recevoir les formalités préalables à la mise en œuvre d'un traitement automatisé d'informations nominatives. Les services de l'Etat doivent formuler une demande d'avis (article 15) pour leurs traitements, les organismes privés devant quant à eux effectuer une déclaration et attendre le récépissé de la CNIL (article 16). La loi du 6 janvier 1978 établit un droit d'opposition (article 26), un droit d'information (article 27), un droit d'accès aux données (articles 34 et 35) et un droit de rectification (article 36) pour les personnes concernées.

Article 5 – Qualité des données

Les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé sont :

- a. obtenues et traitées loyalement et licitement;
- 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;
- d. exactes et si nécessaire mises à jour;
- e. conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées.

La convention 108 constitue un texte majeur dans le domaine de la protection des données à caractère personnel. C'est un instrument juridique contraignant sur le plan international, à vocation universelle, ouvert à l'adhésion de tout pays y compris ceux qui ne sont pas membres du Conseil de l'Europe.

Elle est entrée en vigueur en France le 1^{er} octobre 1985, conformément au décret⁹ du 15 novembre 1985. Le visa de la convention 108 apparaît toujours en tête dans l'exposé des motifs des délibérations de la CNIL : « Vu la convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé de données à caractère personnel... »

Exemple français du Lycée Ch de Gaulle de Muret en 1994, primé en 2004 par Alex TÜRK : <http://www.cnil.fr/index.php?id=1546>

<http://www.ladepeche.fr/article/2004/06/08/172929-Preserver-les-libertes-individuelles-des-eleves.html>

<http://www.ladepeche.fr/article/2004/03/04/246736-Lyceeduc-bientot-un-moyen-de-paiement.html>

<http://www.ladepeche.fr/article/1999/11/14/237673-Muret-le-lycee-de-l-intelligence.html>

1.2 La directive européenne 95/46 CE consacre le délégué à la protection des données

Près de deux décennies plus tard, une directive européenne¹⁰ a été adoptée afin d'harmoniser les législations au niveau des pays de l'Union européenne. Cette directive ne vise pas uniquement à assurer la protection des citoyens de l'Union. Elle consacre également la libre circulation des données à caractère personnel entre les pays membres, partant du principe que tous les états membres auront une législation protectrice équivalente. Rappelons que l'Union Européenne a pour vocation la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux entre ses états membres.

Article premier - Objet de la directive

1. Les États membres assurent, conformément à la présente directive, la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

2. Les États membres ne peuvent restreindre ni interdire la libre circulation des données à caractère personnel entre États membres pour des raisons relatives à la protection assurée en vertu du paragraphe 1.

Rappelons que l'Union européenne a pour vocation la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux entre ses états membres. Une législation trop exigeante d'un des pays membres pourrait constituer

9• Décret N°85-1203 du 15 novembre 1985, disponible à l'adresse :

http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19851120&numTexte=&pageDebut=13436&pageFin=

10• Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, disponible à l'adresse :

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:fr:HTML>

une entrave au grand marché européen. A l'inverse, une législation trop permissive contribuerait à l'émergence de « paradis de données » dans les pays les moins protecteurs pour les données à caractère personnel, comme cela s'est produit avec « les paradis fiscaux ». L'harmonisation des législations entre les pays membres n'écarte pas le risque de voir se développer des paradis de données hors des frontières de l'Union. C'est la raison pour laquelle la directive, conformément au considérant 57, encadre strictement le transfert de données vers des pays tiers dans ses articles 25 et 26.

Cette démarche doit être prolongée au niveau mondial. La Commission européenne est assistée en cela comme pour toute question relative à la protection des données à caractère personnel par le **groupe dit de l'article 29**¹¹ (dit « G29 ») constitué d'un représentant des autorités de contrôle de chaque état membre, d'un représentant des autorités créées pour les institutions et organismes communautaires et d'un représentant de la Commission. Les missions du G29 sont définies à l'article 30 de la directive. Outre « donner à la Commission un avis sur le niveau de protection dans la Communauté et dans les pays tiers », le G29 assiste et conseille la Commission pour toute question relative à la protection des données. Il peut également émettre des recommandations de sa propre initiative. Le président de la CNIL Alex TÜRK assure la présidence du G29 depuis le 19 février 2008 succédant à Peter SCHAAR, président de l'autorité allemande.

L'Allemagne, pays fédéral, fut un pays précurseur pour la protection des données à caractère personnel. Le land de Hesse adopta en octobre 1970 la première loi dans le monde relative à la protection des données à caractère personnel, loi qui déboucha de nombreuses années plus tard sur la promulgation d'une loi fédérale. La législation allemande instaura un délégué à la protection des données (Datenschutzbeauftragter) dont la mission consiste à assurer l'application de la loi. L'Allemagne insista pour que cette disposition soit intégrée à la directive européenne. Elle est à l'origine de l'article 18 de la directive qui traite en fait des formalités préalables auxquelles se trouve soumis le responsable d'un traitement. Le deuxième de cet article 18 introduit la désignation d'un « détaché à la protection des données » comme une des conditions permettant de s'exonérer des formalités préalables à la mise en œuvre :

Article 18

« Obligation de notification à l'autorité de contrôle

1. Les États membres prévoient que le responsable du traitement, ou le cas

11 • Ce groupe de travail a été créé sous l'article 29 de la directive 95/46/EC. C'est un corps indépendant de réflexion sur la protection des données et la vie privée. Ses missions sont décrites dans l'article 30 de la 95/46/EC et l'article 15 de la directive 2002/58/EC. Site web : http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm

échéant son représentant, doit adresser une notification à l'autorité de contrôle visée à l'article 28 préalablement à la mise en œuvre d'un traitement entièrement ou partiellement automatisé ou d'un ensemble de tels traitements ayant une même finalité ou des finalités liées.

2. Les États membres ne peuvent prévoir de simplification de la notification ou de dérogation à cette obligation que dans les cas et aux conditions suivants :

- lorsque, pour les catégories de traitement qui, compte tenu des données à traiter, ne sont pas susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes concernées, ils précisent les finalités des traitements, les données ou catégories de données traitées, la ou les catégories de personnes concernées, les destinataires ou catégories de destinataires auxquels les données sont communiquées et la durée de conservation des données et/ou - lorsque le responsable du traitement désigne, conformément au droit national auquel il est soumis, un détaché à la protection des données à caractère personnel chargé notamment :
- d'assurer, d'une manière indépendante, l'application interne des dispositions nationales prises en application de la présente directive,
- de tenir un registre des traitements effectués par le responsable du traitement, contenant les informations visées à l'article 21 paragraphe 2, et garantissant de la sorte que les traitements ne sont pas susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes concernées. »

L'article 18 de la directive 95/46 CE précise le rôle du délégué à la protection des données, en particulier la tenue d'un registre des traitements. Il préfigure le futur CIL à la française. La directive 95/46 CE a été publiée au journal officiel des Communautés européennes le 23 novembre 1995. Elle représente le fondement des législations nationales adoptées par les pays membres.

1.3 La transposition de la directive 95/46 CE

1.3.1 Une transposition tardive des pays de l'union

La directive est entrée en vigueur le 25 octobre 1998, trois ans après son adoption. Peu d'états membres avaient transposé cette directive européenne dans leur droit national à cette date comme l'exigent les traités européens. La Grèce et l'Italie, seuls pays membres ne disposant d'aucune législation relative à la protection des données furent les premiers à transposer la directive, bientôt imités par le Portugal, la Suède et le Royaume-Uni. D'autres pays avaient initié des projets de loi devant leurs parlements nationaux à l'exception de l'Allemagne et de la France qui furent pourtant les deux plus grands contributeurs à cette directive. Le 29 juillet 1999, la Commission européenne a adressé un avis motivé à neuf pays membres pour absence de communication des mesures nécessaires à la transposition de la directive 95/46. Le 11 janvier 2000, elle a décidé d'engager une action en justice contre la France, l'Allemagne, le Luxembourg, les Pays-Bas et l'Irlande pour défaut de notification des mesures de transposition nationale de la directive relative à

la protection des données. Cette mesure représente la troisième étape formelle de la procédure d'infraction prévue par l'article 226 du traité de la Communauté européenne (Art 226 CE) :

« Si la commission estime qu'un Etat membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet Etat en mesure de présenter ses observations.

Si l'Etat en cause ne se conforme pas à cet avis dans un délai déterminé par la commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice ».

Le G29, conformément aux missions que lui confère la directive 95/46 CE, a également adressé une recommandation aux États membres à la suite du retard pris pour transposer la directive. Cet avis met en lumière la difficulté d'appliquer la législation relative aux flux transfrontières de données à caractère personnel basée sur le principe d'un niveau de protection équivalent entre les états ainsi que le risque « d'une violation des droits fondamentaux des individus et des libertés garanties par la directive » lors de la réalisation de tels transferts.

La commission établit un premier bilan en 2003 sur la mise en œuvre de la directive et releva avec satisfaction qu'« en dépit des retards et des lacunes constatés dans sa mise en oeuvre, la directive a rempli son objectif principal qui est de lever les obstacles à la libre circulation des données à caractère personnel entre les États membres ». Seul le Luxembourg fût condamné pour manquement à ses obligations à la suite de l'action initiée le 11 janvier 2000 devant la Cour de justice. La France fût le dernier pays à transposer la directive européenne dans son droit national.

La Commission a dressé un bilan final de la transposition de la directive par les pays de l'Union en 2007 dans lequel elle se réjouit que tous les états membres aient transposé. Elle constate que « l'ensemble des règles harmonisées assurant un degré élevé de protection des données à caractère personnel dans l'UE a procuré des avantages considérables aux citoyens, aux entreprises et aux autorités. (...) La directive atteint ses objectifs : garantir la libre circulation des données à caractère personnel au sein du marché intérieur, tout en assurant un niveau élevé de protection dans la Communauté ». Elle regrette cependant que certaines législations nationales n'aient pas incorporé « plusieurs dispositions importantes de la directive » et met en avant le manque d'indépendance, de pouvoir et de ressources dont souffrent certaines autorités nationales de contrôle. Elle attribue ces divergences à « la marge d'appréciation laissée par la directive ». La Commission fait également état d'une critique parvenue jusqu'à elle, la charge représentée par les formalités préalables :

« Il ressort des remarques formulées que la notification constitue une charge, mais qu'elle est très importante pour les personnes concernées comme mesure de

transparence, qu'elle est un exercice de sensibilisation pour les responsables du traitement des données et qu'elle représente un outil de suivi pour les autorités ».

La Commission ne tire cependant aucun bilan de la désignation des détachés à la protection des données à caractère personnel instaurés par l'article 18 de la directive. Son rapport ne mentionne même pas, en réponse aux critiques qui ont été formulées, la possibilité offerte par l'article 18 d'alléger les formalités en cas de désignation d'un détaché à la protection des données.

1.3.2 La transposition de la directive 95/46 CE en droit français

1.3.2.1 Le rapport de M. Guy BRAIBANT

Le 25 août 1997, le Premier Ministre Lionel JOSPIN a confié à Guy BRAIBANT, président de section honoraire du conseil d'état, une mission de réflexion sur la transposition en droit français de la directive européenne 95/46 CE. Le 3 mars 1998, M. BRAIBANT a remis son rapport au Premier Ministre, lequel a indiqué dans un communiqué vouloir soumettre ce rapport à la consultation de la CNIL et de la Commission nationale consultative des droits de l'homme.

Le rapport expose les enjeux et les bénéfices du progrès technique pour les entreprises et les missions de service public : la gestion des services publics (ce que l'on appellera plus tard l'e-administration), la sécurité publique, la santé publique. Il identifie également les risques inhérents à la collecte et au traitement des données à caractère personnel. Les données relatives aux origines raciales, aux mœurs, aux opinions philosophiques et religieuses ou aux appartenances syndicales sont qualifiées de sensibles, beaucoup plus que ne le sont celles relatives à l'état-civil ou au patrimoine des personnes, car elles mettent en jeu des droits fondamentaux comme la liberté d'opinion et de conscience ou l'interdiction de toute discrimination.

De même les traitements visant à prendre de manière automatique des décisions à l'égard des personnes, traitements de profilage des personnalités ou de segmentation comportementale, peuvent affecter gravement les situations des personnes concernées sans que celles-ci ne puissent connaître les motifs des décisions prises à leur encontre. Elles portent atteinte au droit des personnes de connaître les motifs des décisions qui leurs sont défavorables et au droit de pouvoir se défendre (principe du contradictoire).

Ce rapport évoque le droit introduit par la directive européenne. Alors que les premières législations nationales relatives à la protection des données adoptées en France, en Allemagne et en Suède avaient pour finalité la protection des individus, le droit européen introduit la protection des données comme une contrepartie de la libre circulation de celles-ci. Il prévoit l'allègement des formalités pour les traitements relevant de pratiques courantes sur le modèle des déclarations de conformité aux normes simplifiées édictées par la CNIL mais il recommande d'encadrer strictement les traitements portant

sur les données sensibles citées précédemment (origines raciales, mœurs, opinions philosophiques et religieuses, appartenance syndicale).

Lors de l'analyse de la directive article par article, Guy BRAIBANT porte un avis négatif sur l'opportunité de désignation d'un « détaché à la protection des données » prévu par l'article 18-2, à l'exception du secteur de la presse : « Cette idée n'a pas reçu en France une grande audience. Tout au plus certains l'accepteraient si elle avait un caractère optionnel (...). Si elle se rattache en Allemagne à une certaine culture de cogestion, l'institution de ces délégués se heurterait en France à de sérieuses difficultés (...). Pour l'ensemble des raisons qui viennent d'être indiquées, il ne semble pas que cette institution intéressante puisse être utilement transplantée en France, à une exception près : dans le cas de la presse, ce pourrait être un moyen de concilier la liberté d'expression et la protection de la vie privée ». Il invoque les raisons suivantes à son opposition :

1. La rupture d'égalité entre les entreprises ayant désigné un détaché à la protection des données et celles qui n'ont pas procédé à une désignation.
2. L'inutilité d'instaurer une nouvelle fonction pour sensibiliser les salariés à la protection des données à caractère personnel, le Code du travail disposant que le comité d'établissement « est informé, préalablement à leur introduction dans l'entreprise, sur les traitements informatisés de gestion du personnel et sur toute modification de ceux-ci »¹².
3. L'indépendance du détaché exigé par la directive ne pourrait être garantie, du fait que le délégué, salarié de l'entreprise ou mandaté par elle, serait rémunéré par celle-ci. Le délégué se trouverait « dans une situation inconfortable face à un ordre du chef d'entreprise qui serait contraire à la loi ou à une norme simplifiée ».
4. Le détaché rognerait sur les missions de contrôle incombant à la CNIL, tant pour l'examen préalable des traitements, la publicité des traitements, que pour le contrôle de l'application de la loi.

Rappelons que la directive n'oblige pas les Etats à introduire la fonction de détaché à la protection des données dans leur législation nationale.

1.3.2.2 L'avant-projet de loi

Dans un discours prononcé le 26 août 1999 à l'université d'été de la communication à Hourtin, le Premier Ministre annonce que la réforme de la loi informatique et libertés sera discutée pendant l'hiver au parlement :

12• Article L 432-2-1 du Code du travail (article L2323-32 dans la nouvelle numérotation) créé par l'article 28 la loi 92-1446 du 31 décembre 1992, disponible à l'adresse : http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=75CC9E22D1E1EF57152D935170D73370.tpdjo10v_1?cidTexte=LEGITEXT000006072050&cidArticle=LEGIARTI000006649216&dateTexte=20080920&categorieLien=id

« (...) l'avant-projet de loi préparé par la ministre de la Justice, M^{me} Elisabeth GUIGOU, qui transpose la directive communautaire sur la protection des données personnelles et qui modifie notre loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, sera transmis pour avis, au début du mois d'octobre, à la Commission nationale de l'informatique et des libertés ainsi qu'à la Commission nationale consultative des droits de l'homme. Sa discussion pourra être engagée au Parlement dès la fin de l'hiver prochain. Il s'agira d'adapter notre législation vieille de vingt ans en maintenant les exigences de protection de la liberté individuelle ». La garde des sceaux leva le voile sur cet avant-projet de loi lors de son allocution dans le cadre des premières rencontres parlementaires sur la société de l'information¹³. Cet avant-projet « ne se borne pas à la seule transposition de la directive mais entend maintenir et renforcer les principes fondamentaux de la loi du 6 janvier 1978 ». La ministre de la justice annonça quatre orientations principales :

1. Le renforcement des droits fondamentaux des personnes (droit d'information, droit d'opposition).
2. La simplification des formalités préalables de mise en œuvre des traitements courants de données personnelles.
3. Le renforcement des pouvoirs de la CNIL qui devra compenser la diminution de ses activités de contrôles préalables par une augmentation des contrôles a posteriori.
4. La reconnaissance du rôle spécifique qui doit être joué par les acteurs du réseau dans le mécanisme de co-régulation.

Concernant le second point, la ministre annonça la suppression de la distinction des formalités préalables applicables basée sur le seul critère de la nature du responsable de traitement, secteur public ou secteur privé. Elle rejoint ainsi les analyses du rapport BRAIBANT : « C'est cette *summa divisio* que remet en cause la directive européenne d'octobre 1995¹⁴ ». L'article 15 de la loi française du 6 janvier 1978 dispose que les traitements mis en œuvre pour le compte du secteur public requièrent un « avis favorable », autant dire une autorisation, de l'autorité de contrôle tandis que l'article 16 soumet les traitements du secteur privé à une simple déclaration préalable auprès de la CNIL. Selon la ministre, les formalités préalables définies par la future loi, déclaration ou autorisation, s'apprécieront en fonction de la finalité du

13• « Internet, la révolution numérique crée-t-elle une révolution juridique ? » discours de M^{me} Elisabeth Guigou, Garde des sceaux, ministre de la justice, Premières rencontres parlementaires sur la société de l'information et l'Internet, Colloque à l'Assemblée nationale, mardi 5 octobre 1999. Voir en particulier le passage sur le projet de réforme p. 7 et 8 du discours disponible à l'adresse http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/loi78-17/Discours_Guigou.pdf

14• « Les règles et les droits », page 16 du rapport de Guy Braibant.

traitement et de la nature des données traitées. Cette précision est importante, l'article 18 de la directive européenne prévoyant que la désignation d'un détaché à la protection des données dispense des formalités de déclaration auprès de l'autorité de contrôle nationale. C'est la nouvelle loi nationale qui définira la nature des traitements qui entreront dans le périmètre du futur correspondant.

1.3.2.3 La loi française du 6 août 2004

Il s'écoula encore de nombreuses années avant que la directive européenne 95/46 CE soit transposée en droit français comme en atteste l'historique¹⁵ des navettes entre l'Assemblée nationale et le Sénat. Après une décision finale du Conseil constitutionnel, la loi¹⁶ est adoptée le 6 août 2004. Il ne s'agit pas d'une nouvelle législation ; le texte modifie la toute première loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 qui avait donné entière satisfaction, tout en la remaniant profondément. La conservation de la loi de 1978 recèle une forte portée symbolique.

Un allègement du contrôle des traitements de l'Etat et une plus grande focalisation sur le secteur privé

Le premier rapport¹⁷ de la commission des lois de l'Assemblée nationale remis en janvier 2002 reconnaît le principe d'égalité devant la nouvelle loi des traitements du secteur public et du secteur privé, le danger représenté par certains traitements mis en œuvre par le secteur public justifiant une procédure d'autorisation de la CNIL là où la loi du 6 janvier 1978 ne prévoit qu'une simple déclaration. Le rapport observe cependant que l'Union Européenne n'a pas compétence pour les traitements dits de « souveraineté » liés à la sécurité et à la défense, ceux-ci étant du seul ressort des États : une égalité de principe entre secteur public et privé.

A la différence des dispositions de la loi du 6 janvier 1978, qui détermine si le responsable du traitement relève de la procédure de la déclaration préalable ou de l'autorisation selon qu'il appartient au secteur privé

15• Le site de l'Assemblée nationale retrace les travaux des commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat ainsi que les examens en première et seconde lecture des deux assemblées – disponible à l'adresse <http://www.assembleenationale.fr/12/dossiers/cnil.asp>

16• Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés – disponible à l'adresse :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000441676&dateTexte=>

17• Examen en première lecture de l'Assemblée nationale. Rapport n° 3526 de la commission des lois déposé le 9 janvier 2002 par M. Gérard Gouzes, député - disponible à l'adresse <http://www.assembleenationale.fr/11/rapports/r3526.asp>

ou public, la directive 95/46 a retenu un critère « horizontal », que le rapport de M. Guy BRAIBANT au Premier Ministre qualifie de « conceptuel ».

En effet, si elle maintient la distinction de principe entre le régime de « notification » et celui « d'examen préalable » par l'autorité indépendante, elle prévoit, dans son article 20, que les Etats membres doivent préciser les traitements « susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et des libertés des personnes concernées et veillent à ce que ces traitements soient examinés avant leur mise en œuvre ». Ce faisant, la directive bouleverse le fondement même de la loi du 6 janvier 1978 en mettant sur un pied d'égalité le secteur public et le secteur privé. Tous deux seront désormais soumis aux mêmes régimes juridiques : celui de droit commun prévoyant une simple déclaration préalable des traitements ; celui, exceptionnel, de l'autorisation préalable, uniquement pour les traitements qui peuvent présenter un danger pour les libertés.

A cet égard, la directive constitue un indéniable progrès car, si la menace du « Léviathan informatique » demeure, comme en 1978, certains usages privés des traitements de données à caractère personnel n'apparaissent pas moins menaçants, de sorte qu'un examen préalable par l'autorité de contrôle semble également justifié. Toutefois, l'assimilation des secteurs privé et public n'est pas totale puisque les traitements de données dits de « souveraineté », comme ceux mis en œuvre par les ministères de la défense ou de l'intérieur, qui soulèvent des difficultés particulières, tenant, notamment, à la nécessité du secret, ne sont pas concernés par les dispositions de la directive. En effet, celle-ci ne s'applique qu'aux traitements qui relèvent du champ de compétence de l'Union européenne, ce qui exclut, notamment, les traitements de cette nature.

Cette dernière remarque débouchera sur l'adoption de l'article 26 de la nouvelle loi qui soumet les traitements qui intéressent la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique ainsi que ceux liés aux infractions à une autorisation des ministres compétents, la CNIL n'étant sollicitée que pour « émettre un avis motivé ».

On assiste là à un déplacement des activités de contrôle a priori de la CNIL du secteur public vers le secteur privé. Le recentrage vers le secteur privé ne s'applique pas qu'aux contrôles préalables.

La loi de 2004 confèrera de nouveaux pouvoirs de sanction à l'autorité de contrôle. La CNIL pourra prononcer des sanctions financières à l'encontre des responsables de traitements ne respectant pas la loi et faire publier la sanction prononcée au frais du fautif en cas de mauvaise foi (article 45 de la loi modifiée).

Lors de l'examen du texte en première lecture par le Sénat, la commission des lois du Sénat au travers son rapporteur Alex TÜRK proposa dans

son rapport¹⁸ de ne pas soumettre aux sanctions prévues par l'article 45 de la nouvelle loi les traitements relevant de l'article 26. Le législateur a limité par un amendement les pouvoirs de sanction de la CNIL lorsque le responsable du traitement est l'Etat. Ainsi la CNIL ne peut sanctionner financièrement l'Etat (1° de l'article 45 de la loi), l'amendement se fondant sur l'absence de personnalité morale de la CNIL ; l'Etat ne saurait être condamné à se verser une amende à lui-même. De même, pour les traitements de sécurité et d'infractions mis en œuvre par l'Etat (mentionnés au I et II de l'article 26), la CNIL ne peut décider de l'interruption de la mise en œuvre d'un traitement prévu au 1° de l'article 45, ni décider du verrouillage des données de ce traitement prévu au 2° du même article.

Enfin, le Sénat a fait supprimer une disposition du projet de loi qui prévoyait pour ce type de traitements la saisine du premier ministre par la CNIL en cas de violation constatée de la loi, avec obligation pour le Premier Ministre de répondre publiquement dans les quinze jours des suites données à cette saisine. Le 3° de l'article 45 dispose que le Premier Ministre doit être « informé » et non plus saisi par la CNIL en cas de violation pour les traitements de l'Etat relatifs à la sécurité et aux infractions. La réponse du Premier Ministre n'est pas publique mais réservée à la CNIL. Le Sénat considère que « la CNIL demeure libre d'informer par le biais de son rapport annuel des signalements effectués à l'attention du Premier Ministre et des suites que celui-ci y a apporté ».

Dans l'exposé général du rapport d'examen en première lecture par le Sénat, Alex TÜRK identifie la menace de « milliers de Big brother privés potentiels » en raison du « développement considérable de l'informatique au sein des entreprises ». C'est cette nouvelle menace que la loi modifiée de 2004 s'attache à circonscrire, alors que la loi initiale de 1978 visait essentiellement à encadrer les traitements de l'Etat à la suite de l'émoi suscité par le projet SAFARI révélé par le quotidien Le Monde¹⁹.

Un déplacement des activités de contrôle a priori de la CNIL vers du contrôle a posteriori

Dans le premier rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale, lors de l'examen de l'article 22 du projet de loi relatif aux formalités préalables de déclaration, ne figure aucune mention du détaché à la protection des données mentionné à l'article 18 de la directive européenne 95/46. Il faut attendre

18• Examen en première lecture par le Sénat. Rapport n° 218 (2002-2003) de M. Alex Türk, fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 19 mars 2003 - disponible à l'adresse <http://www.senat.fr/rap/102-218/102-218.html>

19• Article de Philippe Boucher dans Le Monde daté du 21 mars 1974. Extrait disponible à l'adresse <http://www.delis.sgdg.org/menu/nir/PresseLeMonde19740321.pdf>

l'examen de l'article 67 du projet de loi relatif aux « Traitements de données à caractère personnel aux fins de journalisme et d'expression littéraire et artistique » pour voir apparaître une référence au détaché appelé délégué. Suivant en cela les recommandations du rapport BRAIBANT et de la CNIL, le premier rapport de la commission des lois approuve l'exonération de déclaration pour ces traitements afin de garantir la liberté d'expression artistique et journalistique en contrepartie de la désignation d'un « délégué à la protection des données » chargé de tenir un registre et de veiller à l'application de la loi. Le député Gérard GOUZES suggéra cependant de modifier la dénomination prévue dans le projet de loi pour cette fonction afin qu'elle ne puisse être perçue comme rattachée hiérarchiquement à la CNIL. Il proposa le terme de correspondant ce qui fut adopté par la commission des lois au travers de l'amendement 44 : « votre rapporteur, pour lever l'ambiguïté qui ferait considérer ces personnes comme des délégués de la CNIL, préférerait que soit employé le terme de correspondants ».

En première lecture par le Sénat, la commission des lois au travers son rapporteur Alex TÜRK proposa lors de l'examen de l'article 22 de la loi modifiée d'étendre le dispositif du correspondant ou détaché à la protection des données prévu à l'article 18-2 de la directive européenne à l'ensemble des organismes : « Votre commission des Lois vous propose de prévoir une troisième exception et de dispenser de déclaration les traitements pour lesquels le responsable a désigné un correspondant à la protection des données à caractère personnel chargé d'assurer d'une manière indépendante l'application des obligations prévues au présent chapitre et de tenir un registre des traitements effectués ».

Alex TÜRK souhaite mettre en place un réseau de correspondants sur le modèle anglo-saxon des « Company Privacy Officers » pour coopérer avec la CNIL. Il relève dans son rapport les bénéfices apportés par ces fonctions existantes dans d'autres pays à travers le monde et dans le secteur public français, soulignant que des entreprises publiques récemment privatisées ont choisi de conserver cette fonction dans leur organisation. Pour répondre aux inquiétudes du rapport BRAIBANT sur l'abandon par la CNIL d'une partie de ses missions de contrôle, il suggère que la CNIL « encadre les allègements de formalités », la désignation étant portée à la connaissance de la CNIL. Elle pourra révoquer un correspondant ayant manqué à ses devoirs. Afin de garantir l'indépendance du correspondant, il propose les modifications suivantes : « Il ne pourra faire l'objet d'aucune sanction de la part de l'employeur du fait de l'accomplissement de ses missions, et pourra saisir la Commission nationale de l'informatique et des libertés des difficultés qu'il rencontre dans l'exercice de ses attributions ».

L'examen en seconde lecture du projet de loi par l'Assemblée nationale intégrera les propositions d'Alex TÜRK : « Une innovation majeure : la dispense

de toute formalité préalable au profit des organismes ayant désigné un correspondant à la protection des données ». Les organismes publics ou privés qui désigneront un correspondant à la protection des données seront dispensés de déclarer à la CNIL leurs traitements informatiques. Cette dispense ne s'applique pas aux traitements soumis à autorisation. Le rapport²⁰ de la commission des lois de l'Assemblée nationale précise que le correspondant exerce ses fonctions de manière indépendante et qu'il devra bénéficier des qualifications requises pour exercer sa mission, qualifications qui seront définies par décret. Il devra « tenir un registre des traitements effectués immédiatement accessible à toute personne en faisant la demande ». Le second examen du projet de loi transfère les formalités de contrôle préalable des traitements soumis à déclaration de la CNIL vers le correspondant. Ce faisant, l'autorité de contrôle dégagera des ressources mobilisées par le contrôle a priori pour les consacrer à des missions de contrôles a posteriori. Le renforcement des missions de contrôles et des pouvoirs de sanctions de la CNIL constitue avec l'introduction du correspondant l'une des principales modifications de la loi informatique et libertés.

Le Conseil constitutionnel valide la modification de la loi

Alex TÜRK qui venait d'être élu à la présidence de la CNIL en février 2004 fut également le rapporteur de la commission des lois du Sénat pour l'examen en seconde lecture du projet de loi.

Le second rapport²¹ n'apporta pas de modification à ce projet mais précisa que la dispense de déclaration liée à la désignation d'un correspondant s'appliquera également aux déclarations simplifiées (déclaration de conformité à une norme simplifiée de la CNIL). Le Sénat adopta le projet de loi définitif²² le 15 juillet 2004.

Le Conseil constitutionnel fut cependant saisi²³ à l'initiative d'une soixantaine de députés et de sénateurs de l'opposition mettant en cause les articles 8, 9, 21, 22 et 26 de la loi. Les requérants invoquèrent l'article 2 de la déclaration

20• Examen en seconde lecture par l'Assemblée nationale. Rapport n° 1537 du 13 avril 2004 de la commission des lois de l'Assemblée nationale de Francis Delattre, député – disponible à l'adresse http://www.assembleenationale.fr/12/rapports/r1537.asp#P238_60243

21• Examen en seconde lecture au Sénat. Rapport n° 367 (2003-2004) de M. Alex TÜRK, fait au nom de la commission des lois, déposé le 23 juin 2004 – disponible à l'adresse : <http://www.senat.fr/rap/l03-367/l03-367.html>

22• Projet de loi définitif adopté le 15 juillet 2004 modifiant la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés – disponible à l'adresse : <http://www.senat.fr/pl/108-0304.pdf>

23• Saisine du Conseil constitutionnel en date du 20 juillet 2004 - disponible à l'adresse <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004499/saisine1.pdf>

des droits de l'homme et du citoyen de 1789 impliquant le respect de la vie privée ainsi que l'article 34 de la Constitution qui dispose que le législateur a seul compétence pour « fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » pour contester ces articles.

- Ils présentent l'article 22 instituant le régime du correspondant comme « un recul par rapport aux garanties légales qu'offrait la loi de 1978 » car elle réduit le contrôle exercé sur les traitements et confie ce rôle à une personne dont l'indépendance ne peut être garantie et constatent que « le législateur a privé de garantie légale le droit à la vie privée et la liberté individuelle ».

- Le même grief de recul des garanties légales est fait à l'article 26 disposant que les traitements « les plus sensibles » (ceux mis en œuvre pour le compte de l'Etat et intéressant la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique) seront autorisés par arrêté des ministres après avis de la CNIL là où la loi de 1978 prévoyait une autorisation de la CNIL.

Le Conseil constitutionnel a rendu une décision²⁴ de conformité à la Constitution de tous les articles mis en cause à l'exception du 3° de l'article 9 qui prévoyait la possibilité de mise en œuvre de

« traitements de données à caractère personnel relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté par (...) - 3° Les personnes morales victimes d'infractions ou agissant pour le compte desdites victimes pour les stricts besoins de la prévention et de la lutte contre la fraude ainsi que de la réparation du préjudice subi, dans les conditions prévues par la loi ».

Le Conseil constitutionnel considère :

- Que le dispositif du correspondant prévu à l'article 22 a pour vocation d'exonérer les traitements des formalités de déclaration mais qu'il « ne les soustrait pas aux autres obligations résultant de la loi déferée » ; que le correspondant doit disposer des qualifications requises et qu'il ne peut faire l'objet de sanction de la part de son employeur.

- Que l'article 26 « se borne à substituer à un avis conforme du Conseil d'État en cas d'avis défavorable de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, un arrêté ministériel pris après avis motivé et publié de la Commission (...) concomitamment à l'arrêté autorisant le traitement ». La modification de la loi informatique et libertés transposant la directive européenne 95/46 CE et instaurant le correspondant à la protection des données à caractère personnel au III de l'article 22 était enfin définitivement

24• Décision N° 2004-499 DC du Conseil constitutionnel en date du 29 juillet 2004 – disponible à l'adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/-2004499dc.pdf>

adoptée le 6 août 2004. Elle renforçait également les pouvoirs de contrôles et de sanctions de la CNIL envers les entreprises du secteur privé, tout en réduisant les prérogatives de l'autorité de contrôle sur les traitements mis en œuvre pour le compte de l'Etat, en particulier au travers l'adoption de l'article 26.

1.3.2.4 Le décret d'application du 20 octobre 2005

L'adoption de la loi en août 2004 ne permettait pas encore aux organismes de désigner un correspondant. Il fallut attendre plus d'un an la publication d'un décret d'application²⁵ précisant les modalités d'application de la loi.

Si le III de l'article 22 ne fournit que peu d'informations sur la procédure de désignation et les missions du correspondant, le décret comporte une quinzaine d'articles dans son Titre III, « des correspondants à la protection des données » :

- articles 52 à 55 précisent les conditions dans lesquelles il peut être mis fin aux fonctions du correspondant.
- l'article 56 est spécifique au correspondant appartenant à un organisme de presse écrite ou audiovisuelle.

La publication du décret d'application laisse dans l'ombre le statut du correspondant. Le décret ne lui confère pas le statut de salarié protégé ni aucun statut spécifique permettant de garantir l'indépendance définie par la loi. L'article 53 précise que le responsable des traitements doit saisir la CNIL avant toute décharge du correspondant, la CNIL émettant un avis dans un délai d'un mois sans que rien n'indique que l'avis de la CNIL soit contraignant. Ce flou constitue sans nul doute le plus grand frein au développement de la fonction de correspondant. Les entreprises craignent les difficultés qu'elles auraient à décharger un correspondant si la collaboration avec celui-ci ne donnait pas satisfaction. De même les personnes sollicitées pour exercer cette fonction hésitent à franchir le pas, de peur de se trouver en porte-à-faux entre le responsable des traitements et l'autorité de contrôle.

1.4 L'avenir

1.4.1 Evolution de la directive « vie privée »

A la suite de la consultation lancée le 9 juillet 2009 par la Commission européenne afin de recueillir avis et conseils sur l'éventuelle modification du cadre législatif concernant la protection des Données à caractère personnel

25• Décret N° 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi N°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés – disponible à l'adresse http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20051022&numTexte=31&pageDebut=16769&pageFin=16778

(ci-après indiqué sous la forme DCP) par rapport aux récentes évolutions des technologies de l'information et de la globalisation, le groupe de l'article 29 (G29 cf. supra 1.2) et le groupe police et justice ont conjointement reporté sur cette question.

1.4.1.1 – Historique du cadre légal

La Convention 108 du Conseil de l'Europe²⁶ constitue le texte fondateur concernant la protection des DCP en Europe. Cette protection s'apparente, sans en être l'unique élément, au droit au respect de la vie privée institué par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH ou ECHR en anglais).

Ce droit à la protection des Données à caractère personnel (DCP) a été reconnu en tant que tel dans l'article 8 de la Charte européenne des droits fondamentaux.

Les principes énoncés dans la Convention 108 ont été repris et complétés dans la directive 95/46/CE²⁷ qui constitue aujourd'hui le principal cadre légal en matière de protection des DCP en Europe.

D'autres textes, spécifiques, régissent des domaines particuliers. C'est le cas du règlement (EC) Nr. 45/2001²⁸ régissant la gestion de DCP dans les institutions communautaires, de la Directive vie privée et communications électroniques²⁹ et de la décision 2008/977/JHA³⁰ sur la protection des DCP dans le domaine de la police et de la coopération judiciaire.

L'article 16 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne (TFEU)³¹ ou traité dit de Lisbonne a introduit une nouvelle base légale permettant de traiter des questions de protection des données personnelles dans tous les domaines, qu'ils soient publics ou privés : police, affaires étrangères ou

26• ETS No. 108, 28.01.1981.

27• Directive 95/46/EC du Parlement européen et du Conseil de l'Europe du 24 octobre 1995 : "the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data", OJ 1995, L 281, p. 31.

28• Réglementation (EC) No 45/2001 du Parlement européen et du Conseil de l'Europe du 18 décembre 2000 sur : "the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data", OJ 2001, L 8, p. 1.

29• Directive 2002/58/EC du Parlement européen et du Conseil de l'Europe du 12 July 2002 concernant : "the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications)", OJ 2002 L 201, p. 37 ; révisée par la Directive 2009/136/EC du Parlement européen et du Conseil de l'Europe du 25 novembre 2009.

30• Décision 2008/977/JHA du Conseil de l'Europe du 27 novembre 2008 sur : "the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters" OJ 2008 L 350, p. 60, devant être transpose dans les législations nationales avant le 27 novembre 2010.

31• TFEU : Treaty on the Functioning of the European Union. Article 16 : 'Chacun a le droit à la protection des données le concernant.

intracommunautaires, coopération judiciaire. Cela constitue une nouveauté et un nouvel élan pour ce droit fondamental.

Enfin, le programme multi-annuel de l'UE dit « Programme de Stockholm »³² s'intéresse également à ces questions sous l'angle de la protection des libertés publiques.

1.4.1.2 - *De lege ferenda*

Il apparaît qu'il serait utile à l'avenir d'évoluer afin de :

- Clarifier un certain nombre de concepts tels que le consentement et la transparence
- Introduire de nouveaux principes tels que le « privacy by design » (prise en compte de la protection de la vie privée dès la conception des produits/services) et l'« accountability » (justification de leurs actions par les responsables de traitements).
- Alléger les procédures administratives.
- Intégrer les questions touchant à la police et à la coopération judiciaire dans un cadre légal unique.
- Maintenir la libre circulation dans l'enceinte du marché unique.
- Assurer un haut niveau de protections des DCP dans les 27 pays formant l'Union.
- Compléter par des régimes spécifiques à des secteurs particuliers (lutte anti-blanchiment³³, douane, police des frontières, etc.).

La nécessité d'un nouveau cadre légal

L'utilisation de plus en plus en systématique des DCP dans le cadre des opérations de police et de coopération judiciaires internationales (Affaire du PNR³⁴ et de Swift) souligne les limites de l'approche verticale de la question et incline plutôt à une approche transversale (c'est-à-dire sans distinction de sujet) tel que le suggère l'article 16 du nouveau Traité de fonctionnement de l'Union européenne (TFEU).

Les grands principes contenus dans la Directive 95/46/CE (licéité, loyauté, proportionnalité, finalité, transparence, droits d'accès et indépendance des autorités de contrôle nationales) doivent être réaffirmés.

32• Une Europe sécurisée et ouverte servant et protégeant le citoyen devant être approuvée prochainement par le Conseil de l'Europe.

33• Directive 2005/60/EC du Parlement européen et du Conseil de l'Europe du 26 octobre 2005 sur : “the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing”, OJ 2005, L 309, p. 15.

34 • PNR : Passenger Name Record ou dossiers des passagers aériens. Décision de la Commission du 14 mai 2004, <http://www.droit-technologie.org/upload/legislation/doc/173-1.pdf>

Des règles spécifiques au niveau sectoriel mais également national sont envisageables dès lors qu'elles s'inscrivent dans le prolongement et non en rupture du cadre général qui reste à définir.

Le contexte de globalisation

Si le droit au respect de la vie privée est reconnu comme un droit fondamental en Europe, ça n'est pas toujours le cas hors de nos frontières. La question du droit applicable et des moyens de recours des DCP traitées en dehors de l'UE demeure parfois sans réponse claire et mérite d'être améliorée.

Standard international et résolution de Madrid

La résolution adoptée le 6 novembre 2009 à Madrid³⁵ reprend les principes généraux communs devant servir de support à l'établissement de standards internationaux. Cette résolution pourrait être la base d'une réflexion de la Commission sur l'établissement de règles internationales contraignantes et devrait également favoriser la coopération des autorités de contrôle.

Binding corporate rules (*Règles internes contraignantes d'entreprises*)

Afin d'améliorer la procédure d'acceptation des BCR qui requiert (article 26 de la Directive 95/46/CE) l'accord de chacun des états membres impartis, une procédure de « reconnaissance mutuelle » a permis à 19 Etats de l'UE de valider automatiquement les BCR acceptées par les autres signataires. Les rédacteurs proposent que ces BCR soient dans le nouveau cadre légal reconnues comme un outil standard afin d'assurer un niveau de protection adéquat et standardisées.

Privacy by design (PbD)

L'article 16 de la Directive 95/46/CE exige déjà que le système d'information assure « la confidentialité des traitements » et l'article 17 précise en outre que « le responsable de traitement doit prendre les mesures techniques et organisationnelles appropriées » dans cette optique. Les rédacteurs proposent de rendre obligatoire le principe de prise en compte de la protection des DCP au moment de la conception des systèmes d'information et que certains principes soient respectés lors de la conception de tout système d'information traitant des DCP :

- Minimiser par défaut le volume de DCP collectées.
- Faciliter l'auto-protection des DCP par l'utilisateur final.
- Informer l'utilisateur de manière suffisante sur les moyens et la finalité du système informatique.
- Rendre ce système convivial pour l'utilisateur.

35• Proposition commune sur les standards internationaux pour la protection de la vie privée adoptée par la Conférence internationale des commissaires à la protection des données et de la vie privée le 6 novembre 2009.

- Assurer la sécurité du système afin que seules les personnes habilitées puissent accéder aux données.
- Assurer que les données demeurent toujours techniquement accessibles.
- Eviter que le système n'utilise les données pour un autre but que celui défini à l'origine.
- S'assurer que les mêmes données utilisées pour des objectifs différents soient bien traitées de manière séparée.

Les rédacteurs proposent également que la protection des DCP devienne un élément à part entière de la formation des professionnels de l'informatique. A cet égard, la profession est précurseur de par l'introduction d'un module informatique et libertés dans le cadre du stage futur notaire.

Accroître les droits des « citoyens numériques »

– Droit de recours

La possibilité des procédures de « class action » (action de groupe) devrait être introduite dans la Directive. Les autorités de contrôle devraient définir des procédures de plaintes plus accessibles aux citoyens du point de vue financier et procédural. Différents moyens de résolution amiables puis judiciaires devraient être proposés aux citoyens. Le droit d'accès devrait pouvoir être exercé sans limite de frontière comme le propose la Convention 108.

– Droit à la transparence

L'obligation d'informer sur les moyens et les finalités du traitement tel qu'édicté aux articles 10 et 11 de la Directive 95/46/CE n'étant pas toujours bien respectée doit être renforcée. Un droit d'information sur les failles de sécurité (data breach) impliquant des DCP devrait être introduit (cf. #1.4.3).

– Obligation de recueil du libre consentement

Décrit par l'article 7 et 8 de la Directive 95/46/CE, il constitue un élément de légitimation préalable à tout traitement, mais pas toujours bien respecté ni exercé de manière entièrement libre et ce notamment dans le cadre professionnel. Il convient que ce consentement soit clairement présenté et de manière compréhensible à celui qui va devoir le donner.

– Harmoniser les législations

La Directive 95/46/CE faisant l'objet d'interprétations et de transpositions qui ne sont pas identiques dans les pays membres, les garanties pour les citoyens s'en trouvent affaiblies. Un effort d'harmonisation est donc nécessaire pour renforcer les droits de tous les citoyens.

– Protéger le citoyen sur Internet

Le champ de la Directive 95/46/CE ne couvre pas la publication de DCP sur Internet par les citoyens à des fins privées ni l'activité des sociétés qui leur permettent de le faire. En outre, la question de l'exercice des

droits et de l'étendue de ces droits (à l'oubli par exemple) demeure absente de la directive actuelle. Les garanties manquent dans ce domaine et le statut de l'internaute doit être clarifié.

Renforcer la responsabilité des responsables de traitement

Un travail de clarification du partage de responsabilité entre client et prestataires est en cours d'élaboration au sein du G29.

– Intégrer la culture « protection des DCP » au sein des organisations

L'article 17 de la Directive 95/46/CE qui oblige le responsable de traitement à mettre en oeuvre des « mesures organisationnelles appropriées » n'est pas suffisamment appliqué.

Il s'agit de sensibiliser les dirigeants à cette question souvent négligée. Mais également de diffuser la culture de protection des DCP à tous les échelons et dans tous les services de l'entreprise.

Cette intégration passe aussi par la mise en place :

- de procédures internes approuvées au plus haut niveau,
- d'audit et de certification de ces procédures par des tiers,
- de la désignation de responsables directs sur cette question (Correspondant informatique et libertés ou CIL),
- d'évaluation des risques pour les incidents mettant en cause les données les plus sensibles,
- de politiques d'information vis à vis du public concerné par ces incidents.

– Introduire le principe « d'accountability » (responsabilité)

Il consisterait à imposer aux responsables de traitements (ci-après désignés sous la forme RT) d'être capables de faire la démonstration (aux actionnaires et aux autorités de contrôle) que toutes les mesures « adéquates » ont été prises pour protéger les DCP, obliger les RT à mettre en place les outils et les bonnes pratiques nécessaires pour atteindre cet objectif et pourquoi pas promouvoir leur mise en place par une politique de récompenses.

Une nouvelle mouture de l'article 17 pourrait proposer deux types de mesures contraignantes pour les RT :

– Proactives : en définissant des objectifs à atteindre et en suggérant la mise en place de bonnes pratiques.

– Réactives : en obligeant à la notification des failles de sécurité et en renforçant les pouvoirs des autorités de contrôle telles que la CNIL.

– Simplifier les formalités déclaratives

Seuls les traitements présentant un risque réel sur la protection des DCP feraient alors l'objet de formalités. La procédure de déclaration pourrait également être standardisée. L'ensemble de ces déclarations pourraient être

centralisées dans un registre commun à tous les RT et maintenu par l'autorité de contrôle (ou par le CIL).

Clarifier le rôle des autorités de contrôle

Il existe à ce jour des différences notables entre les autorités de contrôle des 27 pays membres (au niveau moyens et positionnement par exemple) et ceci pour des raisons qui tiennent :

- à l'histoire et à la culture notamment juridique des pays,
- à l'organisation administrative de ceux-là,
- au manque de précision de l'article 28 de la Directive 95/46/CE qui est censé les organiser.

L'idée consisterait à garantir à toutes les autorités de contrôle une indépendance institutionnelle, fonctionnelle et matérielle, à leur permettre d'infliger des sanctions financières et à leur accorder un rôle consultatif au niveau des projets législatifs et réglementaires.

Coopération au niveau européen

Le groupe institué par l'article 29 de la Directive 95/46/CE est aujourd'hui la seule instance de coopération des autorités de contrôle européenne. Il conviendrait que la coopération soit institutionnalisée dans les domaines de police et de coopération judiciaire et que d'ores et déjà elle s'établisse entre le G29 et le groupe police et justice.

Des améliorations organisationnelles pourrait également être apportées :

- Rapprocher le secrétariat de la présidence du G29.
- Approfondir les relations avec la commission en définissant mieux les rôles de chacun.
- Accorder des moyens financiers suffisants au G29.

Le défi de la protection des DCP dans le domaine des enquêtes de Police

C'est un domaine qui exige des mesures spécifiques afin de prendre en compte l'équilibre entre les impératifs divergents de la sécurité et de la protection de la vie privée. On constate dans ce domaine une utilisation grandissante de DCP sur un panel de gens de plus en plus étendus qui ne sont pas forcément en rapport direct avec des faits délictueux. C'est le cas des passagers ou des usagers de paiements internationaux par exemple.

En outre, ces DCP font l'objet de traitements de plus en plus sophistiqués en terme de recoupement et d'analyse prédictive de comportement. (profilage et datamining). Les polices ne s'appuient plus seulement dans leurs investigations et leurs mises en cause sur des données brutes et objectives (hard data) mais également sur des données d'analyse et d'évaluation (soft data), posant ainsi le problème de leur licéité et de leur fiabilité. Elles ont de plus en plus recours à des données d'origine privée (banque, compagnie aérienne)

collectées à l'origine pour des buts tout à fait différents, contredisant les principes posés par l'article 3 de la Directive 95/46/CE sur la finalité d'un traitement.

Les risques en matière d'atteinte à la vie privée sont protéiformes :

- surveillance généralisée,
- stigmatisation des personnes ayant un certain profil,
- surveillance très poussée de par le développement de la biométrie et des technologies liées à l'ADN (génétique).

1.4.2 Rapport sénatorial mars 2009³⁶

Le rapport d'information formule quinze recommandations pour mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure des nouvelles mémoires numériques et renforcer ainsi la confiance des citoyens à l'égard de la société de l'information et faire du citoyen un *homo numericus* libre et éclairé, protecteur de ses propres données.

On peut résumer ces recommandations ainsi :

- Renforcer la place accordée à la sensibilisation aux questions de protection de la vie privée et des données personnelles dans les programmes scolaires.
- Promouvoir l'organisation et le lancement d'une campagne d'information à grande échelle destinée à sensibiliser les citoyens aux enjeux liés à la vie privée et à la protection des données à l'heure du numérique ainsi qu'à les informer des droits que leur reconnaît la loi « informatique et libertés ».
- Promouvoir rapidement la création de labels identifiant et valorisant des logiciels, applications et systèmes offrant des garanties renforcées en matière de protection des données personnelles.
- Créer une redevance, de faible montant, acquittée par les grands organismes, publics et privés, qui traitent des données à caractère personnel.
- Déconcentrer les moyens d'actions de la CNIL par la création d'antennes interrégionales.
- Renforcer la capacité d'expertise et de contrôle de la CNIL.
- **Rendre obligatoires les correspondants informatique et libertés pour les structures publiques et privées de plus de cinquante salariés.**
- Rendre publiques les audiences et les décisions de la formation restreinte de la CNIL.

36• cf. La vie privée à l'heure des mémoires numériques. Pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information : Rapport d'information n° 441 (2008-2009) de M. Yves Détraigne et M^{me} Anne-Marie Escoffier, fait au nom de la commission des lois, déposé le 27 mai 2009 : http://www.senat.fr/rap/r08-441/r08-441_mono.html

- Soutenir la dynamique en cours tendant à la définition de standards internationaux dans le domaine de la protection des données personnelles.
- Affirmer sans ambiguïté que l'adresse IP constitue une donnée à caractère personnel.
- Créer a minima une obligation de notification des failles de sécurité auprès de la CNIL.
- Réunir sous une seule autorité, la CNIL, les compétences d'autorisation et de contrôle en matière de vidéosurveillance.
- Réserver au législateur la compétence exclusive pour créer un fichier de police.
- Réfléchir à la création d'un droit à « l'hétéronymat » et d'un droit à l'oubli
- Inscrire dans notre texte constitutionnel la notion de droit au respect de la vie privée.

1.4.3 Proposition de loi³⁷

Le sénateur Yves DÉTRAIGNE lors du Petit-Déjeuner Débat qui s'est déroulé au nouveau siège de Microsoft France en septembre 2009 déclarait :

« Nous regrettons le faible nombre de CIL dans la sphère publique, alors que cette formule a prouvé son efficacité. Nous faisons une analyse similaire pour les interlocuteurs CADA³⁸. Si rien ne change il est donc naturel de réfléchir à rendre le *correspondant* obligatoire ».

Ceci le conduit tout naturellement à déposer une proposition de loi reprenant plusieurs recommandations du rapport sénatorial de juin 2009 :

- l'article 3 rend obligatoires les correspondants « informatique et libertés »,
- l'article 6 renforce les obligations d'information du responsable du traitement,
- l'article 7 précise l'obligation de sécurisation des données incombant au responsable du traitement (obligation d'information sur les brèches de sécurité),
- l'article 8 facilite l'exercice du droit d'opposition,
- l'article 10 rend publiques les audiences de la formation restreinte de la CNIL,
- l'article 11 rend plus aisée la publicité des sanctions les plus graves prononcées par la CNIL,

37• Proposition de loi visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique Texte n° 93 (2009-2010) de M. Yves Détraigne et Mme Anne-Marie Escoffier, déposé au Sénat le 6 novembre 2009 : <http://www.senat.fr/leg/ppl09-093.html>

38• CADA : Commission d'Accès aux Documents Administratifs – Autorité administrative indépendante.

- l'article 12 renforce les pouvoirs de sanction de la CNIL.

Dans la foulée, le cabinet du sénateur nomme un rapporteur : M. Christian COINTAT. Il présente son rapport début mars 2010, pour un passage du texte en première lecture au Sénat le 23 mars 2010.

Le notariat n'est pas resté inactif ; en effet l'audition de M^e Bernard REYNIS, président de l'ADSN, accompagné de M. Xavier LECLERC, responsable du service correspondant à la protection des données de l'ADSN, par M. le sénateur Christian COINTAT, a eu lieu le 15 décembre 2009 :

- Présentation du CIL mutualisé de la profession et l'obligation de désigner un CIL (liée à la sensibilité des traitements mis en œuvre plus qu'à la taille de l'organisme).
- Attention attirée sur l'article 44 du décret d'octobre 2005 concernant le CIL mutualisé : cette disposition étant dérogatoire à la désignation facultative d'un CIL interne/externe prévu par la loi, il y a un danger de voir disparaître le CIL mutualisé dans le cadre d'un CIL obligatoire.
- Revoir ou faire disparaître le quota de cinquante personnes pour la désignation d'un CIL externe, cette disposition ne pouvant s'ajouter à celle de l'obligation de désignation.

Agenda

- Première lecture au Sénat le 23 mars 2010
- Navettes entre les deux assemblées parlementaires (importance d'une vigilance de la profession lors des débats et amendements)
- Vote de la loi
- Décret d'application

Il est envisageable que la loi soit applicable au plus tôt en mi 2011.

1.4.4 Petite Loi³⁹

Extraits et commentaires du rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Yves DÉTRAIGNE et M^{me} Anne-Marie ESCOFFIER visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique (visant à modifier la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés), par M. Christian COINTAT, sénateur, 24 février 2010.

Article 3 (art. 31-1 nouveau de la loi « informatique et libertés »)

Renforcement du correspondant « informatique et libertés »

L'article 3 crée un article 31-1 dans la loi « informatique et libertés » afin de :

39• Proposition de loi visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique adoptée par le Sénat le 23 mars 2010 – n°81 - <http://www.senat.fr/petite-loi-ameli/2009-2010/331.html>

- rendre obligatoires les correspondants «informatique et libertés» (CIL) lorsqu'une autorité publique ou un organisme privé recourt à un traitement de données à caractère personnel et que plus de cinquante personnes y ont directement accès ou sont chargées de sa mise en œuvre;
- mieux définir le rôle du CIL;
- conforter son statut;
- créer symboliquement, dans la loi «informatique et libertés», un chapitre et un article spécifiques consacrés au CIL.

Les CIL sont nés de la volonté du législateur, lors de l'examen du projet de loi qui a abouti à la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, de donner la possibilité aux entreprises et administrations publiques de désigner, en leur sein, des relais de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), garants du respect de la loi «informatique et libertés». Cette possibilité était ouverte par le point 2 de l'article 18 de la directive du 24 octobre 1995. En contrepartie, le législateur a décidé que les structures qui désigneraient un tel correspondant ne seraient plus tenues d'adresser leurs déclarations à la CNIL, le CIL étant chargé de recenser ces fichiers (article 22 de la loi «informatique et libertés»). Ces correspondants se sont mis en place peu de temps après la publication du décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005, soit à partir de 2005-2006.

Comme le souligne le rapport d'information précité, le bilan de l'action de ces correspondants apparaît pleinement satisfaisant tant ils ont permis la diffusion de la culture «informatique et libertés» dans les structures dans lesquelles ils ont été désignés mais également, symétriquement, la diffusion de la culture «administration» ou «entreprises» au sein de la CNIL. De même, le rapport d'information indique que, lors de leur audition, les représentants de la chambre de commerce américaine à Paris ont salué le rôle joué, dans l'administration fédérale américaine, des chief privacy officers (CPO), équivalents des correspondants aux pouvoirs plus étendus, et se sont réjouis du caractère obligatoire des correspondants en Allemagne, présentés comme des «facilitateurs» pour la bonne marche de l'entreprise. A cet égard, on peut noter que de nombreux autres pays européens ont rendu les correspondants obligatoires: citons en particulier la Suisse (il est obligatoire pour les organes fédéraux), la Hongrie (il est obligatoire pour certaines catégories d'acteurs tels que les institutions financières, les fournisseurs d'accès à Internet...) ou encore la Slovaquie (il est obligatoire pour toute entité de plus de cinq employés).

En France, les correspondants sont en augmentation constante: au 1^{er} janvier 2010, ils étaient 1466, regroupant quelque 5 951 organismes, compte tenu des possibilités de mutualisation, **dont la profession notariale qui**

regroupe aujourd'hui plus de 1 700 offices. Ils sont toutefois faiblement implantés dans les collectivités territoriales et les ministères comme l'a souligné M. Alex TÜRK, président de la CNIL, lors de son audition par la commission des lois le 5 novembre 2008. Cette situation résulterait d'une certaine hostilité des autorités publiques à l'égard de personnes reconnues comme indépendantes dans l'exercice de leurs fonctions, indépendance qui s'accorderait mal avec le principe d'obéissance hiérarchique très ancré dans la fonction publique.

En second lieu, l'article 3 de la proposition de loi vise à préciser le rôle et les fonctions du CIL ; en effet, l'article 22 de la loi « informatique et libertés » ne définit que très succinctement sa mission : « le correspondant est chargé d'assurer, d'une manière indépendante, le respect des obligations prévues dans la présente loi ». La proposition de loi complète ces dispositions en disposant que le CIL est également chargé d'« informer » l'ensemble des personnes travaillant pour le compte de l'autorité ou de l'organisme de la nécessité de protéger les données à caractère personnel.

En troisième lieu, l'article 3 de la proposition de loi conforte le statut du correspondant en subordonnant sa démission d'office à l'accord de la CNIL. Dans sa rédaction actuelle, l'article 22 de la loi « informatique et libertés » précise qu'« en cas de manquement à ses devoirs, le correspondant est déchargé de ses fonctions sur demande, ou après consultation de la CNIL ». Le texte remplace la consultation par un avis conforme de la CNIL afin que cette dernière puisse juridiquement s'opposer à une démission dont les positions – pourtant conformes à la loi « informatique et liberté » – « gênent » la direction ou le responsable de traitement de l'organisme privé ou de l'autorité publique. La CNIL pourra ainsi refuser une démission quand aucune faute ne peut être reprochée au CIL dans l'exercice de ses fonctions.

Enfin, la proposition de loi crée symboliquement, dans la loi « informatique et libertés », un chapitre et un article spécifiques dédiés au CIL. La loi de 1978 ne traite aujourd'hui de ce correspondant que de manière incidente, à l'article 22 consacré aux formalités préalables à la mise en oeuvre des traitements et aux possibilités d'exonération. En lui consacrant un chapitre et un article spécifiques, la proposition de loi entend conférer au CIL une visibilité dans la loi conforme à l'importance de sa mission. La commission a approuvé largement l'ensemble de ces modifications. Elle a considéré en particulier que le principe d'indépendance n'est pas incompatible avec le statut de la fonction publique, comme l'illustre la présence, dans les ministères, de corps d'inspection et de contrôle ou de comptables.

La commission a jugé fondées les craintes exprimées par certaines personnes entendues (M^e REYNIS et M. LECLERC de l'ADSN notamment) par le

rapporteur selon lesquelles la rédaction proposée par le texte pouvait laisser accroire que la mutualisation des CIL serait dorénavant exclue.

Rappelons en effet que le décret précité du 20 octobre 2005 prévoit, en son article 44, des possibilités de mutualisation à une double condition :

- que plus de cinquante personnes soient chargées de la mise en œuvre ou aient directement accès aux traitements ;
- que les structures aient entre elles un lien économique (par le biais de filiales, de groupements d'intérêt économique, d'organismes professionnels...).

En conséquence, la commission a précisé que la désignation obligatoire du CIL pouvait intervenir dans un cadre mutualisé. Elle a également rendu possible la mutualisation lorsque la création du CIL n'est pas obligatoire.

En troisième lieu, la commission a étendu le rôle du correspondant. D'une part, elle a indiqué que ce dernier est investi d'une mission d'information, ce que prévoit la proposition de loi, mais également de conseil auprès de l'ensemble des personnes travaillant pour le compte de l'autorité ou de l'organisme. D'autre part, elle a précisé l'obligation pour le correspondant de tenir une liste des traitements effectués, en indiquant qu'il devait régulièrement la mettre à jour compte tenu de la création de plus en plus fréquente de listes.

En quatrième lieu, la commission a rétabli le texte actuel de la loi « informatique et libertés » en matière de d'avis de la CNIL en cas de démission d'office du correspondant. Si la proposition de loi fait le choix d'un avis conforme, l'amendement préfère le terme actuel de consultation, c'est-à-dire d'avis simple, ce qui préserve une certaine souplesse de gestion pour les structures concernées par l'obligation de désigner un CIL et répond aux critiques selon lesquelles le CIL serait un « salarié protégé ».

Enfin, la commission a tenu à resserrer les liens entre la CNIL et les CIL, suivant en cela la logique de la proposition de loi elle-même qui a subordonné une démission d'office du CIL à l'accord de la CNIL.

Ont ainsi été prévues :

- la possibilité pour la CNIL de refuser la désignation d'un CIL qui ne présente pas de garanties suffisantes de compétence ; certes, la loi prévoit aujourd'hui que toute désignation d'un CIL s'accompagne d'une notification à la CNIL qui comprend, aux termes de l'article 42 du décret précité de 2005, « tout élément relatif aux qualifications ou références professionnelles du correspondant et, le cas échéant, de son préposé en rapport avec cette fonction ». Mais ni la loi ni le décret ne permettent à la CNIL de s'opposer à la désignation d'un correspondant. Or, il apparaît légitime que la CNIL puisse refuser la nomination d'un correspondant si ses compétences semblent fragiles, en particulier dans le domaine du droit, de l'informatique, du conseil et du management (le correspondant a un rôle d'information et d'audit de

l'organisme) ainsi que dans celui de la médiation et de la pédagogie (le correspondant vise à favoriser le dialogue entre le responsable du traitement, les personnes faisant l'objet du traitement et la CNIL) ;

- l'obligation pour le CIL de saisir la CNIL des difficultés qu'il rencontre ; aux termes de la rédaction actuelle de la loi (non modifiée par la proposition de loi), le correspondant « peut » saisir la CNIL des difficultés qu'il rencontre dans l'exercice de ses missions ; il est apparu préférable de prévoir une obligation et non une simple faculté ;

- l'obligation pour le CIL de transmettre à la CNIL son rapport annuel d'activité ; en effet, l'article 43 du décret précité de 2005 dispose que le CIL établit un bilan annuel de ses activités qu'il présente au responsable des traitements et qu'il tient à la disposition de la CNIL. La commission a jugé opportun de faire évoluer cette formulation en transmission obligatoire à la CNIL et d'inscrire ce principe directement dans la loi, dans un souci de lisibilité.

D'une manière générale, le rapporteur encourage toutes les initiatives visant à favoriser le resserrement des liens entre la CNIL et son réseau de correspondants à la fois pour mieux informer les responsables de traitement mais aussi pour permettre à la CNIL d'être davantage au fait des réalités et difficultés du terrain. Il note avec satisfaction que les CIL disposent :

- d'une ligne téléphonique et d'une adresse électronique dédiées, qui leur permettent d'avoir un accès rapide et privilégié aux services de la CNIL ;

- d'ateliers d'information sur la loi « informatique et libertés » et son application dans certains domaines clés (santé, ressources humaines, collectivités locales...) ;

- depuis le 4 mai 2009, d'un extranet proposant des services exclusifs et notamment des forums de discussion et des outils pratiques (modèles de lettres, de fiches techniques...) ; il s'agit d'un nouvel outil qui permet d'accompagner les CIL au quotidien dans l'exercice de leurs missions.

Le Gouvernement a déposé un amendement qui visait à supprimer cet article 3 (il a été repoussé). La commission a adopté l'article 3 ainsi modifié.

« Art. 31-1. — Lorsqu'une autorité publique ou un organisme privé recourt à un traitement de données à caractère personnel qui relève du régime d'autorisation en application des articles 25, 26 ou 27 ou pour lequel plus de cinquante personnes y ont directement accès ou sont chargées de sa mise en œuvre, ladite autorité ou ledit organisme désigne, en son sein ou dans un cadre mutualisé, un correspondant "informatique et libertés". Toute autorité publique ou organisme privé qui ne remplit pas les conditions précédentes peut toutefois désigner un tel correspondant, y compris dans un cadre mutualisé. Le correspondant est chargé d'assurer, d'une manière indépendante, le respect des obligations prévues dans la présente loi et d'informer et de conseiller l'ensemble des personnes travaillant

pour le compte de l'autorité ou de l'organisme sur l'ensemble des questions de protection des données à caractère personnel. Le correspondant bénéficie des qualifications requises pour exercer ces missions. Il tient une liste des traitements effectués, régulièrement mise à jour et immédiatement accessible à toute personne en faisant la demande. Il ne peut faire l'objet d'aucune sanction de la part de l'employeur du fait de l'accomplissement de ses missions. Il saisit la Commission nationale de l'informatique et des libertés des difficultés qu'il rencontre dans l'exercice de ses missions. Il établit un rapport annuel d'activité et le transmet à la Commission. La désignation du correspondant est notifiée à la Commission qui peut la refuser s'il ne remplit pas les conditions de compétence visées aux deux alinéas précédents. Cette désignation est portée à la connaissance des instances représentatives du personnel.

En cas de non-respect des dispositions de la loi, le responsable du traitement est enjoint par la Commission nationale de l'informatique et des libertés de procéder aux formalités prévues aux articles 23 et 24. En cas de manquement constaté à ses devoirs, le correspondant est déchargé de ses fonctions sur demande, ou après consultation, de la Commission.

Les traitements pour lesquels le responsable a désigné un correspondant "informatique et libertés", dont le statut et les missions sont définis à l'article 31 bis, sont dispensés des formalités prévues aux articles 23 et 24, sauf lorsqu'un transfert de données à caractère personnel à destination d'un État non membre de l'Union européenne est envisagé. »

Article 7 : Rendre obligatoires les notifications des failles de sécurité

L'article 7 de la proposition de loi tend à rendre obligatoire, pour les responsables de traitements de données à caractère personnel, l'information de la CNIL en cas de violation de l'intégrité ou de la confidentialité de ces traitements, afin de les inciter à mettre en œuvre les mesures de protection adéquates. La CNIL pourra ensuite, en cas d'atteinte portée aux données d'une ou plusieurs personnes physiques, exiger des responsables de traitement qu'ils avertissent ces personnes. Cet article transpose ainsi une disposition de la directive « Vie privée et communications électroniques » du 12 juillet 2002⁴⁰.

Cet article tend à renforcer les obligations des responsables de traitements en matière de sécurité des données personnelles.

Une protection efficace des données personnelles contre les pertes accidentelles, les violations, les altérations ou les divulgations indues constitue un enjeu important, puisqu'elle contribue à maintenir la confiance des utilisateurs et des consommateurs de services électroniques mais aussi celle des clients des banques ou des usagers de l'administration.

40• JO officiel des communautés européennes du 31/07/02 - Directive 2002/58/CE du parlement européen et du conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques).

Nombre de « failles de sécurité » se résument à la perte accidentelle d'un support matériel sur lequel des données personnelles sont inscrites : ainsi la perte par la première banque britannique d'un cédérom contenant des informations sur plusieurs centaines de milliers de clients ou bien la vente sur le site d'enchères eBay d'un ordinateur contenant les données bancaires d'un million de personnes.

Toutefois, il peut s'agir également des conséquences d'intrusions dans les systèmes informatiques par les réseaux. Dans ce dernier cas, la difficulté de réaliser systématiquement des attaques-tests pour tester la fiabilité des systèmes et l'évolution permanente des techniques utilisées par les pirates informatiques rend la protection plus aléatoire.

L'article 34 de la loi 6 février 1978 modifiée impose déjà aux responsables de traitement de « prendre toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données et, notamment, empêcher qu'elles soient déformées, endommagées, ou que des tiers non autorisés y aient accès. »

En dépit de ces dispositions, le niveau général de protection des données personnelles en France n'est pas satisfaisant, comme l'a rappelé le rapport d'information de M. Yves DÉTRAIGNE et M^{me} ESCOFFIER précité. Si aucune perte massive de données et si aucune violation majeure d'un traitement n'a eu pour le moment de fort retentissement médiatique, un tel événement est probable tant la protection des données n'est pas encore une préoccupation majeure des différents acteurs concernés. Ainsi, des précautions relativement efficaces telles que le cryptage des données ne sont encore que rarement mises en œuvre.

S'appuyant sur ce constat, l'article 7 tend à instaurer une obligation d'information sur les failles de sécurité, telle qu'elle existe par exemple dans la majorité des Etats américains, afin d'inciter les responsables de traitement des données personnelles à mettre en œuvre les mesures de protection adéquates. En effet, les conséquences pour la crédibilité d'une entreprise ou d'un organisme d'une telle information sont potentiellement importantes et peuvent donc l'amener à renforcer ses procédures de sécurité.

Or, dans le cadre de la réforme du paquet « télécom », la commission européenne a présenté, le 13 novembre 2007, trois propositions de texte dont une proposition de directive modifiant la directive 2002/58/CE. Le (3) de l'article 2 de cette proposition tend à obliger les responsables de traitements, « en cas de violation de la sécurité entraînant accidentellement ou de manière illicite la destruction, la perte, l'altération, la divulgation ou l'accès non autorisé à des données personnelles », à avertir l'autorité administrative compétente et l'abonné concerné.

Compte tenu du champ de la directive « vie privée et communications électroniques », cette obligation de notification ne concernerait que les fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public, tels que les opérateurs mobiles ou les FAI. Toutefois, les considérants de la directive préconisent l'extension de cette procédure à l'ensemble des secteurs, en soulignant que « l'intérêt des utilisateurs à être informés ne se limite pas, à l'évidence, au secteur des communications électroniques, et il convient dès lors d'introduire de façon prioritaire, au niveau communautaire, des exigences de notification explicites et obligatoires, applicables à tous les secteurs ». Les auteurs de la proposition de loi ont ainsi estimé que cette obligation pouvait utilement être étendue à l'ensemble des responsables de traitements de données personnelles. Cette extension conduit par ailleurs à écarter l'hypothèse d'une compétence de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) en la matière, au profit de la compétence de la CNIL. La présente proposition tend ainsi d'une part à préciser la nature des atteintes qui peuvent être portées à un traitement de données personnelles et d'autre part à prévoir que, si une telle atteinte a lieu, le responsable du traitement avertit la CNIL qui peut elle-même, dans le cas où cette atteinte est de nature à affecter les données à caractère personnel d'une ou plusieurs personnes physiques, exiger du responsable de traitement qu'il avertisse ces personnes.

Tout en validant l'essentiel de cet article, la commission a souhaité renforcer le rôle du correspondant informatique et libertés. Elle a ainsi proposé un amendement tendant à prévoir que, en cas de violation d'un traitement de données à caractère personnel, le responsable de traitement a l'obligation d'avertir le correspondant informatique et liberté, qui avertira lui-même la CNIL. Par ailleurs, dans le cas où cette violation aurait affecté des données personnelles d'une ou plusieurs personnes physiques, le responsable de traitement devrait en informer ces personnes.

Enfin, la commission a adopté un amendement prévoyant que l'ensemble de ces obligations d'information ne s'appliquent pas aux fichiers de police. En effet, il ne paraît pas envisageable, par exemple, d'informer des personnes inscrites dans un fichier de renseignement que des données les concernant ont été perdues. La commission a adopté l'article 7 ainsi rédigé.

« Art. 34. – Le responsable du traitement met en œuvre toutes mesures adéquates, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour assurer la sécurité des données et en particulier protéger les données à caractère personnel traitées contre toute violation entraînant accidentellement ou de manière illicite la destruction, la perte, l'altération, la divulgation, la diffusion, le stockage, le traitement ou l'accès non autorisés ou illicites. En cas de violation du traitement de données à caractère personnel, le

responsable de traitement avertit sans délai le correspondant “informatique et libertés”, ou, en l’absence de celui-ci, la Commission nationale de l’informatique et des libertés. Le correspondant “informatique et libertés” prend immédiatement les mesures nécessaires pour permettre le rétablissement de la protection de l’intégrité et de la confidentialité des données et informe la Commission nationale de l’informatique et des libertés. Si la violation a affecté les données à caractère personnel d’une ou de plusieurs personnes physiques, le responsable du traitement en informe également ces personnes. Le contenu, la forme et les modalités de cette information sont déterminés par décret en Conseil d’État pris après avis de la Commission nationale de l’informatique et des libertés. Un inventaire des atteintes aux traitements de données personnelles est tenu à jour par le correspondant “informatique et libertés” ».

Impact pour la profession :

En l’état, obligation pour tous les offices de désigner un CIL, les notaires étant tous soumis à l’autorisation unique AU-006. (cf. annexes)

2 – L’office notarial

2.1 Droit du travail

2.1.1 Cybersurveillance

La cybersurveillance recouvre deux types de contrôles : « cyber-surveiller », c’est contrôler l’activité du salarié par le biais des nouvelles technologies de l’information et de la communication. Sont ici visées les procédures de vidéosurveillance, de contrôle d’accès à l’entreprise, en particulier par des procédés de biométrie, et de géo-localisation. Mais « cyber-surveiller », c’est également contrôler l’outil de travail ainsi que ses conditions d’utilisation. Il s’agit alors pour l’employeur de contrôler l’utilisation que fait le salarié du téléphone (auto-commutateurs, systèmes d’écoutes téléphoniques) et surtout de l’outil informatique (utilisation d’internet, courriers électroniques, fichiers informatiques, etc.). En vertu du lien de subordination unissant l’employeur (notaire) et le salarié, et en particulier du pouvoir de direction de l’employeur qui en découle, ce dernier bénéficie d’un pouvoir de contrôle de l’activité de ses salariés.

Ce pouvoir de surveillance doit être mis en perspective avec deux évolutions majeures :

- Evolution de l’entreprise et du travail
- Evolution des droits et libertés individuelles, qui se sont progressivement affirmés et enrichis, de sorte qu’aujourd’hui, la vie privée du salarié est protégée au sein même de l’entreprise.

Le régime légal de la cybersurveillance est encadré par des règles procédurales (principe de transparence) et la recherche d’un équilibre entre pouvoir de direction et respect des libertés individuelles (principe de proportionnalité).

Principe de transparence :

Il s'agit de s'assurer que le contrôle que va exercer l'employeur ne se fait pas à l'insu des salariés : obligation de l'employeur vis-à-vis des représentants du personnel (consultation préalable des délégués du personnel ou du comité d'entreprise) ; obligation de l'employeur vis-à-vis des salariés (information individuelle préalable du salarié) ; obligation de déclaration du traitement à la CNIL.

Principe de proportionnalité

Le contrôle exercé par l'employeur doit poursuivre un intérêt légitime.

La proportionnalité s'apprécie par rapport aux libertés fondamentales, et notamment au droit au respect de la vie privée.⁴²

Le principe de droit au respect de la vie privée au travail a été posé par l'arrêt NIKON⁴³ :

« le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ».

Les sanctions encourues par l'employeur en cas de non respect de cette règle sont de trois ordres : sanctions pénales (délit d'entrave du CE si non consulté, délit informatique et libertés) ; sanction civile (dommages et intérêts en fonction des dommages subis par l'employé) ; illicéité de la preuve (dommages et intérêts pour licenciement abusif).

Légalité/illégalité – opposabilité de la preuve

En matière prud'homale, la preuve est libre. Elle ne doit cependant pas être obtenue à l'aide de procédés illicites. En effet, prouver par tout moyen ne signifie pas par n'importe quel moyen ! Néanmoins, la nécessaire loyauté des preuves ne doit pas, pour autant, laisser impuni un salarié qui aurait volé son employeur ou consulté des sites pédophiles.

- Interdiction des stratagèmes⁴⁴

« Attendu que si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de surveillance clandestin et à ce titre déloyal. »

42• Article L.1121-1 du Code du travail : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

43• Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42942

44• Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-40.852 et n° 06-45.093

Le recours au juge : article 145 du CPC⁴⁵

« La Chambre sociale considère que le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article 145 du CPC dès lors que le juge constate que la mesure qu'il ordonne procède d'un motif légitime et qu'elle est nécessaire à la protection des droits de la partie qui la sollicite, l'huissier ayant de plus, en l'espèce, procédé en présence du salarié. »

- La preuve par SMS⁴⁶

« Mais attendu que si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur. »

- La preuve par courriel⁴⁷ : pour être retenu comme preuve, un courriel doit présenter certaines qualités

« Mais attendu que la Cour d'appel, appréciant souverainement la valeur probante de l'unique document produit par l'employeur, a estimé que, le courriel recueilli dans des circonstances impropres à en garantir l'authenticité et selon un cheminement informatique qui n'est pas clairement explicité, ne permettait pas l'identification de son auteur, et que le grief énoncé par la lettre de licenciement n'était pas établi. »

On peut constater ici, l'importance de l'identification login/mot de passe des utilisateurs d'un poste informatique et de ne pas laisser un poste de travail sans protection (mise sous veille automatique).

La jurisprudence a été amenée à dégager le principe selon lequel au temps et au lieu de travail, il existe une présomption de professionnalité de l'utilisation des outils mis à la disposition des salariés. En l'absence d'indication établissant la caractère personnel d'un document physique ou virtuel, il est présumé professionnel. Si lorsqu'il s'agit d'un courrier ou d'un courriel, le principe du respect du secret des correspondances s'applique (226-15 CP), lorsqu'il s'agit d'un dossier papier ou d'un fichier informatique, seul le principe du respect de la vie privée est à retenir. L'employeur ne peut prendre connaissance d'une correspondance (sur support papier ou électronique) du salarié si celle-ci est qualifiée de personnelle : mention perso, privé, PRV, « photos de vacances »...

- Dossiers papiers et fichiers électroniques : par deux arrêts du 18 octobre 2006⁴⁸, la Chambre sociale a considéré que :

45• Cass. com., 15 mai 2007 ; Cass. soc., 10 juin 2008, n° 06-19.229

46• Cass. soc., 23 mai 2007, n°06-43209

47• Cass. soc., 24 juin 2009, n° 08-41.087

48• Cass. soc., n° 04-47.400 et n°04-48.025

Les dossiers papiers détenus par le salarié dans un bureau de l'entreprise mis à sa disposition, sont, sauf lorsqu'il les identifie comme étant personnels, présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur peut y avoir accès hors de sa présence.

Les dossiers et fichiers électroniques créés par le salarié grâce à son outil informatique mis à sa disposition par l'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 de sa présence.

Néanmoins, l'arrêt du 17 mai 2005⁴⁹, assortit ce principe d'une limite importante : « sauf si risque ou évènement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels, contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé ».

Ainsi dès lors que le salarié a identifié comme personnels des fichiers de son disque dur, l'employeur ne peut procéder à leur ouverture que s'il respecte deux conditions alternatives : présence du salarié ou du moins son information et à défaut, l'existence d'un risque ou d'un évènement particulier pour l'entreprise.

Reprenant la même formulation, la Cour de cassation⁵⁰ a étendu très récemment cette solution aux messages électroniques stockés sur le disque dur de l'ordinateur. Elle affirme que « sauf risque ou évènement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les messages identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé ».

Dans une affaire récente⁵¹, la Chambre sociale rappelle le principe : « Attendu cependant que les fichiers créés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors de la présence de l'intéressé ; (...) qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il résultait de ses propres constatations que le répertoire n'était pas identifié comme personnel, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Dans cette affaire pourtant, le répertoire litigieux intitulé Marteau (nom d'un concurrent), était situé dans un sous répertoire nommé JM, initiales du salarié concerné. Les initiales n'ont donc pas été retenues comme une identification « personnelle » du dossier. Enfin, dernièrement, la chambre

49• Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017

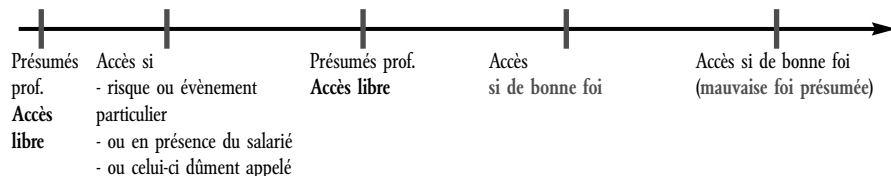
50• Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-40.274

51• Cass. soc., 21 octobre 2009, n° 07-43.877, arrêt Marteau

sociale indique également que l'inscription d'un site sur la liste des « favoris » de l'ordinateur ne lui confère aucun caractère personnel.⁵²

- Le point sur l'accès aux fichiers

Fichiers lamda	Fichiers indiqués comme « personnels »	Courriers électroniques non labellisés (précisé par une charte)	Courriers électroniques non labellisés (pas de charte)	Courriers électroniques indiqués « privés » (suivant charte ou non)
-------------------	---	---	--	---



- Consultation de sites/Utilisation abusive de la connexion Internet

Au-delà du droit à l'information préalable reconnu par la loi informatique et libertés, les connexions Internet sont soumises au même principe du « caractère professionnel » :

« Mais attendu que les connexions établies par un salarié sur des sites Internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel (important de le rappeler au salarié dans le cadre d'une charte) de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence, ; que le moyen n'est pas fondé ».

De même, l'abus dans l'utilisation de la connexion Internet de l'entreprise à des fins personnelles peut constituer une faute grave, justifiant le licenciement du salarié⁵³ :

« Mais attendu que la Cour d'appel, appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, a relevé que le salarié avait usé de la connexion Internet de l'entreprise, à des fins non professionnelles, pour une durée totale d'environ quarante et une heures durant le mois de décembre 2004 ; qu'elle a pu décider que son comportement rendait impossible son maintien dans l'entreprise et était constitutif d'une faute grave ; que le moyen n'est pas fondé ».

Rôle des délégués du personnel : la Cour de cassation⁵⁴ confirme la décision de la Cour d'appel qui avait ordonné à l'employeur d'organiser une enquête avec les délégués du personnel pour déterminer les conditions dans lesquelles ont été consultées et exploitées les messageries des salariés et ce,

52• Cass. soc., 9 février 2010, n° 08-45.253

53• Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-44.247

54• Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-40.274, JCP n° 31, 28 juillet 2009, 1362

pour que l'employeur et les délégués du personnel soient éclairés sur la réalité de l'atteinte portée aux droit des personnes.

2.1.2 Responsabilités de l'employeur (pénale, sociale, civile)

En matière pénale, l'employeur (notaire) est responsable de l'utilisation faite de son outil informatique et de la téléphonie que cela soit en matière de téléchargement illégal (HADOPI2), de droits d'auteur ou encore de consultations de sites Internet illégaux (pédophiles, xénophobes...). Par ailleurs en droit social, un principe de base est à retenir : information préalable des col-laborateurs et des instances représentatives du personnel (IRP).

« Aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou du candidat à un emploi » ⁵⁵

« Un dispositif de surveillance qui n'a pas été porté à la connaissance du salarié ne pourra être utilisé en cas de problèmes, sauf en matière pénale » ⁵⁶

Si l'employeur veut se servir d'une preuve d'une utilisation douteuse ou interdite de l'internet ou de la messagerie par un salarié dans le cadre par exemple d'une procédure de sanction : il faut une preuve obtenue licitement (si le salarié ne reconnaît pas les faits de lui-même).

Des formalités d'information de la surveillance informatique doivent avoir été faites (CNIL, comité d'entreprise).

Les limites au pouvoir de contrôle de l'employeur

- La transparence, la loyauté

- Le contrôle doit être transparent, ne pas s'exercer sans que le salarié objet de la surveillance ne soit averti de cette possibilité (possibilité d'information par la charte d'utilisation des TIC).

- « Le fait, commis de mauvaise foi : d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises et reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions » (Un an d'emprisonnement/ 45 000 € d'amende : Art. 226-15 Code pénal)

- Les données collectées ne peuvent être utilisées dans un but autre que celui figurant dans la déclaration CNIL dans le cadre du respect du principe de finalité (ici, le contrôle)

- Le contrôle doit être loyal : l'employeur ne peut faire usage de manœuvres pour collecter indirectement des données de connexion de ses employés.

55• Art. L. 121-8 du Code du travail

56• Cass. soc., 20 novembre 1991, Néocel

« Même dans un cas où une interdiction absolue de l'usage personnel a été édictée, l'employeur ne peut prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié ou reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail » (Cour de cassation soc., 2 octobre 2001, p 99-42942 Société Nikon France SA c/ M. Ono)

- La proportionnalité

- Le contrôle doit être proportionnel, c'est-à-dire qu'il ne peut être fixé constamment sur une même personne (ex : vidéo-surveillance permanente d'un poste de travail).

- En matière de charte informatique, le contrôle ne doit pas fonctionner par principe de manière précise et individuelle.

« Le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à tout projet important d'introduction de nouvelles technologies, lorsque celles-ci sont susceptibles d'avoir des conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail du personnel »

Article L. 2323-13 du Code du travail

- Un contrôle général statistique, anonyme est autorisé

- Ponctuellement, un contrôle plus précis est possible s'il est justifié. Mais cela ne doit pas être la ligne de conduite générale.

La sanction du non-respect de ces limites

- Une collecte de données nominatives effectuée de manière déloyale/disproportionnée (= contraire à la finalité déclarée) est constitutive d'un délit pénal.

- Art. L. 226-21 Code pénal : 5 ans/300 000 €

- Art. 226-15 Code pénal (interception de correspondance) : 1 an/45 000 €

- La preuve obtenue est illicite et ne peut être accueillie par un juge civil (comme le juge prud'hommal).

A l'opposé, une preuve obtenue licitement dans le cadre d'une charte de l'usage des TIC (Technologies de l'Information et de la Communication) :

- Permet d'arguer d'un licenciement pour faute devant le juge.

« A défaut de consultation du comité d'entreprise, la preuve obtenue par le dispositif de surveillance sera considérée comme illicite en droit du travail et ne pourra être utilisée en cas de conflit avec le salarié. » (Cass. Soc., 15 mai 2001, Aymard c/ Cabinet Regimbeau)

« Un dispositif de surveillance qui n'a pas été porté à la connaissance du salarié ne pourra être utilisé en cas de problèmes, sauf en matière pénale. » (Cass. Soc., 20 novembre 1991, Néocel)

- Sous réserve que les conditions de son obtention ne puissent être discutées : il est recommandé d'obtenir une ordonnance du juge afin de s'appuyer sur un expert informatique agréé auprès des tribunaux et un

huissier, de sauvegarder les traces informatiques ayant valeur de preuve sur un support non réinscriptible

– Tout comme ses conditions de conservation (ex : disque dur laissé aux mains de l'employeur pendant plusieurs mois,...).

«Impossibilité de produire à la barre un disque dur comme étant celui de M. X, dont le contenu n'a pas en outre été communiqué à la partie adverse ; aurait du être placé sous scellés» (Conseil de Prud'hommes de Nanterre, Francis R. C/ SA Compagnie IBM France, 16 juillet 2000)

2.1.3 – Outils

Pour réaliser la cyber surveillance, on dispose de trois outils : la charte TIC (Technologies de l'Information et de la Communication), Real2 et la téléphonie.

1. Charte TIC

Cette charte a quatre objectifs.

Premier objectif : assurer la sécurité du système informatique de l'employeur.

Une grande partie des attaques et fraudes informatiques résultent de comportements internes à l'entreprise attaquée :

- Attaque menée par ses employés.
- Ou par des prestataires externes (« insiders-out »).
- Ces attaques, fraudes, mésusages représenteraient 70 % du total.
- Aux USA cela représente trois quart des pertes financières causées par des brèches de sécurité informatique (source FBI - 2004).
- Selon une étude anglaise récente, 24 % des vols d'information seraient opérés grâce à des clés USB et 18 % par le détournement d'email professionnels.

Deuxième objectif : éviter que l'employeur soit responsable des faits de son salarié sur l'internet.

L'art. 1384 al. 5 du Code civil prévoit la responsabilité de l'employeur du fait des agissements de ses employés

- Ce principe est interprété très largement par les tribunaux
- Il existe des critères cumulatifs
- Aujourd'hui, il suffit parfois que l'employé ait utilisé les moyens mis à sa disposition par son employeur
- Une application qui soulève des critiques : la décision « Escota » (TGI Marseille, 1^{re} Ch. civ., 11 juin 2003)

Troisième objectif : éviter les pertes de productivité.

Le contrôle par la présence au poste de travail n'est plus adapté. Taper sur son clavier d'ordinateur ne signifie plus :

- Travailler (ex : jeux, surfs personnels sur l'internet, courriels, ...).

- Travailler pour son employeur (gestion d'une autre activité par les outils mis à sa disposition).

L'usage de l'internet et la messagerie électronique conduisent en pratique.

- Souvent à une productivité accrue (V. rapport les TIC et la croissance économique OCDE 2003),
- mais parfois au contraire à une baisse de productivité,
- baisse de productivité en France estimée à 5 milliards d'euros,
- 30 à 35 % de l'infrastructure réseau mise à disposition des salariés serait totalement détournée pour un usage privé (net, courriels).

Quatrième objectif en devenir : respecter les exigences de contrôle interne.

L'entreprise fait face de plus en plus à des exigences particulières de contrôle interne :

- Historiquement, le monde bancaire (ex : fonction de déontologie, inspection interne...).
- Plus récemment le scandale Enron et ses suites : le Sarbanes Oxley Act aux USA, juillet 2002 (loi qui s'applique à toutes les sociétés qui émettent des titres, qu'elles soient américaines ou autres dès lors qu'elles sont actives sur le marché financier américain).
- Vers une extension mondiale de ce principe : preuves informatiques et investigation des régulateurs...

Plus proche de nous : la Loi de Sécurité Financière (adoptée le 1^{er} août 2003)

- s'applique en France aux sociétés anonymes et aux sociétés faisant appel public à l'épargne,
- impose au président de la société de rendre compte des procédures de contrôle interne mises en place au sein de l'entreprise lors du rapport de gestion sur les comptes,
- prévoit des sanctions importantes (sanctions et publicité de l'AMF, faute de gestion des dirigeants, nullité de l'AG...).

Comment réaliser ces objectifs ?

En faisant appel à la responsabilité de chacun

- Peu efficace dans d'autres structures que des TPE
- Sanctions très difficiles contre le salarié irresponsable en pratique, hors cas extrêmes (détention d'images pédophiles)
- Effets limités

En mettant en place ou en rappelant des règles d'utilisation des moyens de communication électronique, par l'élaboration d'une charte ou par l'inclusion dans le contrat de travail de celle-ci. Cela aura diverses conséquences :

Limitation des abus (« peur du gendarme »)

- Rôle pédagogique certain – politique de sécurité

- Apport de transparence au contrôle et à la répression
- Élément utile à la sanction
- Limite la mise en cause de la responsabilité de l'employeur

Le principe est licite, tout en respectant les libertés fondamentales (le droit à l'intimité de la vie privée au travail reconnu).

Voici des exemples de clauses que peut comporter le contrat :

- Information :

« ... Chaque utilisateur doit être conscient que l'usage de ces ressources obéit à des règles qui s'inscrivent dans le respect de la loi et du Code de déontologie de notre profession, dans le respect de la sécurité de l'entreprise et du bon usage, gage d'efficacité opérationnelle. Par ailleurs, la négligence ou la mauvaise utilisation des ressources fait encourir des risques à l'ensemble de l'entreprise, et donc à chacun... »

« ... L'utilisation de tout système informatique relié à un réseau suppose de la part des utilisateurs (et des administrateurs) le respect d'un certain nombre de règles dont le rôle est d'assurer la sécurité et les performances des traitements, la préservation des données confidentielles ainsi que l'émission et la réception de données dans le respect des législations applicables. A fortiori, le raccordement d'un système informatique à un réseau public tel qu'Internet rend le respect des dites règles encore plus impératif... »

- Limites au pouvoir de contrôle

« Une exploitation statistique des enregistrements est réalisée, sous forme anonyme, pour des motifs opérationnels. Elle consiste, notamment, à établir des statistiques relatives aux connexions et contacts réalisés. Néanmoins, l'entreprise peut procéder à des audits à caractère nominatif sur les enregistrements informatiques de l'entreprise, à la suite d'un dysfonctionnement, une alerte de sécurité ou une présomption d'utilisation non conforme des moyens de communication... »

- Propriété intellectuelle

« ... Sont interdits, sauf autorisation expresse de la hiérarchie :

– l'introduction et/ou l'usage dans l'établissement de logiciels dont la Société ne possède pas la licence d'utilisation... L'utilisateur doit exercer une vigilance toute particulière à l'égard du contenu des échanges et il lui est interdit, lors de l'utilisation des comptes et infrastructures fournies par la société de :

– Commettre des actes répréhensibles au regard de la loi applicable, notamment en ce qui concerne la propriété intellectuelle... »

« ... Par conséquent, l'utilisateur ne doit se livrer, en aucune circonstance, à l'une quelconque des activités suivantes :

– charger, stocker, publier, diffuser ou transmettre des programmes, logiciels, progiciels, etc., qui sont protégés par les lois sur la propriété intellectuelle,

autres que ceux qui sont expressément autorisés par l'entreprise. L'utilisateur s'interdit de solliciter l'envoi par des tiers, en pièces jointes, de tels programmes, logiciels, progiciels, etc.

– utiliser les matériels, programmes, logiciels, progiciels, etc. mis à sa disposition par l'entreprise, en violation des lois sur la propriété intellectuelle, des règles techniques applicables et des prescriptions définies par l'entreprise... »

- Données collectées

« ... L'utilisateur est donc informé que les messages émis ou reçus sont conservés, de même que les traces suivantes :

– liste des ressources auxquelles l'utilisateur a eu accès sur Internet avec les paramètres techniques de connexion (avec notamment l'identifiant de compte de l'utilisateur, date et heure, volume des données transmises...),

– date et heure des authentications des utilisateurs sur les systèmes d'accès aux moyens de communication électronique,

– liste des paramètres techniques nécessaires à la gestion des services de messagerie électronique (identification du compte de l'utilisateur, coordonnées du destinataire, date et heure, volume, format et nature des pièces jointes,...).

Les traces et messages pourront être conservés pendant une durée maximale d'un an, sauf si des dispositions légales ou réglementaires venaient à imposer aux entreprises des délais de conservation plus importants. ... »

Ce que peut être la charte

- Hypothèse d'une charte seule

– Equivalente à un mémo interne/une note de service.

– Impossibilité d'un contrôle effectif car inopposable aux salariés par principe.

– Exception : opposable si elle accorde des avantages plus importants que ceux résultant de la loi ou de la convention collective.

- Hypothèse d'une charte annexée au contrat de travail

– Pratique anglo-saxonne.

– Régime du contrat de travail.

– Inconvénient lors de toute modification/évolution.

– Outil de sanction : obligation d'information des instances représentatives du personnel, de l'inspection du travail et du greffe des prud'hommes.

- Hypothèse d'une charte annexée au règlement intérieur

– Pas de consentement individuel à recueillir.

– Opposable à tous : contrôle possible.

– Peut être modifiée par la même procédure, plus souple que la modification du contrat de travail.

– Mais nécessite le suivi de règles formalistes de droit du travail en vue de son adoption.

- Et surtout contenu limité par l'art. L. 1321-1 du Code travail :
Règles générales et permanentes relatives à la discipline
Mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité

Les entités à consulter

- Déclaration du traitement automatisé de données à la CNIL.
- Transmission du règlement intérieur à l'inspection du travail.
- Celle-ci peut annuler des clauses limitant excessivement les droits et libertés individuelles et collectives.
- Son silence ne vaut pas acceptation (pas de délai pour agir).

La communication pendant l'élaboration

- Vis-à-vis des représentants du personnel
- Expliquer, expliquer, expliquer... et recommencer!
- La Charte ne doit pas être perçue comme un « outil de flicage » mais comme une règle de bon usage transparente, à la fois pour l'usage et pour le contrôle.
- Vis-à-vis des salariés
- Soit les représentants du personnel s'en sont chargés (tracts...) et il n'y a presque rien à faire (contre-productif).
- Soit ce n'est pas le cas : tout dépend alors du climat social.

La charte devrait être conçue comme annexe du règlement intérieur.

Juridiquement, la seule formalité à accomplir pour le modifier est d'**informer le comité d'entreprise**. Dans l'idéal, la charte doit être largement disponible et rendue compréhensible.

- Information du salarié préalablement au contrôle indispensable (Art. L. 121-8 Code travail).
- Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté à sa connaissance.
- Accessible par voie d'affichage (avec le règlement intérieur).
- Accessible par voie électronique.
- Remise aux salariés et à chaque nouvel arrivant.

Le Conseil supérieur du notariat a élaboré une charte type en 2009, qui peut être téléchargée : **la charte informatique pour l'utilisation des technologies de l'information et de la communication**⁵⁷.

2. Réseau Real 2 (migration 2009-2010)

Les raisons du changement

- Architecture du réseau actuel limitée :
– Difficultés à suivre l'évolution de la demande internet

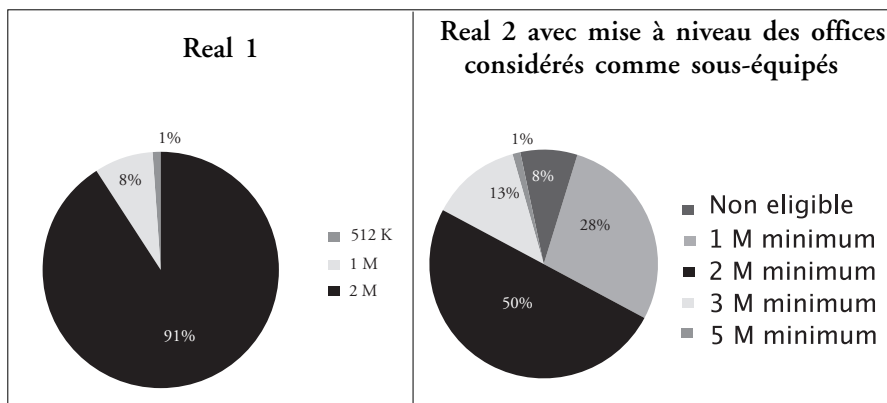
57• http://intra.notaires.fr/rpn/rpn_inf.nsf/pub/smsd-7escsk

- Réseau fermé à la concurrence (OBS fournisseur exclusif)
- Limites techniques ne permettant pas l'intégration de nouveaux services
- Nouveaux besoins de la profession :
 - Acte authentique sur support électronique
 - Augmentation des tailles des messages Téléactes
 - Mobilité
 - Télétravail

Apports du nouveau réseau

- La puissance d'accès des offices au réseau et à l'internet est de deux à douze fois supérieure à celle des accès antérieurs
- Sortie internet depuis l'office, séparation des flux métier et des flux internet, sécurisation réciproque des deux liens pour tous les offices équipés de boîtiers UTM
- Ouverture à la concurrence
- Possibilité d'intégrer de nouveaux services à valeur ajoutée
- Tarification revue

Evolution du parc vers le haut débit



3. Téléphonie

Voici quelques exemples de traitements à caractère personnel liés à la téléphonie.

- L'installation d'un logiciel de traçabilité des communications est autorisée dès lors que l'employeur y a un intérêt légitime et le fait dans le respect des libertés individuelles et publiques. Il lui incombe de porter à la connaissance préalable des salariés l'existence et le fonctionnement du système qu'il prétend installer, ainsi que les conséquences individuelles en résultant.

En vertu de l'article L. 432-2-1 du Code du travail, le comité d'entreprise (à défaut les délégués du personnel) doit être consulté avant même la mise

en place du système et devra faire l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL ou d'information préalable du correspondant à la protection des données qui inclura ce traitement dans la liste des traitements, après validation.

L'article L.226-15 du Code pénal prohibe : « le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions ».

- Le couplage Téléphone Internet – CTI : possibilité de voir la fiche client au moment de l'appel par reconnaissance du numéro de téléphone.
- La voix sur IP : les appels sont traités sous forme de données. Attention, cet outil permet les enregistrements, ce qui serait disproportionné au sens du droit du travail ou du droit au respect de la vie privée.
- La facturation : norme 47 de la CNIL

Dans l'hypothèse où des relevés justificatifs de téléphone sont établis, les quatre derniers chiffres des numéros sont occultés cependant, l'office peut éditer, soit par l'intermédiaire de l'autocommutateur qu'il aura mis en place, soit par l'intermédiaire de l'opérateur auprès duquel il est client, l'intégralité des numéros de téléphone appelés ou le détail des services de téléphonie utilisés dans les deux cas suivants :

- Dans le cas où un remboursement est demandé aux employés pour les services de téléphonie utilisés à titre privé, lorsque le montant demandé est contesté par l'employé auquel il se rapporte, un relevé justificatif complet des données relatives à l'utilisation des services de téléphonie comprenant l'intégralité des numéros de téléphone appelés peut être établi à des fins de preuves.
- Dans le cas où l'employeur constate une utilisation manifestement anormale au regard de l'utilisation moyenne constatée au sein de l'entreprise ou de l'organisme privé et public des services de téléphonie, un relevé justificatif complet des numéros de téléphone appelés ou des services de téléphonie utilisés peut être établi de façon contradictoire avec l'employé concerné.

2.1.4 – Conditions de validité de la vidéosurveillance

De façon générale, la mise en place du système de vidéosurveillance ne doit pas avoir pour seul but le contrôle de l'activité des salariés et les enregistrements effectués à l'insu du salarié ne constituent pas un mode de preuve licite. Toutefois, l'employeur peut mettre en place des procédés de surveillance sans en informer au préalable le comité d'entreprise et les salariés dans les locaux où les salariés ne travaillent pas, en dehors des lieux de « vie » (cantine, vestiaires...). Ainsi, est licite la preuve issue d'un système de vidéo-

surveillance installé par l'employeur dans un entrepôt de marchandises⁵⁸ ou dans les locaux auxquels les salariés n'ont pas accès⁵⁹.

S'agissant de l'installation d'un système de vidéosurveillance, une condition supplémentaire vient s'ajouter à celles précédemment évoquées. En effet, la loi dite « Loi Pasqua »⁶⁰, prévoit dans son article 10 que l'installation d'un système de vidéosurveillance dans un lieu ouvert au public exposé à des risques particuliers d'agression ou de vol est subordonnée à une autorisation préfectorale.

Sont soumis à la loi « informatique et libertés ».

- Dans les lieux publics ou ouverts au public les enregistrements visuels de vidéosurveillance qui sont « utilisés dans des traitements automatisés ou contenus dans des fichiers structurés selon des critères permettant d'identifier, directement ou indirectement, des personnes physiques » (art 10 I de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 modifiée).
- Dans les lieux privés, les systèmes qui procèdent à la captation d'images au moyen d'un procédé numérique et à l'enregistrement de celles-ci sur un support numérisé ou encore les systèmes qui permettent l'alimentation de fichiers.

Dans sa délibération n° 2009-201 du 16 avril 2009, la CNIL a condamné une société à 10 000 € d'amende pour la mise en œuvre d'un système de vidéosurveillance en infraction à la loi « informatique et libertés » : défaut de déclaration à la CNIL, défaut d'information du personnel, non respect du principe de proportionnalité (le dispositif doit être strictement nécessaire à l'objectif poursuivi). En l'espèce, des bureaux et des postes de travail fixes ont été filmés en continu, de telle sorte que les salariés sont placés sous la surveillance constante de leur employeur. Une telle surveillance apparaît dès lors « excessive » et le dispositif de vidéosurveillance n'est en conséquence « pas strictement limité à l'objectif de lutte contre le vol et conduit à placer les personnes visées sous une surveillance disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. »

Cette délibération de la CNIL s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui rappelait en 2001⁶¹, en application de l'article L.1121-1 nouveau (L.120-2) du Code du travail, s'agissant d'un dispositif de contrôle des sacs à l'entrée d'une entreprise que :

« l'employeur, ...peut apporter aux libertés individuelles et collectives des salariés des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ».

58• Cass. soc., 31 janvier 2001, n° 98-44.290, Bull. civ. V n° 28

59• Cass. soc., 19 avril 2005, n° 02-46295, Bull. civ. V n° 141

60• Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité

61• Cass. soc., 3 avril 2001, n°98-45.818

Formalités CNIL

- L'application du régime de la déclaration normale,
- Mais une procédure d'autorisation en cas de système de vidéosurveillance couplé avec un dispositif de reconnaissance faciale (biométrie).

Principes à respecter

- Le nécessaire respect du principe de proportionnalité: privilégier les objectifs de sécurité; pas de mise sous surveillance spécifique et permanente d'un employé ou d'un groupe d'employés.
- L'obligation d'information: pas de surveillance à l'insu des personnes; l'art 228-1 du Code pénal prévoit une peine d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende le fait de porter volontairement atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui « en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé ».
- L'obligation de confidentialité: seules les personnes dûment habilitées peuvent visionner les images; nécessité d'une durée de conservation limitée des images (ex: un mois).

Fiche pratique fournie par la CNIL

Premier préalable

Bien comprendre la distinction entre un lieu public et un lieu privé (non ouvert au public) pour savoir quelle formalité est nécessaire.

Le lieu public ou ouvert au public: tout lieu du secteur public ou du secteur privé où le public peut accéder. (Exemple: le guichet d'une mairie ou une boulangerie.)

Le lieu privé (lieu non ouvert au public): tout lieu du secteur public ou du secteur privé où le public ne peut pas accéder. (Exemple: la chaîne de montage d'une entreprise automobile ou le parking du personnel d'une mairie.)

Second préalable

L'état actuel du droit se caractérise par la concurrence de deux régimes juridiques applicables:

Celui de la loi « informatique et libertés » du 6 janvier 1978 modifiée en 2004

Celui de l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995 modifiée d'orientation et de programmation pour la sécurité.

Ceci explique le caractère aléatoire et complexe du régime juridique applicable en la matière.

- 1) Le régime juridique est clair et confirmé dans deux cas.

Premier cas: seule une autorisation préfectorale est nécessaire.

C'est le cas quand le dispositif de vidéosurveillance est installé dans un lieu public ou ouvert au public et qu'aucune image n'est enregistrée ni conservée

dans des traitements informatisés ou des fichiers structurés qui permettent d'identifier des personnes physiques.

Deuxième cas : seule une déclaration auprès de la CNIL est nécessaire

C'est le cas quand le dispositif est installé dans un lieu non public et que les images sont enregistrées ou conservées dans des traitements informatisés ou des fichiers structurés qui permettent d'identifier des personnes physiques.

- 2) Le régime juridique n'est pas clair et pose problème dans deux cas.

Premier cas : la question complexe et délicate mais heureusement rare, du cumul de l'autorisation préfectorale et de la déclaration auprès de la CNIL.

La question se pose quand le dispositif de vidéosurveillance est installé dans un lieu public ou ouvert au public et que les images sont enregistrées et conservées dans des traitements informatisés ou des fichiers structurés qui permettent d'identifier des personnes physiques (par exemple en rapprochant les images avec des informations d'état-civil contenues dans un autre fichier).

La question se pose également quand le dispositif de vidéosurveillance est installé dans un lieu qui est public ou ouvert au public et qui comporte également des zones non ouvertes au public, par exemple un supermarché (lieux mixtes) et si les images sont enregistrées et conservées dans des traitements informatisés ou des fichiers structurés qui permettent d'identifier des personnes physiques (par exemple en rapprochant les images avec des informations d'état-civil contenues dans un autre fichier).

Ces deux hypothèses posent clairement la question de l'interprétation à donner aux dispositions de l'article 10 de la loi de 1995 : les compétences de la CNIL et de l'autorité préfectorale sont-elles exclusives l'une de l'autre ou cumulatives ?

Deuxième cas : le système s'accompagne d'un dispositif biométrique de reconnaissance faciale. Il doit alors faire l'objet d'une demande d'autorisation auprès de la CNIL puisqu'il fait appel à une technique biométrique. Compte-tenu du fait que les images sont dans ce cas enregistrées et conservées dans des traitements informatisés ou des fichiers structurés qui permettent d'identifier des personnes physiques, doit-on considérer que l'autorisation préfectorale est également nécessaire si le dispositif de vidéosurveillance est installé dans un lieu public ou ouvert au public ?

- 3) Les garanties à respecter

Le nécessaire respect de la vie privée : les dispositifs de vidéosurveillance ne doivent permettre de visualiser ni l'intérieur des immeubles d'habitation ni, de façon spécifique, leurs entrées.

Une durée de conservation limitée : pour les lieux publics ou ouverts au public et, sauf enquête ou information judiciaire, les enregistrements doivent être détruits dans le délai de conservation fixé par l'autorisation préfectorale, qui ne peut excéder un mois. La durée de conservation des images doit être la même

pour les systèmes de vidéosurveillance installés dans les lieux non ouverts au public.

L'information des personnes : l'existence du système de vidéosurveillance et l'identité de l'organisme qui le gère doivent être portées à la connaissance de toute personne filmée ou susceptible de l'être. Cette information doit être assurée de façon claire et permanente, par exemple au moyen de panneaux apposés à l'entrée des locaux ouverts au public.

Exemplaire de panneau d'information, situé à l'entrée de l'établissement, destiné au personnel et aux personnes extérieures (personnel extérieur, visiteurs, entreprises extérieures).

Établissement sous vidéosurveillance

Nous vous informons que cet établissement est placé sous vidéosurveillance pour des raisons de ... [indiquer les finalités poursuivies]. Pour tous renseignements, s'adresser au service ... ou à ... [identifier la personne ou le service compétent], auprès duquel vous pouvez également exercer votre droit d'accès, conformément à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi du 6 août 2004.

Le droit d'accès

Toute personne peut demander au responsable du système à avoir accès aux enregistrements qui la concernent ou à vérifier leur effacement dans le délai prévu. Les coordonnées (nom ou qualité et numéro de téléphone) du responsable doivent apparaître sur les supports d'information évoqués ci-dessus.

Les destinataires des images

Ils doivent être précisément visés et si l'autorisation préfectorale prévoit que des agents des services de la police ou de la gendarmerie nationales sont destinataires des images et enregistrements, ceux-ci doivent être individuellement désignés et dûment habilités par le chef du service dans lequel ils sont affectés.

Dernière minute: Examen du projet de loi « Loppsi 2 »⁶²

La loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (Loppsi) est examinée par les députés depuis le 9 février 2010. Le régime de la vidéosurveillance, rebaptisé « vidéo protection » est redéfini. Afin d'éviter les abus, une Commission nationale de la vidéo protection est créée. Elle est directement rattachée au ministère de l'Intérieur et non à la CNIL dont c'est pourtant la vocation.

62• Projet de Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure. Texte résultant des délibérations de l'Assemblée nationale à l'issue de la troisième séance du 11 février 2010.

http://www.assemblee-nationale.fr/13/ta-pdf/performance_securite_interieure120210.pdf

2.2 Gestion de l'étude

2.2.1 – Sécurité logique

2.2.1.1 *Archivage*

- La sécurisation des archives en interne :

Faire des copies de sauvegarde périodiquement peut s'avérer complètement inutile si cette action n'est pas accompagnée par une série de mesures dont le but final est de protéger les données système. Il y a tout d'abord une mesure de sécurité «évidente» qui n'est, paradoxalement, pas en place dans de nombreux cas ; il s'agit tout simplement de sortir le dispositif de stockage du système, une fois la copie des données terminée. Il ne faudrait pas oublier qu'il contient une copie exacte de toutes les données et que celles-ci devraient être gardées aussi précieusement que le système lui-même.

Aussi curieux que cela puisse être, un office se remettra beaucoup mieux d'un incendie de ses locaux que de la perte des données de ses serveurs. En fait, si la pièce où se trouve le serveur était la proie des flammes, son seul atout de protection serait les copies de sauvegarde. C'est pourquoi une bonne et «fondamentale» mesure de sécurité est de conserver ces fameuses copies loin du système qu'elles sont supposées protéger, c'est-à-dire, loin de la pièce où se trouvent le serveur et les ordinateurs. On devrait également s'assurer que ces sauvegardes sont préservées dans un container ignifugé ou bien qu'elles soient externalisées au domicile d'un collaborateur. De cette manière, si un désastre devait se produire, il ne détruirait ni le système, ni les données, ni les copies de sauvegarde. Il est malheureusement très courant de trouver ces sauvegardes dans une boîte de carton, sur la même table que le serveur. De plus il convient de s'assurer de la protection physique des serveurs et de prévoir une limitation des accès.

- Les modalités d'archivage des documents électroniques en externe

Concernant l'externalisation de l'archivage légal, il est possible de sous-traiter tout ou partie de son archivage en ayant recours à un tiers archiveur, chargé d'assurer et de garantir la conservation et l'intégrité de documents électroniques, et qui devra répondre à certains critères dans un cadre contractuel sécurisé, et fournir les solutions technologiques appropriées à un stockage pérenne des documents pendant toute durée légale de conservation.

Le tiers archiveur doit s'engager sur les garanties suivantes concernant les documents qui lui sont confiés :

- Authenticité (identification des auteurs, horodatage des données)
- Intégrité et traçabilité (lisibilité, stabilité du contenu informationnel, capacité à suivre les différentes phases de constitution et de consultation du document).
- Sécurisation (redondance des systèmes, duplication des données...)

- Pérennisation (conservation des données pendant des durées très longues, voire illimitées).
- Confidentialité.
- Accessibilité (facilité de recherche et rapidité de récupération des documents)
- Qualité de restitution, soit à l'identique de l'original.
- Destruction certaine, y compris des exemplaires de sécurité des documents qui ne doivent plus être conservés au-delà d'une certaine date.

Un contrat de service d'archivage prévoyant une clause de confidentialité.

Préconisations de la CNIL : « Afin de développer des solutions efficaces il est recommandé aux entreprises de formaliser leur politique de sécurité et de protection des données, afin qu'elle puisse être prise en compte dès la phase de conception d'un nouveau système ou projet informatique (le coût global d'un système informatique étant plus élevé lorsque la question de la sécurité est envisagée a posteriori). Enfin il faut redoubler de précaution lorsqu'il est fait appel à des sociétés tierces gérant tout ou partie du système d'information et d'avoir recours au chiffrement des données, qu'il s'agisse de stocker des informations ou de les transmettre. »

*2.2.1.2 Recommandation CNIL du 12 octobre 2009 ci-après relatée littéralement*⁶³

- Dix conseils pour la sécurité de votre système d'information

La loi « informatique et libertés » impose que les organismes mettant en œuvre des fichiers garantissent la sécurité des données qui y sont traitées. Cette exigence se traduit par un ensemble de mesures que les détenteurs de fichiers doivent mettre en œuvre, essentiellement par l'intermédiaire de leur direction des systèmes d'information (DSI) ou de leur responsable informatique.

- 1• Adopter une politique de mot de passe rigoureuse

L'accès à un poste de travail informatique ou à un fichier par identifiant et mot de passe est la première des protections. Le mot de passe doit être individuel, difficile à deviner et rester secret. Il ne doit donc être écrit sur aucun support. La DSI ou le responsable informatique devra mettre en place une politique de gestion des mots de passe rigoureuse : un mot de passe doit comporter au minimum 8 caractères incluant chiffres, lettres et caractères spéciaux et doit être renouvelé fréquemment (par exemple tous les 3 mois). Le système doit contraindre l'utilisateur à choisir un mot de passe différent des trois qu'il a utilisés précédemment. Généralement attribué par l'administrateur du système, le mot de passe doit être modifié

63• <http://www.cnil.fr/la-cnil/actu-cnil/article/article//10-conseils-pour-securiser-votre-systeme-dinformation-1/>

obligatoirement par l'utilisateur dès la première connexion. Enfin, les administrateurs des systèmes et du réseau doivent veiller à modifier les mots de passe qu'ils utilisent eux-mêmes.

2• Concevoir une procédure de création et de suppression des comptes utilisateurs.

L'accès aux postes de travail et aux applications doit s'effectuer à l'aide de comptes utilisateurs nominatifs, et non « génériques » (compta1, compta2...), afin de pouvoir éventuellement être capables de tracer les actions faites sur un fichier et, ainsi, de responsabiliser l'ensemble des intervenants. En effet, les comptes « génériques » ne permettent pas d'identifier précisément une personne. Cette règle doit également s'appliquer aux comptes des administrateurs systèmes et réseaux et des autres collaborateurs chargés de l'exploitation du système d'information.

3• Sécuriser les postes de travail

Les postes des collaborateurs doivent être paramétrés afin qu'ils se verrouillent automatiquement au-delà d'une période d'inactivité (10 minutes maximum) ; les utilisateurs doivent également être incités à verrouiller systématiquement leur poste dès qu'ils s'absentent de leur bureau. Ces dispositions sont de nature à restreindre les risques d'une utilisation frauduleuse d'une application en cas d'absence momentanée de l'agent du poste concerné. Par ailleurs, le contrôle de l'usage des ports USB sur les postes « sensibles », interdisant par exemple la copie de l'ensemble des données contenues dans un fichier, est fortement recommandé.

4• Identifier précisément qui peut avoir accès aux fichiers

L'accès aux données personnelles traitées dans un fichier doit être limité aux seules personnes qui peuvent légitimement y avoir accès pour l'exécution des missions qui leur sont confiées. De cette analyse, dépend « le profil d'habilitation » du salarié concerné. Pour chaque mouvement ou nouvelle affectation d'un salarié à un poste, le supérieur hiérarchique concerné doit identifier le ou les fichiers auxquels celui-ci a besoin d'accéder et faire procéder à la mise à jour de ses droits d'accès. Une vérification périodique des profils des applications et des droits d'accès aux répertoires sur les serveurs est donc nécessaire afin de s'assurer de l'adéquation des droits offerts et de la réalité des fonctions occupées par chacun.

5• Veiller à la confidentialité des données vis-à-vis des prestataires

Les interventions des divers sous-traitants du système d'information d'un office doivent présenter les garanties suffisantes en terme de sécurité et de confidentialité à l'égard des données auxquels ceux-ci peuvent, le cas échéant, avoir accès. La loi impose ainsi qu'une clause de confidentialité soit prévue dans les contrats de sous-traitance.

Les éventuelles interventions d'un prestataire sur des bases de données doivent se dérouler en présence d'un salarié du service informatique et être consignées dans un registre. Les données qui peuvent être considérées « sensibles » au regard de la loi, par exemple des données de santé ou des données relatives à des moyens de paiement, doivent au surplus faire l'objet d'un chiffrement.

A noter : l'administrateur systèmes et réseau n'est pas forcément habilité à accéder à l'ensemble des données de l'office. Pourtant, il a besoin d'accéder aux plates-formes ou aux bases de données pour les administrer et les maintenir. En chiffrant les données avec une clé dont il n'a pas connaissance, et qui est détenue par une personne qui n'a pas accès à ces données (le responsable de la sécurité par exemple), l'administrateur peut mener à bien ses missions et la confidentialité est respectée.

6• Sécuriser le réseau local

Un système d'information doit être sécurisé vis-à-vis des attaques extérieures. Un premier niveau de protection doit être assuré par des dispositifs de sécurité logique spécifiques tels que des routeurs filtrants (ACL), pare-feu, sonde anti intrusions, etc. Une protection fiable contre les virus et logiciels espions suppose une veille constante pour mettre à jour ces outils, tant sur le serveur que sur les postes des collaborateurs. La messagerie électronique doit évidemment faire l'objet d'une vigilance particulière. Les connexions entre les sites parfois distants d'un office doivent s'effectuer de manière sécurisée, par l'intermédiaire des liaisons privées ou des canaux sécurisés par technique de « tunneling » ou VPN (réseau privé virtuel). Il est également indispensable de sécuriser les réseaux sans fil compte tenu de la possibilité d'intercepter à distance les informations qui y circulent : utilisation de clés de chiffrement, contrôle des adresses physiques des postes clients autorisés, etc. Enfin, les accès distants au système d'information par les postes nomades doivent faire préalablement l'objet d'une authentification de l'utilisateur et du poste. Les accès par internet aux outils d'administration électronique nécessitent également des mesures de sécurité fortes, notamment par l'utilisation de protocoles IPsec, SSL/TLS ou encore HTTPS.

7• Sécuriser l'accès physique aux locaux

L'accès aux locaux sensibles, tels que les salles hébergeant les serveurs informatiques et les éléments du réseau, doit être limité aux personnels habilités. Ces locaux doivent faire l'objet d'une sécurisation particulière : vérification des habilitations, gardiennage, portes fermées à clé, digicode, contrôle d'accès par badges nominatifs, etc. La DSI ou le responsable informatique doit veiller à ce que les documentations techniques, plans d'adressages réseau, contrats, etc. soient eux aussi protégés.

8• Anticiper le risque de perte ou de divulgation des données

La perte ou la divulgation de données peut avoir plusieurs origines : erreur ou malveillance d'un salarié, vol d'un ordinateur portable, panne matérielle, ou encore conséquence d'un dégât des eaux ou d'un incendie. Il faut veiller à stocker les données sur des espaces serveurs prévus à cet effet et faisant l'objet de sauvegardes régulières. Les supports de sauvegarde doivent être stockés dans un local distinct de celui qui héberge les serveurs, idéalement dans un coffre ignifugé. Les serveurs hébergeant des données sensibles ou capitales pour l'activité de l'organisme concerné doivent être sauvegardés et pourront être dotés d'un dispositif de tolérance de panne. Il est recommandé d'écrire une procédure « urgence – secours » qui décrira comment remonter rapidement ces serveurs en cas de panne ou de sinistre majeur. Les supports nomades (ordinateurs portables, clé USB, assistants personnels etc.) doivent faire l'objet d'une sécurisation particulière, par chiffrement, au regard de la sensibilité des dossiers ou documents qu'ils peuvent stocker. Les matériels informatiques en fin de vie, tels que les ordinateurs ou les copieurs, doivent être physiquement détruits avant d'être jetés, ou expurgés de leurs disques durs avant d'être donnés à des associations. Les disques durs et les périphériques de stockage amovibles en réparation, réaffectés ou recyclés, doivent faire l'objet au préalable d'un formatage de bas niveau destiné à effacer les données qui peuvent y être stockées.

9• Anticiper et formaliser une politique de sécurité du système d'information

L'ensemble des règles relatives à la sécurité informatique doit être formalisé dans un document accessible à l'ensemble des agents ou des salariés. Sa rédaction requiert l'inventaire préalable des éventuelles menaces et vulnérabilités qui pèsent sur un système d'information. Il convient de faire évoluer régulièrement ce document, au regard des modifications des systèmes et outils informatiques utilisés par l'organisme concerné. Enfin, le paramètre « sécurité » doit être pris en compte en amont de tout projet lié au système d'information.

10• Sensibiliser les utilisateurs aux « risques informatiques » et à la loi « informatique et libertés »

Le principal risque en matière de sécurité informatique est l'erreur humaine. Les utilisateurs du système d'information doivent donc être particulièrement sensibilisés aux risques informatiques liés à l'utilisation de bases de données. Cette sensibilisation peut prendre la forme de formations, de diffusion de notes de service, ou de l'envoi périodique de fiches pratiques. Elle sera également formalisée dans un document, de type « charte informatique », qui pourra préciser les règles à respecter en matière de sécurité informatique,

mais aussi celles relatives au bon usage de la téléphonie, de la messagerie électronique ou encore d'internet. Ce document devrait également rappeler les conditions dans lesquelles un salarié ou un agent peut créer un fichier contenant des données personnelles, par exemple après avoir obtenu l'accord de son responsable, du service juridique ou du CIL de l'entreprise ou de l'organisme dans lequel il travaille. Ce document doit s'accompagner d'un engagement de responsabilité à signer par chaque utilisateur.

A noter : veiller à ce que les utilisateurs nettoient régulièrement leurs vieux documents et messages électroniques sur leurs postes. De même, nettoyer régulièrement le répertoire d'échange partagé entre les différents services afin qu'il ne se transforme pas en espace « fourre-tout » (fichiers personnels des agents mélangés avec des dossiers sensibles).

En publiant des règlements types de sécurité.

En répondant aux demandes de conseil des DSI (directeurs des systèmes informatiques).

En formant les CIL (correspondants informatique et libertés) qui garantissent au sein des entreprises la bonne application de la loi « informatique et libertés ».

2.2.1.3 Sauvegarde

Points importants à vérifier lors de la mise en place d'une sauvegarde externalisée :

- Définition des postes autorisés à effectuer les sauvegardes
- Transmission des données par VPN (Réseau Privé Virtuel)
- Cryptage des données
- Désinfection automatique par antivirus
- Signature électronique des fichiers pour garantir la conformité par rapport à l'original
- Garantie de restauration
- Restauration sans limite et immédiate
- Points de stockage : interne et externe
- Condition de stockage : accès réservé au personnel du sous-traitant
- Rapport de sauvegarde quotidien

Problématiques juridiques :

- Garanties de restauration en cas de cession de contrat, de faillite
- Problème lié à la consultation abusive de technicien malveillant (solution = cryptage des données).

2.2.1.4 Zones bloc notes

En juillet 2005, la CNIL a été saisie d'une plainte concernant les pratiques d'une étude d'huissiers de justice. Le requérant venait de recevoir une injonction de payer sur laquelle apparaissait, à côté de son identité, la mention

« méchant imbécile ». En novembre 2005, une délégation de la CNIL s'est rendue dans les locaux de l'étude afin de vérifier le contenu des fichiers utilisés par cette étude s'agissant, notamment, de l'utilisation des zones « bloc-notes ». La délégation de la CNIL a procédé à une extraction sur support papier des données enregistrées dans la base de données « clients » dénommée « Arche » ainsi que sur CD-ROM pour la sauvegarde mensuelle du mois d'août 2005.

Elle a relevé l'existence de nombreux commentaires sur les fiches informatiques des débiteurs, sans lien direct avec la finalité du traitement et dénués de toute pertinence ou objectivité. Ces commentaires faisaient, notamment, référence à l'état de santé des personnes, à leurs traits de caractère ou à l'existence de mesures pénales. Il est également apparu que des données différentes étaient enregistrées dans la cassette de sauvegarde et dans le listing papier pour les mêmes dossiers. Ainsi par exemple, dans le dossier n° 050119, le listing papier indiquait dans la zone « bloc-notes » : « pensionné COTOREP ; Gros berger allemand ! » et, dans la cassette de sauvegarde, dans la même zone « bloc-notes », figurait en plus la mention : « Séropositif depuis 23 ans ».

- Infractions à la législation

- Manquement aux obligations

L'article 6-1° de la loi du 6 janvier 1978 modifiée qui dispose qu'un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel (...) collectées et traitées de manière loyale et licite.

L'article 6-3° de la loi du 6 janvier 1978 modifiée qui dispose qu'un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel (...) adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs.

Le non-respect de ces obligations est susceptible d'entraîner l'application de l'article 226-18 du Code pénal.

L'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée dispose qu'il est interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel, en dehors des cas prévus au II de ce même article, qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci.

L'article 9-2° de la loi du 6 janvier 1978 modifiée dispose que les traitements de données à caractère personnel relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté ne peuvent être mis en œuvre par les auxiliaires de justice que pour les stricts besoins de l'exercice des missions qui leur sont confiées par la loi. A cet égard, les commentaires identifiés étaient manifestement excessifs au regard des missions qui incombent aux huissiers de justice.

Les commentaires relevant de l'intimité de la vie privée des clients ou de leurs rapports avec des tiers peuvent relever de l'article 226-22 du Code pénal.

Mise en conformité

Mise en œuvre d'une mesure significative permettant de garantir que l'ensemble des fichiers fait l'objet, d'un contrôle de conformité (par exemple « balayage » des zones commentaires) et engagement de mesures de correction.

Prendre toute mesure pour procéder à la suppression de toute mention susceptible de ne pas être conforme aux articles 6-1°, 6-3°, 8 et 9-2° de la loi du 6 janvier 1978 modifiée qui serait enregistrée dans tout traitement de données à caractère personnel mis en œuvre au sein de l'étude.

Rectifier les différences entre la version papier et la version informatique.

Recommandations

Mesures pouvant être prises afin de s'assurer que les zones « bloc notes » ou zones de commentaires / texte libre ne puissent contenir des données non conformes à la législation informatique et libertés.

- Mesures de sensibilisation du personnel de l'étude (mise en place d'un panneau d'affichage dans les locaux de l'étude, consignes particulières...).
- Politique régulière de contrôle des zones commentaires par échantillonnage ou balayage (une demande peut être effectuée auprès de son prestataire informatique)

Certains logiciels de rédaction d'actes comportent au sein des fiches « clients » des champs intitulés « **intérêt** » (maximum, moyen, minimum), « **cadeaux** » (sommes d'argent de 1 000 à 2 000) et « **exclure** ». Ces types de champ ne semblent pas conformes à l'usage du fichier client et pourraient s'avérer illicites au regard des prescriptions de la n° 78-17 du 6 janvier 1978.

2.2.1.5 *Wifi (Wireless Fidelity)*

La CNIL s'est prononcée le 18 août 2006 sur les risques liés à l'utilisation des technologies Wi-Fi et préconise la prudence en la matière. Sur la base des normes 802.11 a et b (et dans l'attente de la norme 802.11i), la CNIL relevait déjà que le Wi-Fi présentait de « sérieuses lacunes en matière de confidentialité/sécurité ». Elle donne à ce titre quelques principes de précautions :

- En tant qu'utilisateur d'un réseau Wi-Fi, ne pas laisser les ordinateurs personnels allumés et connectés en permanence au réseau local radio.
- En tant qu'administrateur de réseau local Wi-Fi, activer le protocole WEP. Cette fonctionnalité permet d'obtenir un niveau minimum de confidentialité et de limiter certains risques d'intrusion.
- Afin de limiter l'accès à votre réseau local radio à quelques utilisateurs pré-identifiés, prendre la précaution supplémentaire de mettre en place une liste de contrôle d'accès.

2.2.1.6 Smart-Phones (BlackBerry® de RIM, i-phone d'Apple...)

Suivant les modèles, ces appareils permettent d'envoyer et de recevoir des courriels, de téléphoner, d'avoir accès à Internet, d'envoyer des SMS, d'utiliser une messagerie instantanée ou avoir accès à distance aux données de l'entreprise. Ils permettent par ailleurs la lecture intelligente des pièces jointes sur différents formats (.xls, .ppt, .pdf...).

Il est évident que cette technologie offre des solutions pratiques pour les professionnels. Cependant, il existe des risques quant à la sécurité et la confidentialité des données transmises par cette technologie. En effet, sur certains de ces appareils, les informations qui sont envoyées transitent par des serveurs internationaux situés au Canada et en Angleterre. La confidentialité des données n'est pas complètement assurée selon le Secrétariat général à la Défense nationale (SGDN). Leur utilisation serait d'ailleurs interdite dans les ministères français ainsi qu'à Matignon et à l'Élysée par une circulaire de juin 2007 émanant du SGDN.

Enfin, lors des opérations de synchronisations, des risques de transmission de virus du Smartphone à l'ordinateur existent. Il est donc nécessaire de s'assurer de l'installation d'un antivirus ainsi que d'un code PIN mis à jour régulièrement.

2.2.1.7 Ordinateurs portables

L'utilisation de micro-ordinateurs portables connectés à distance par modem RTC à un réseau informatique entreprise permettant ainsi d'accéder à des données personnelles implique la mise en œuvre de mesures de sécurité importantes.

- **Sécurités sur les micro-ordinateurs portables**

Le risque de perte, vol, ou accès par un tiers non autorisé à un micro-ordinateur portable est réel, des dispositifs de protection doivent être mis en place pour rendre ces événements sans conséquence.

Les micro-ordinateurs portables peuvent être protégés au démarrage (lors de la mise sous tension) par l'obligation de saisie d'un mot de passe (un mot de passe à la mise sous tension empêche celui qui ne le connaît pas de démarrer l'ordinateur).

Notons que la protection à ce stade est contournable et ne peut à elle seule assurer la sécurité du micro-ordinateur. Un mot de passe efficace compte au moins sept caractères alphanumériques, est changé régulièrement, et ne doit pas être trivial. Le contrôle d'accès à un micro-ordinateur peut aussi être effectué par un système de biométrie (empreintes digitales : non stockées dans une base de données centralisée) ou également par l'utilisation d'une clé électronique (sur port USB). Certaines clés électroniques utilisent d'ailleurs la biométrie.

L'utilisation d'un système d'exploitation imposant la saisie d'un code identifiant (distinct du nom de l'utilisateur) et d'un mot de passe est une garantie supplémentaire de protection. Ce type de système d'exploitation permet le plus souvent d'administrer des « profils utilisateurs », et de limiter ainsi les accès à certains espaces disque, logiciels et données. D'autre part, la mise en œuvre d'un écran de veille protégé par un mot de passe et interdisant l'utilisation du micro-ordinateur dans l'hypothèse de sa non utilisation, complète les sécurités d'accès. Il faut également s'assurer de la suppression des comptes et des mots de passe « installés par défaut » par certains systèmes d'exploitation (c'est le cas par exemple du compte administrateur installé par défaut sous Windows XP).

A l'égard des données sensibles enregistrées sur le disque dur de l'ordinateur portable, il convient d'envisager l'utilisation d'un logiciel de cryptage. Deux stratégies sont possibles. La première consiste à crypter au « coup par coup » les fichiers ou documents que l'on désire rendre illisibles. La deuxième repose sur la création « d'un disque virtuel entièrement crypté » installé sur un espace réservé du disque dur de l'ordinateur rendant automatiquement illisible l'ensemble des données, fichiers ou documents qui y sont rangés. Une clé de cryptage de 128 bits peut être considérée comme sûre, mais le mot de passe qui protège l'accès à cette clé doit impérativement répondre aux critères de sécurité (longueur, trivialité, durée de validé).

- Les données

Les données provenant du serveur central de l'organisme et enregistrées sur l'ordinateur portable présentent le risque d'être périmées. L'enregistrement des données sur l'ordinateur portable est-il indispensable ? Un simple accès en consultation à distance sur le serveur des informations nécessaires est peut-être satisfaisant. Dans le cas d'enregistrement des données sur l'ordinateur portable, il est obligatoire de se garantir de la non péremption de ces dernières au moment de leur utilisation. Lors de la synchronisation entre le portable et le réseau, des contrôles peuvent être effectués sur la cohérence et l'intégrité des données, et des modules de traitement signés permettent de s'assurer de leur authenticité. Certains systèmes de bases de données intègrent d'ailleurs des fonctionnalités de contrôles de cohérence avec les bases connectées.

- La connexion au réseau entreprise par ligne RTC

Lors de la connexion à distance au réseau d'entreprise, l'indication sous forme d'un affichage écran des date et heure de la dernière connexion sous les mêmes code utilisateur et mot de passe permettrait le contrôle et la détection des accès illicites. Si les points d'appel sont connus et invariables (domicile du collaborateur), il est possible de mettre en place un système de « call back », par lequel

le serveur rappelle un point connu et identifié pour la connexion. Les connexions simultanées utilisant les mêmes identifiant et mot de passe peuvent être interdites et générer des alertes aux deux niveaux, serveur et client.

- La sécurisation du réseau entreprise

Le réseau sur lequel viendront se connecter les micro-ordinateurs portables doit lui-même faire l'objet de protections. Le serveur peut être protégé par la mise en œuvre d'un « firewall » correctement paramétré (inclus dans le « pack Real2 »). Il peut aussi être une machine dédiée, déconnectée du réseau entreprise, et ne mettre à disposition des postes nomades qu'une copie des données utiles. L'utilisation de « signatures électroniques » (clé Real) permet également d'interdire efficacement les intrusions. Une procédure de déconnexion automatique par « time out » déclenchée par la non utilisation du système est aussi très efficace (ce système étant piloté par le serveur). Le serveur peut également gérer des plages horaires d'accès. D'autre part, il paraît raisonnable de limiter ou interdire les transferts de fichiers complets, de limiter les volumes des informations transférées, et d'effectuer une « journalisation » de toutes les requêtes au niveau du serveur, sans oublier l'exploitation quotidienne des journaux.

- Les transactions

Il est essentiel de protéger les transactions entre le serveur et les micro-ordinateurs portables. A cet effet, la mise en place de transactions sécurisées par « SSL » (Secure Sockets Layers, que l'on pourrait traduire par couche de sockets sécurisée) permettrait de garantir l'intégrité et la confidentialité des données échangées entre client et serveur. La solution SSL est une solution simple, gratuite, pouvant être mise en œuvre par les navigateurs. Une autre alternative, plus puissante, qui implique par contre un investissement plus important, est le déploiement d'un réseau privé virtuel « VPN » (Virtual Private Network). Pour faire simple, le VPN présente l'avantage de garantir la confidentialité, l'intégrité et l'authentification des échanges.

- Mise en œuvre des sécurités et sensibilisation des utilisateurs

La mise en œuvre et le paramétrage des sécurités sur les micro-ordinateurs portables doivent être protégés et non accessibles aux utilisateurs. Seuls les changements des mots de passe doivent rester à leur charge.

2.2.1.8 Jurisprudences

Cass. crim. 30/10/01 : Des médecins ayant diffusé leur code d'accès à leur personnel ont été condamnés pour défaut de sécurité. Les juges ont évoqué que malgré la sensibilisation des collaborateurs, celle-ci reste insuffisante car trop de « turnover » au sein de l'organisme.

CA Paris du 30/10/02 : Une victime a été déboutée à raison de la sécurité défaillante du système d'information alors qu'elle avait porté plainte pour piratage !

En 1986, un agent immobilier s'étant fait voler son ordinateur porte plainte mais est condamné pour défaut de déclaration du traitement à la CNIL et manque de sécurisation de son portable.

2.2.2 - Sécurité physique

2.2.2.1 *Doctrine CNIL*

Par décision du 20 mai 2008, la CNIL, a prononcé un avertissement à l'égard de la société entrepaticuliers.com en raison de plusieurs manquements à la loi informatique et libertés. Le site internet entrepaticuliers.com a, comme son nom l'indique, pour but de mettre en relation des particuliers, vendeurs et acheteurs de biens immobiliers. La CNIL a été saisie de plaintes d'annonceurs particuliers, dénonçant des failles de sécurité (ils arrivaient à accéder au compte d'autres annonceurs), l'absence de prise en compte de leur demande de suppression de leurs données personnelles, ainsi que leur démarchage par des agences immobilières.

Après avoir mis en demeure la société d'améliorer l'information de ses clients sur les droits offerts par la loi informatique et libertés et de prendre des mesures afin de sécuriser ses traitements informatiques, la CNIL a effectué un contrôle sur place dans les locaux de cette société.

- Ce contrôle a permis de constater les manquements suivants.

Une faille de sécurité permettant d'accéder, depuis le site internet, à l'espace personnel des particuliers annonceurs (données de facturation, possibilité de modifier les annonces à leur insu...).

L'absence de limitation de durée de conservation des données à caractère personnel. Des carences en matière d'information sur les droits offerts par la loi informatique et libertés, en particulier l'absence de prise en compte du droit d'opposition ou des mentions d'informations insuffisantes sur les formulaires en ligne.

Des campagnes de prospection commerciale par SMS ou courriel sans recueil du consentement préalable des personnes contactées (en violation de l'article L. 34-5 du Code des postes et télécommunications)⁶⁴.

2.2.2.2 *Biométrie*

La CNIL précise dans son guide pour les employeurs et les salariés que : « la biométrie regroupe l'ensemble des techniques informatiques permettant de reconnaître automatiquement un individu à partir de ses caractéristiques physiques, biologiques, voire comportementales. Les données biométriques sont des données à caractère personnel car elles permettent d'identifier une personne. »

64• <http://www.cnil.fr> - CNIL - Commission nationale de l'informatique et des libertés ; communiqué du 25 novembre 2008.

Le juge judiciaire est très réticent à admettre le contrôle des salariés par biométrie : ce mode de contrôle ne peut se justifier que par une finalité sécuritaire ou protectrice de l'activité exercée dans les locaux identifiés.

Opérant un contrôle de proportionnalité sévère, le TGI de Paris décide que l'utilisation d'empreintes digitales afin d'assurer un contrôle du temps de travail met en cause le corps humain et porte atteinte aux libertés individuelles.⁶⁵

Tout organisme qui souhaite installer un dispositif biométrique doit adresser à la CNIL une demande d'autorisation, préalablement à la mise en œuvre du traitement, la Commission disposant alors d'un délai de deux mois renouvelable une fois pour se prononcer, son silence valant refus de la demande d'autorisation.

La position de la CNIL a évolué récemment. Elle s'est prononcée de manière défavorable à l'égard de la mise en œuvre de systèmes de contrôle du temps de travail par reconnaissance d'empreintes digitales ou de l'iris de l'œil, en l'absence d'impératifs sécuritaires incontestables.⁶⁶

En revanche, la Commission a autorisé la mise en place de dispositifs d'accès à des locaux reposant sur la reconnaissance du contour de la main. Le critère retenu par la CNIL pour autoriser un tel dispositif réside dans le fait que ce type de biométrie (contour de la main⁶⁷, reconnaissance faciale, paume de la main, réseau veineux⁶⁸), ne laisse pas de «traces» permettant l'identification des personnes⁶⁹, au contraire de dispositifs «avec traces» tels que l'empreinte digitale.

Dans une délibération du 27 avril 2006, la CNIL, a précisé les principaux critères sur lesquels elle se fonde pour autoriser ou refuser le recours à des dispositifs reposant sur la reconnaissance des empreintes digitales avec stockage sur un terminal de lecture-comparaison ou sur un serveur⁷⁰.

65• TGI Paris, 1^{re} Ch., Sect. soc., 19 avril 2005, n° 05-003.82

66• Délib. CNIL n° 04-018, 8 avril 2004

67• JO n° 138 du 16 juin 2006, délibération n° 2006-103 du 27 avril 2006 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositif de reconnaissance du contour de la main et ayant pour finalité l'accès au restaurant scolaire

68• JORF n° 0142 du 21 juin 2009 texte n° 50, délibération n° 2009-316 du 7 mai 2009 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance du réseau veineux des doigts de la main et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux sur les lieux de travail

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020764858&fastPos=2&fastReqId=1628593731>

69• Délib. CNIL n° 2005-169, 2005-185 et 2005-186, 5 juillet 2005

70• JO n° 138 du 16 juin 2006, délibération n° 2006-102 du 27 avril 2006 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance de l'empreinte digitale exclusivement enregistrée sur un support individuel détenue par la personne concernée et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux sur les lieux de travail.

2.2.2.3 Traitement automatisé relatif à la gestion des contrôles d'accès aux locaux des salariés (badges), à la gestion des horaires ainsi qu'à la gestion de la restauration.

Les systèmes mis en œuvre peuvent utiliser la technique des cartes magnétiques ou à puce, avec ou sans contact, ou d'autres dispositifs techniques tels que, par exemple, la frappe de code secret.

Les traitements mis en œuvre ne doivent concerner que les entrées et sorties du lieu de travail et ne pas permettre le contrôle des déplacements à l'intérieur du lieu de travail, à l'exception des cas dans lesquels certaines zones identifiées font l'objet d'une restriction de circulation justifiée par la sécurité des biens et des personnes qui y travaillent. Les traitements mis en œuvre dans ce cadre n'ont pas pour objet de permettre le contrôle du respect des quotas de facilités en temps accordés aux représentants du personnel.

- Contrôle des accès

Inopposabilité au salarié de traitements non déclarés ou non conformes à la loi I&L : impact sur la preuve.

En plus des dispositions du droit du travail applicables, la loi I&L impose la proportionnalité (interdiction usage privé), l'information du salarié et des IRP.

2.2.2.4 Jurisprudence

Cass. soc. du 6/04/04 : caractère abusif de licenciement pour refus réitéré de « badge » en l'absence de déclaration du traitement et malgré l'information dans le règlement intérieur.

CA Agen du 3/08/05 : données GPS non recevables comme preuve de faute du salarié car contrôle disproportionné (permanent) et non déclaré.

Cour d'appel de Versailles 6/10/03 : Un fichier Excel concernant gestion des ressources humaines s'est retrouvé à la Une de l'humanité après avoir été retrouvé dans une poubelle : Défaut de sécurité

Préconisation : broyage des documents confidentiels.

2.2.3 – Les objectifs à atteindre dans l'office

- Assurer la sécurité du système informatique
- La CNIL a sanctionné les cas suivants : mauvaise gestion des habilitations ; absence de contrôle d'accès ; absence de clauses contractuelles de confidentialité avec les prestataires ; envoi par courriel non sécurisé, « l'outsourcing » (hébergement de données GED sur serveurs partagés, traitement paie sans contractualisation stricte de confidentialité).

- Rappel : les données ne doivent être ni déformées, ni endommagées, ni accessibles à des tiers non autorisés (externe, interne, réponses droit d'accès erronées).

- Double violation : Droit informatique et libertés et secret professionnel.

- Ex : pas de clause contractuelle stipulant que le sous-traitant ne peut agir que sur ordre du notaire. Donc inexistence pour la CNIL de sous-traitant et ainsi divulgation à un destinataire non autorisé!

- Éviter que le notaire soit responsable des faits de son salarié sur internet
- Éviter les pertes de productivité
- Respecter les exigences de contrôle interne

3 – La création de la fonction de *correspondant* au sein de l'office

3.1 La réflexion préalable à la désignation d'un correspondant

3.1.1 Les éléments déclencheurs de la désignation

La promulgation de la loi et la publication du décret d'application constituent une étape déterminante dans la création de la fonction de CIL mais celle-ci, contrairement à d'autres pays européens⁷¹, n'a aucun caractère obligatoire au sein des entreprises. Quels peuvent être les éléments déclencheurs de la création de cette nouvelle fonction au sein des entreprises françaises?

3.1.1.1 – Les arguments de la CNIL

La CNIL ayant échoué à rendre cette fonction obligatoire de par la loi, elle a beaucoup communiqué sur les avantages que peuvent tirer les entreprises de ce nouveau dispositif pour donner un élan à la désignation de CIL et même contacté les plus importantes d'entre elles pour les inciter à franchir le pas.

Dans le guide du correspondant informatique et libertés, La CNIL met en avant les avantages suivants⁷² :

1. Alléger les formalités ;
2. Assurer une meilleure application de la loi.

Pour qualifier le premier argument de la CNIL, certains évoquent sous forme de boutade l'économie de timbre dégagee par l'exonération des formalités de déclaration préalable à la mise en œuvre d'un traitement. Depuis la mise en place des formalités de télé-déclaration sur le site de la CNIL, l'économie de timbre a même disparu. Plus sérieusement l'allégement des formalités n'est pas avéré, le CIL désigné ayant pour mission d'établir et tenir à jour un registre interne des traitements qui contient les mêmes informations sur les caractéristiques des traitements (finalité, mesures de sécurité, destinataires des données, etc...) que celles qui sont à communiquer à la CNIL lors

71• Allemagne pour toute entreprise supérieure à 9 salariés,

72• Guide du Correspondant informatique et libertés édité en janvier 2006 par la CNIL, Chapitre I, p.3 téléchargeable à l'adresse suivante : http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/CIL/Guide_correspondants.pdf

de l'établissement d'un dossier de déclaration à la CNIL. De ce point de vue, la charge de travail reste sensiblement la même, avec ou sans CIL. Le second avantage mis en avant par la CNIL dans le Guide du CIL, « assurer une meilleure application de la loi », révèle dans sa formulation la volonté de la CNIL de disposer de relais au sein des organismes pour assurer les missions qui lui incombent. Ce n'est pas à l'entreprise de faire appliquer la loi à laquelle elle est soumise. De ce point de vue, le terme conformité serait plus approprié que celui d'application : assurer une meilleure conformité à la loi.

Dans son « Guide pratique pour les employeurs » publié en octobre 2005, la CNIL reconnaît que « l'accomplissement des formalités préalables (...) ne constitue en quelque sorte que la face émergée du système de protection des données à caractère personnel ». Ce guide présente le CIL comme « un vecteur de diffusion de la culture informatique et libertés »⁷³ et développe des arguments plus à même d'inciter un chef d'entreprise à engager une démarche de désignation de CIL. Le CIL est présenté comme une assistance pour le responsable des traitements. Il doit l'aider à assurer la conformité à la loi (respect du droit des personnes, respect des obligations de sécurité, etc...) pour éviter les sanctions pénales. Il pourra également faire des préconisations en matière d'organisation ou de choix de systèmes technologiques. Le CIL se trouve valorisé et présenté comme une fonction participant à la gouvernance d'entreprise.

3.1.1.2 - Les avantages du point de vue de l'entreprise

Le mouvement des entreprises de France (MEDEF) ne fait pas particulièrement la promotion de la fonction de correspondant sur son site internet. Parmi les guides SSI publiés sur son site, la fiche 2 « Connaître la législation en vigueur et la jurisprudence »⁷⁴ fait état des obligations découlant de la loi informatique et libertés ainsi que des sanctions encourues par le chef d'entreprise. Ce document rédigé en mai 2005 rappelle les allègements de formalités introduits par la modification de la loi en août 2004 « sauf cas particuliers, le chef d'entreprise a l'obligation d'effectuer une déclaration préalable de ces traitements auprès de la CNIL », sans jamais citer le CIL.

L'argument de la CNIL relatif à la diminution du risque juridique pourra éveiller l'attention de certains chefs d'entreprise. L'organisme de contrôle français n'a cependant pris aucun engagement de bienveillance envers les organismes ayant désigné un correspondant, contrairement à ce qui se pratique dans d'autres pays. La commission nationale pour la protection des données

73• Guide pratique pour les employeurs, édité par la CNIL en octobre 2005, p.4. consultable à l'adresse : http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/La_CNIL/publications/CNIL_GuideTravail.pdf

74• Guide SSI Connaître la législation en vigueur et la jurisprudence consultable à l'adresse http://www.medef.fr/staging/medias/upload/79636_FICHIER.pdf

luxembourgeoise garantit une certaine mansuétude pour les responsables ayant désigné un chargé de la protection des données, l'équivalent du correspondant français: « Lorsqu'un chargé est institué, la commission nationale s'impose une certaine retenue dans l'exercice de ses missions à l'égard du responsable qui a désigné un chargé ». ⁷⁵

Plus pragmatiquement, outre l'intérêt bien compris du chef d'entreprise de réduire son risque juridique, les entreprises raisonnent en terme de flexibilité, de rentabilité, d'avantage compétitif ou d'image. Pour celles d'entre elles qui mettent en œuvre un nombre important de traitements de données à caractère personnel la désignation confère une plus grande flexibilité et une célérité accrue dans la mise en œuvre de nouveaux traitements ou la modification de traitement existants. L'entreprise n'a pas à attendre le récépissé de la CNIL avant de procéder à la mise en œuvre de son traitement. Elle peut également se mettre en conformité pour les formalités préalables de déclaration incomplètes ou inexistantes sans avoir à en référer à la CNIL, le correspondant se chargeant d'actualiser le registre interne.

L'avantage financier que peuvent tirer les entreprises d'une désignation reste plus difficile à apprécier. Alors que les coûts salariaux du correspondant sont à la charge de l'entreprise qui le désigne, les amendes susceptibles de frapper l'entreprise prise en infraction s'élèvent théoriquement à 150 000 € à la première condamnation et 300 000 € en cas de récidive. Dans la pratique, la probabilité de subir un contrôle et des sanctions pécuniaires, tout en étant en forte croissance au cours des dernières années, reste faible (environ 300 contrôles en 2009). La CNIL a prononcé des sanctions pécuniaires pour des amendes allant de 5 000 à 70 000 €. Le nombre des condamnations prononcées et le montant des amendes infligées jusqu'à ce jour pourraient inciter les entreprises à accepter le risque financier lié à une condamnation plutôt que de supporter les coûts fixes du salaire d'un correspondant. La CNIL peut cependant prononcer d'autres sanctions que les amendes financières. Elle peut ainsi rendre publique la sanction prononcée à l'égard d'une entreprise et exiger la publication dans les journaux de la condamnation prononcée aux dépens de l'entreprise « en cas de mauvaise foi du responsable du traitement », conformément à l'article 46 de la loi informatique et libertés modifiée en 2004. La CNIL a fait usage de ce pouvoir lors de la toute première décision qu'elle a prononcée dans le cadre de l'exercice de ses nouveaux pouvoirs de sanction. Le Crédit Lyonnais a ainsi été condamné à 45 000 € d'amende et à la publication de la sanction dans les journaux La Tribune et

75 • Site de l'autorité luxembourgeoise, rubrique « chargé de la protection des données »
http://www.cnpd.lu/fr/charge_protection/index.html

Le Figaro pour l'inscription abusive de plusieurs clients dans le fichier central dit « retraits CB » géré par la Banque de France et entrave à l'action de la CNIL⁷⁶. Le préjudice, en terme d'image, découlant de cette publication est difficile à chiffrer mais représente certainement une sanction plus dommageable que la simple sanction pécuniaire. A la suite de cette condamnation, la banque a d'ailleurs décidé de remédier à ses manquements et de mettre en place un service dédié à ses relations avec la CNIL⁷⁷. Une expérience négative peut constituer l'élément déclencheur de la mise en place d'un correspondant CNIL.

La CNIL peut enfin suspendre provisoirement l'exécution d'un traitement, verrouiller des données à caractère personnel voire prononcer une injonction de cesser définitivement un traitement en application de l'article 45 de la loi. La société B&M spécialisée dans la recherche de débiteurs a été contrôlée à plusieurs reprises depuis 2005 et mise en demeure de cesser la collecte et le traitement illicite au regard de la loi des données relatives aux débiteurs. Lors d'une audience de sanction qui s'est déroulée le 20 septembre 2007, la société a indiqué avoir subi une perte importante de son chiffre d'affaire pour les exercices 2006 et 2007, suite aux modifications de traitement demandées par la CNIL. La CNIL a tenu compte de ces éléments dans sa délibération de sanction n° 2007-322 du 25 octobre 2007⁷⁸ en ne prononçant qu'une sanction pécuniaire de 10 000 € limitée au regard des infractions relevées. Elle a en revanche prononcé une cessation de la mise en œuvre du traitement. Cet exemple illustre que le risque financier encouru par les entreprises va au-delà de la simple sanction pécuniaire. Une sanction prononcée par la CNIL peut impacter gravement le chiffre d'affaire d'une entreprise et la cessation d'un traitement mettre en péril la survie même de l'entreprise. Le respect de la loi informatique et libertés constitue un enjeu majeur susceptible d'inciter les entreprises à désigner un correspondant capable d'assurer la conformité des traitements de données à caractère personnel mis en œuvre en son sein.

Sans attendre la douloureuse expérience d'une procédure de sanction ou agir uniquement dans la crainte d'une sanction préjudiciable aux finances, à l'image ou à l'activité de l'entreprise, celle-ci peut franchir le pas de la désignation d'un correspondant en ayant une approche positive de la protection

76• Délibération CNIL n°2006-174 du 28 juin 2006 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre du Crédit Lyonnais (LCL)

http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/banque/D2006_174_Credit_Lyonnais.pdf

77• Echos de la séance de la CNIL du 4 septembre 2006 consultable à l'adresse

<http://www.cnil.fr/index.php?id=2104>

78• Délibération CNIL n° 2007-322 du 25 octobre 2007 sanctionnant la société B&M

<http://www.cnil.fr/index.php?id=2436>

des données à caractère personnel. L'élément déclencheur de la réflexion sur l'opportunité de se doter d'un correspondant peut être l'introduction d'une nouvelle technologie dans l'entreprise comme par exemple la biométrie ou la géolocalisation. Ce peut être également l'introduction de nouvelles pratiques telles que l'enregistrement du temps de travail, les téléprocédures, le dispositif d'alerte professionnelle qui s'impose aux entreprises soumises à la Loi Sarbanes Oxley⁷⁹ (filiales françaises de groupes américains ou d'entreprises cotées aux Etats-Unis) ou la mise en place de la cybersurveillance des salariés. Ces pratiques peuvent engendrer des tensions sociales susceptibles d'être apaisées par la désignation d'un CIL au sein de l'entreprise.

Pour les entreprises dont le modèle économique repose sur les techniques B2C (Business to Consumer), la confiance du consommateur dans les moyens technologiques mis en œuvre et le traitement des données personnelles saisies (numéro de carte bancaire, adresse de livraison, etc...) lors d'une procédure d'achat est un élément fondamental pour le développement des activités. Dans un article intitulé « Label et certification : Internet à l'âge de raison »⁸⁰, les auteurs mettent en avant les éléments susceptibles de gagner la confiance des cyber-consommateurs et citent parmi ceux-ci la désignation d'un CIL. Les internautes ont dépensé plus de mille milliards en 2007 et évoquent les craintes suivantes comme frein à l'acte d'achat :

- Le risque de se faire voler son numéro de carte bancaire lors d'un achat en ligne.
- Le risque de ne pas être livré après avoir payé le produit en ligne.
- Le risque que des données privées soient récupérées et utilisées à des fins commerciales.
- Le risque que les correspondances échangées sur le net soient détournées.

La désignation d'un CIL peut conférer l'image d'une entreprise soucieuse de la protection des données à caractère personnel mais on ne saurait encore

79• Suite aux scandales financiers des affaires Enron et Worldcom, le congrès américain vota une loi dénommée Sarbanes Oxley Act ou SOX en référence à ses 2 initiateurs. Elle dispose que les présidents des entreprises cotées aux Etats-Unis certifient leurs comptes auprès de la Securities and Exchanges Commission (SEC) l'organisme de régulation des marchés financiers US, équivalent de l'AMF en France, et mettent en place des mesures de lutte contre la corruption. Parmi les nombreuses exigences imposées par la loi Sarbanes-Oxley, la section 301 alinéa 4 impose la mise en place d'un processus d'alerte qui doit permettre aux employés de remonter au comité de vérification de l'entreprise leurs inquiétudes quant à une comptabilité ou un audit douteux, en ayant la garantie d'être protégé par l'anonymat.

Loi consultable à l'adresse <http://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>

80• Label et certification : Internet à l'âge de raison par Luc Masson et Nicolas Samarcq
<http://lexagone.fr/spip.php?article25>

parler de labellisation. L'article 11, 3° de la loi du 6 janvier 1978 modifiée prévoit que la CNIL peut attribuer des labels :

« 3° A la demande d'organisations professionnelles ou d'institutions regroupant principalement des responsables de traitements :

c) Elle délivre un label à des produits ou à des procédures tendant à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, après qu'elle les a reconnus conformes aux dispositions de la présente loi ; (...) ».

Ce pouvoir de labellisation pourrait-il s'appliquer au CIL ? A ce jour, la CNIL n'a labellisé aucun produit ni aucune procédure ; les décrets d'application de la loi parus en octobre 2005 et mars 2007⁸¹ ne définissent pas les modalités d'attribution de label. Elle a toutefois émis des avis de conformité à la loi du Code de déontologie présenté par le Syndicat national de la communication directe (SNCD)⁸² et du Code de conduite soumis pour avis par l'Union française du marketing direct (UFMD)⁸³.

En 2010, les procédures mises en place par l'ADSN dans le cadre du service mutualisé de correspondant à la protection des données, seront homologuées par la CNIL avant de pouvoir être labellisées début 2011, date à laquelle la Commission aura modifié son règlement intérieur, afin de pouvoir disposer de son pouvoir de labellisation.

La CNIL avait dans un premier temps publié la liste des organismes ayant désigné un CIL sur son site. Depuis un an, cette liste n'est plus référencée sur le site de l'autorité de contrôle même si elle reste accessible à qui en connaît l'adresse⁸⁴. Le document précise cependant : « La mention de l'organisme dans la liste ne vaut pas agrément du correspondant. »

L'entreprise ayant désigné un correspondant pourra toutefois mettre en avant le logo créé par la CNIL pour communiquer sur le fait qu'elle a désigné un correspondant et afficher sa politique de conformité informatiques et libertés et en tirer un avantage concurrentiel.

3.1.2 La nature de la désignation et le statut du *correspondant*

- CIL interne : il ne peut être le Notaire, qui serait à la fois responsable du traitement et garant de la conformité (conflit d'intérêt)
- CIL externe (avocat, expert comptable, consultant...)
- CIL mutualise (Art. 44 du décret d'octobre 2005) :
 - Au sein d'un groupe de sociétés
 - Au sein d'un GIE : salarié du groupement dont fait parti le RT

81• <http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/textes-fondateurs/textes-dapplication/>;

82• Délibération CNIL n° 2005-47 du 22 mars 2005

83• Délibération CNIL n°2005-51 du 30 mars 2005

84• http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/CIL/CIL_designation.pdf

- Par l'intermédiaire d'un groupement professionnel (syndicats professionnels, chambres de commerce, chambre de métiers, communauté de communes, association, fédération, UES ou encore regroupement ad hoc...) : désigné (externe) ou mandaté (interne).

C'est dans ce cadre que l'ADSN a été mandatée par le CSN pour être le CIL mutualisé de la profession notariale.

3.1.3 Le choix de la personne désignée *correspondant*

Deux éléments sont visés dans la loi :

Le correspondant est une personne bénéficiant des **qualifications requises**.

Il exerce ses missions de manière **indépendante**

Qualifications

Aucun élément précis ne figure dans les textes. Aucun agrément n'est prévu.

Le choix devra se porter avant tout sur une personne :

- Répondant aux besoins spécifiques du responsable de traitement (taille et activité)
- Disposant des connaissances adaptées et adéquates (loi I&L, standards technologiques, réglementations spécifiques...)

Connaissances techniques

Elles doivent permettre de suivre le déploiement des projets informatiques et de conseiller utilement le responsable de traitement.

- Vocabulaire et métiers de l'informatique.
- Modes de traitement des données : systèmes de gestion et d'exploitation de bases de données, types de logiciels et modes de stockage de données, types de fichiers...
- Éléments de politique de confidentialité et de sécurité (chiffrement des données, signature électronique, biométrie, ...).
- Technologies émergentes (identité numérique, RFID, cartes à puce, biométrie, cybersurveillance, dématérialisation, ...).

Connaissances juridiques et éthiques Juridique

- Droit informatique et libertés
 - Droit du travail et Cyber surveillance
 - Législation particulières au secteur d'activités du responsable de traitement, par exemple en matière de commerce électronique (LCEN), de santé ou du travail...
 - Règles spécifiques aux conditions de recueil et de traitement de certaines données (données couvertes par le secret médical, le secret bancaire...)
 - Éthique : Usages, responsabilité, déontologie, pédagogie, relationnel
- Compétences de communiquant et managériales**

- Approche projets
- Communication

- Paramètre confiance

Au-delà des qualifications, une liberté d'action reconnue (statut)

Importance du rattachement hiérarchique : directement rattaché au RT

Reconnaissance de son autorité : ne reçoit aucune instruction dans l'exercice de sa mission ; arrête seul les décisions se rapportant à l'exercice de ses fonctions (avis, recommandations, audits, alertes...).

3.2 La procédure de désignation

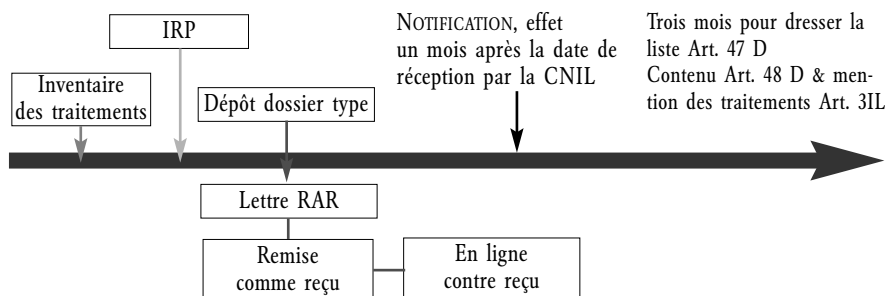
3.2.1 Modalités

- Information préalable des instances représentatives du personnel : cette information doit être effectuée par lettre recommandée avec avis de réception. Elle précède la notification à la CNIL.
- Notification préalable à la CNIL : désignation par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, par remise au secrétariat de la Commission contre reçu ou par téléprocédure sur le site de la CNIL. Cette notification s'effectue à l'aide d'un formulaire spécifique.⁸⁵
- La prise d'effet de la désignation : la désignation du CIL prend effet un mois après la date de réception de la notification par la CNIL.

3.2.2 Le contenu de la notification (Art. 43 du décret d'octobre 2005)

- Des éléments relatifs à l'expérience et à la qualification du correspondant.
- La position occupée dans l'organisme ou la nature des liens juridiques l'unissant au responsable de traitement.
- Le périmètre de sa désignation : traitements concernés.
- L'acceptation formelle des missions par le correspondant.
- Des éléments relatifs au responsable du traitement (notaire).
- Les mesures prises et moyens mis à sa disposition.

3.2.3 Déploiement



85• http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/CIL/form_CIL.pdf

3.2.4 Comparatif européen du CIL

- Suisse: obligatoire pour les organes fédéraux avec des obligations moins strictes. On ne contrôle pas le respect des règles et il n'y a pas d'inventaire des bases de données.
- Luxembourg: désignation facultative mais obligatoirement externe à l'organisme; justification d'une formation universitaire en droit, économie, gestion d'entreprise ou informatique (+ assise financière de 20 000 €) ou avocat, expert-comptable ou médecin; pouvoir d'investigation (auditeur agréé).
- Pays-Bas: désignation facultative; salarié protégé tenu au secret; le CIL est en droit d'exiger certaines informations; pouvoir d'investigation assisté de tiers ou de la police.
- Suède: désignation facultative.
- Allemagne: obligatoire dans le secteur public et dans le secteur privé si neuf personnes sont chargées du traitement ou si il y a plus de vingt salariés ou si le traitement est soumis à contrôle préalable; peut être mutualisé uniquement pour le public ou dans un groupe d'entreprises; salarié protégé (ne peut pas être licencié dans les douze mois suivant la fin de sa mission); le CIL a le droit à une formation continue aux frais du responsable de traitement.
- Estonie: désignation facultative.
- Hongrie: obligatoire pour les autorités nationales et les fichiers de police, les institutions financières, les opérateurs de téléphonie, les services publics; diplôme supérieur en droit, administration publique, ou technologie de l'information?
- Slovaquie: désignation obligatoire si plus de cinq employés; formation en droit (pouvoir juridique); casier vierge; formation obligatoire aux frais du responsable de traitement sinon amende.
- Malte: désignation facultative.

4 – Les premières actions du correspondant

4.1 Mettre en place des procédures formalisées

Intégrer le CIL dès la genèse de chaque projet informatique; il est plus facile et moins cher de prendre en compte les exigences de la loi I&L au début des projets que de modifier une application informatique déjà en service: nature des données collectées, écrans de saisie, procédure de purge ou d'archivage des DCP.

Les méthodes de gestion de projet doivent être adaptées pour faire apparaître le CIL comme ressource de l'équipe projet.

Rôle de conseil et de validation de la conformité.

Le CIL ne devrait pas être la personne auprès de laquelle les personnes concernées peuvent exercer leurs droits ; rester en position de neutralité, d'arbitre, de recours.

Il doit cependant être consulté avant toute transmission de réponse.

Rédiger une procédure formalisée pour répondre à l'exercice du droit des personnes.

Objectif : assurer la conformité des réponses de l'entreprise, identifier et désamorcer les causes de litiges potentiels, comptabiliser les exercices du droit pour pouvoir faire figurer des statistiques dans le rapport d'activité annuel.

Mettre en place une procédure pour aider l'entreprise à faire face à un contrôle de l'autorité administrative : procédure d'alerte du responsable de traitement des non conformités.

Le correspondant n'est pas un délateur au service de la CNIL !

Il cherche des solutions avec le RT. Il peut saisir, seul ou conjointement avec le RT, la CNIL des difficultés rencontrées, après en avoir informé le responsable de traitement, dans l'exercice de ses missions (par exemple : absence de consultation du correspondant avant la mise en oeuvre des traitements, impossibilité d'exercer ses fonctions du fait de l'insuffisance des moyens..., mais aussi difficultés d'application des dispositions législatives et réglementaires).

Procédure gestion plaintes/réclamations : mission du CIL.

Dans le cas d'une saisine de la CNIL, et si l'organisme faisant l'objet de la plainte a désigné un CIL, la Commission lui transmettra la plainte pour traitement.

4.2 Etablir la liste des traitements

Cette tâche incombe normalement à la CNIL (tenue du « fichier des fichiers »).

Mais, en l'absence de déclaration, le correspondant prend le relais ; il doit tenir une liste des traitements (art. 48 décret) : un contenu similaire au fichier des fichiers de la CNIL, une nécessaire mise à jour (en cas de modification substantielle) et traçabilité.

La mise à disposition du registre à toute personne en faisant la demande.

Suggestions : affichage (interne) et mise en ligne.

La liste des traitements doit recenser a minima les traitements mis en œuvre après la désignation du correspondant ou ceux modifiés après sa désignation et également ceux qui n'avaient jamais été déclarés.

Il faut par ailleurs indiquer que d'autres traitements sont recensés par la CNIL (ceux d'avant la désignation et ceux soumis à autorisation).

Dans l'idéal elle devrait recenser tous les traitements.

exemple	Service CIL	
Gestion du personnel (NS N°46) : gestion administrative, mise à disposition d'outils informatiques, organisation du travail, gestion des carrières, formation		
Personnes concernées		
collaborateurs		
Catégories de données à caractère personnel	Durée de conservation	
• Identification de l'employé : identité • Gestion administrative : gestion déclarations accident du travail, évaluation professionnelle, formation (certificat), gestion de carrière, suivi visites médicales • Organisation du travail : agendas professionnels (agenda Génapi), annuaires informatiques, données de connexion, messagerie électronique • Action sociale et représentation du personnel : élection professionnelle	• Période d'emploi de la personne concernée Au-delà, ces données peuvent être archivées sur un support informatique distinct et à accès très limité conformément aux règles applicables en matière d'archives privées (voir annexe archivage)	
Destinataires des données traitées (en fonction de leurs attributions respectives)		
• Service comptabilité (en charge de la gestion du personnel) • Les personnels GRH • Les instances représentatives du personnel		
Service(s) chargé(s) de la mise en œuvre		Service(s) chargé(s) du droit d'accès et de rectification
• Service chargé de la gestion du personnel (compta.)		• Service CIL – Adresse, Tél., Mail
Coordonnées organisme	Date de la déclaration	Transferts des données hors de l'UE

4.3 Faire un bilan annuel

4.3.1 Préambule des bilans du CIL

- Indiquer le contexte (1er) et la date de la nomination du « Correspondant informatique et libertés » en application des textes légaux.
- Préciser les moyens dont dispose le CIL pour exercer sa fonction et la charge de travail représentée.
- Indiquer les procédures et formulaires internes mis en place, avec le réseau interne constitué (Relais internes) si c'est le cas. A partir du 2^e bilan : rappeler le périmètre d'action du CIL.
- Rappeler le périmètre d'action du CIL :
Le CIL peut être individuel ou mutualisé (il exerce sa fonction pour plusieurs responsables de traitement).

Quelle que soit sa qualité, son domaine d'action peut être plus ou moins étendu. Le CIL peut bénéficier d'une désignation générale : il exerce sa mission pour les traitements soumis à déclaration avant la création du CIL et qui désormais doivent être simplement répertoriés dans son « registre ». Le CIL peut bénéficier d'une désignation partielle : sa mission concerne certains traitements ou catégories de traitements (ex. fichiers ressources humaines). Le CIL peut enfin bénéficier d'une désignation étendue : elle concerne tous les traitements (ceux qui étaient soumis à déclaration, ceux qui bénéficient de normes simplifiées ou de dispenses, les traitements soumis à avis ou à autorisation).

4.3.2 Faits marquants de l'année

On indiquera dans cette rubrique le ou les points phares de l'année qui ne relèvent pas des paragraphes particuliers, par exemples :

- Etablissement de dossiers soumis à autorisation.
- Flux de données hors Union européenne (Exemple : adhésion au Safe Harbor agreement pour les flux de données vers les USA).
- Mise en place de dossiers particuliers (Exemple : recours à la biométrie).
- Changement dans l'organisation interne.

4.3.3 Liste des traitements de données personnelles

Indiquer : dans le premier bilan :

- la régularisation des dossiers non déclarés à la CNIL ;
- les régularisations de dossiers « découverts » durant l'année ;
- les nouveaux traitements (même simples bases excel si les données entrées et la finalité le justifient), même s'ils relèvent de dispenses de la CNIL ou d'une norme simplifiée ;
- les traitements modifiés, supprimés ;
- les traitements soumis à autorisation.

4.3.4 Diffusion de la « culture informatique et libertés »

Indiquer si c'est le cas :

- la veille juridique effectuée ;
- le nombre de formations faites en interne et en externe et le retour d'informations importantes pour la vie de la société du fait de la connaissance nouvellement acquise ;
- la population visée par la formation (DRH, DSI, Juristes, opérationnels, stagiaires dans le cas de formations extérieures) ;
- les sensibilisations internes aux préceptes « informatique et libertés » ;
- les sites web/e-learning ;
- la création d'outils tels que fiches pédagogiques, guides de bonne conduite ;
- l'animation du réseau interne.

4.3.5 Réponses aux demandes internes et externes

(principalement sous forme de tableaux statistiques)

- Demandes concernant le droit d'accès aux données personnelles.
- Droit d'opposition.
- Droit de modification/suppression des données personnelles.
- Eventuelles plaintes/réclamations.

4.3.6 Audit et contrôle

- Contrôles de conformité.

4.3.7 Estimation de la charge de travail

- Temps passé sur le plan quantitatif.
- Charge sur le plan qualitatif.

4.4 Veiller à l'application de la loi (Article 22 de la loi et 49 du décret)

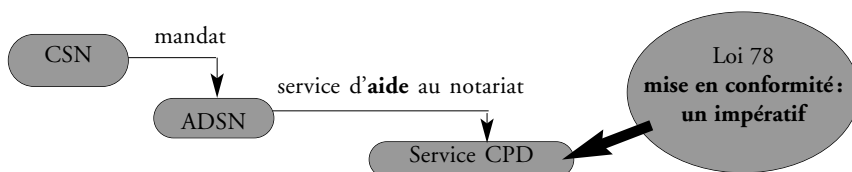
Le correspondant est « chargé d'assurer d'une manière indépendante, le respect des obligations prévues dans la présente loi ». Il veille au respect des obligations pour les traitements pour lesquels il a été désigné. Il est consulté avant la mise en œuvre des traitements « listés »

Cette mission le conduira à endosser plusieurs rôles auprès du RT :

- Conseil.
- Recommandation.
- Pédagogie.
- Médiation.
- Alerte.
- Information (bilan annuel).
- Organisation de missions d'audits.
- Etudes des risques (directement ou indirectement).
- Élaboration de codes de conduite.

5 – Le CIL mutualisé de la profession

5.1 Génèse



Télé@ctes = 8 pré-requis

- 3 pré-requis «Real» : nouvelle gamme / carte / lecteur
- 3 pré-requis «technique» : CDCNet-EDI / logiciels labellisés / office labellisés
- 2 pré-requis «contractuel» : service ADSN / CNIL

AU-006

Introduit en 2004 à l'occasion de la refonte de la loi « informatique et libertés » du 6 janvier 1978, la désignation d'un correspondant à la protection des données est définie par le décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005.

L'article 44c) de ce décret dispose que « un organisme regroupant des responsables de traitement d'un même secteur d'activité peut désigner un Correspondant mandaté à cette fin par cet organisme ».

C'est dans le cadre de ce décret et afin d'aider les offices notariaux à se conformer aux différentes exigences, que le Conseil supérieur du notariat a mandaté l'ADSN en date du 13 octobre 2006 pour la mise en œuvre d'un

service de correspondant à la protection des données à caractère personnel dénommé service CPD.

Pour analyser les risques relatifs à leurs traitements de données à caractère personnel, les notaires peuvent utiliser l'outil d'auto diagnostic, en ligne sur le portail Real, chapitre TIC, normes et standards/réglementation CNIL/questionnaire risques CNIL.

5.2 Télé@ctes et AU-006

5.2.1 Historique du traitement

L'informatique occupe depuis longtemps une place importante dans la pratique notariale. D'abord limitée au périmètre de l'office notarial (logiciels de comptabilité, logiciels de traitement de textes puis d'assistance à la rédaction d'actes), l'informatique intervient de plus en plus pour les échanges entre les notaires et leurs principaux partenaires métier. Les administrations et autres collectivités avec lesquelles le notaire est en relation constante intègrent de façon continue les dernières technologies de l'information et de la communication, encourageant ainsi leurs propres partenaires, dont les notaires, à développer eux-mêmes ces technologies en vue de parvenir à une suppression quasi totale des échanges papier.

Depuis la fin des années 1990, le notariat doit donc faire face à un nombre de demandes accru de la part de ses partenaires visant la dématérialisation des procédures.

Le Conseil supérieur du notariat a souhaité qu'une réponse soit élaborée à l'échelle de la profession de telle façon que les demandes récurrentes adressées à la profession notariale puissent être traitées de plus en plus facilement et rapidement, l'objectif étant de mutualiser les efforts et de capitaliser les investissements. Ainsi, le CSN a travaillé au développement des moyens techniques (plates-formes, architectures d'échanges, outils informatiques, réseaux internes, etc.) et des services dématérialisés permettant de répondre d'une part, aux objectifs de sécurité et d'informatisation recherchés et d'autre part, aux objectifs métiers des offices notariaux et des notaires.

Dans ce contexte, une plate-forme technique dénommée « Plate-forme PLANETE » a été mise en place. La plate-forme PLANETE correspond à une architecture technique et logicielle, telle un hub de transmission, permettant des échanges dématérialisés et sécurisés de flux de données. Chaque service de dématérialisation mis en œuvre par le Notariat a vocation à s'appuyer sur la plate-forme PLANETE.

5.2.2 Téléprocédures

A ce jour, plusieurs services ont été élaborés (Service CRPCEN pour les déclarations de mouvements de personnel, Service REAL pour l'attribution

au profit de chaque notaire d'une clé USB et d'un certificat électronique de signature), Service mecanotaires pour les échanges entre le notaire et les banques à l'occasion de la mise en place d'un crédit hypothécaire ou encore, le service Tél@ctes de télétransmission des actes de vente aux conservations des hypothèques dans le cadre de la publicité foncière ou sont en cours d'élaboration comme les échanges avec les SAFER, les collectivités (Droit de préemption, Certificat d'urbanisme, état civil).

S'agissant de l'application « Tél@ctes », le principal objectif recherché est de disposer d'un service sécurisé et normalisé d'échanges dématérialisés de documents et de renseignements entre l'office notarial et la DGFIP (Direction générale des finances publiques) (Conservations des hypothèques) aux fins de publicité foncière dans le cadre des actes de vente. Un second objectif consiste en la réduction des temps de traitement de ces opérations. L'application « Tél@ctes » a pour objectif la télétransmission des demandes de renseignements (réquisition) et des actes de vente aux conservations des hypothèques (DGFIP) dans le cadre de la publicité foncière. L'objectif est de supprimer les délais postaux et de réduire ainsi les délais de la publicité foncière. Les logiciels d'assistance à la rédaction d'actes ont été adaptés par les SSII pour proposer aux offices notariaux qui le souhaitent l'application « Tél@ctes ».

Ainsi, s'agissant de la **demande de renseignement (réquisition)**, les opérations suivantes sont effectuées :

- Etablissement sous forme électronique, via le logiciel de rédaction des actes de l'office notarial, de la demande de renseignements (réquisition) ;
- Paiement du coût de la réquisition à la conservation des hypothèques par virement effectué, via CDC-Net/EDI et le logiciel de comptabilité de l'office notarial et retour de l'avis d'opérer (le numéro d'avis d'opérer est adressé concomitamment par la CDC à la conservation des hypothèques) ;
- Signature de la demande et du virement au moyen de la clé REAL ;
- Envoi à la conservation des hypothèques, via la plate-forme Planete, de la demande de renseignement établie par l'office notarial, portant mention de la référence de la demande (numéro d'avis d'opérer communiqué par la CDC) ;
- Renvoi par la conservation des hypothèques à l'office notarial, sous forme électronique, de la demande de renseignement complétée et de sa référence.

S'agissant de la publication du dépôt de l'acte, les opérations suivantes sont effectuées :

- Etablissement sous forme électronique, via le logiciel de rédaction des actes de l'office notarial, de l'acte, édité sur papier pour signature par les parties ;

- Etablissement de la copie hypothécaire dématérialisée de la minute papier signée par les clients, sous forme structurée XML ;
- Signature de la copie hypothécaire dématérialisée par le notaire au moyen de sa clé REAL ;
- Paiement des droits de mutation par virement effectué, via CDCNet/EDI et le logiciel de comptabilité de l'office notarial, et retour de l'avis d'opérer (le numéro d'avis d'opérer est adressé concomitamment par la CDC à la conservation des hypothèques) ;
- Envoi signé au moyen de la clé REAL, à la conservation des hypothèques et via la plate-forme Planète :
 - de la copie hypothécaire dématérialisée ;
 - des informations incluant la référence du virement (numéro d'avis d'opérer communiqué par la CDC) ;
 - des références de la demande de renseignements hypothécaires ;
 - du numéro du modèle 1 reçu du SPDC (cadastre).
- Renvoi par la conservation des hypothèques à l'office notarial :
 - (I) d'un avis d'intégration (sous forme électronique) ou de refus ou de rejet ;
 - (II) de l'acte et des éléments d'informations (date, volume, numéro) de la mention de publication de l'acte (sous forme électronique) qui sont directement intégrés au sein du registre des formalités de l'office notarial ;
 - (III) de l'état sur formalités.

5.2.3 Autorisation Unique AU-006 (cf. annexe)

Extrait :

La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a constaté que les offices notariaux mettent en œuvre des traitements de données à caractère personnel permettant de produire, à partir des fichiers de leurs clients, des actes authentiques qui leur sont rattachés, de créer des courriers, des documents divers ou des actes, d'y intégrer des informations en provenance d'autres traitements ou de communiquer des données vers d'autres applications internes ou externes aux offices.

Elle a constaté également que ces traitements de données à caractère personnel comportent des interconnexions de fichiers relevant à la fois de personnes morales de droit privé et de personnes morales de droit public, dont les finalités principales sont différentes ; en particulier avec le traitement Tél@ctes entre la direction générale des impôts et les offices notariaux visant à la dématérialisation des échanges entre le notariat et les conservations des hypothèques.

Dès lors, de tels traitements relèvent de l'article 25 (I, 5°) de la loi du 6 janvier 1978 et doivent, à ce titre, être autorisés par la CNIL.

En vertu de l'article 25 (II) de la loi du 6 janvier 1978, la commission peut adopter une décision unique d'autorisation pour des traitements répondant

notamment aux mêmes finalités, portant sur des catégories de données et des catégories de destinataires identiques.

Le responsable de chaque traitement (office), se conformant à cette décision unique, adresse à la commission un engagement de conformité de celui-ci aux caractéristiques de la présente autorisation. Les offices notariaux qui adressent à la commission un engagement de conformité pour leurs traitements de données à caractère personnel répondant aux conditions fixées par la décision unique (AU-006) sont autorisés à mettre en œuvre ces traitements.

5.3 MICEN (Minutier Central Electronique des Notaires de France)

Les moyens humains, matériels et logiciels mis en œuvre dans le cadre de la réalisation de l'Acte authentique sur support électronique (AASE) reposent sur les principes fondamentaux suivants :

- Les AASE sont versés par les offices dans une base commune, le MICEN.
- Bien que la base soit commune, un office ne peut accéder qu'aux actes qu'il a versés. En aucun cas il ne peut consulter les actes déposés par un autre office.

Ce principe ne souffre aucune exception : dans le cas d'un office sous « administration », le notaire administrateur devra se faire délivrer une clé Real de l'office administré pour pouvoir accéder aux AASE déposés au MICEN par cet office.

- Le MICEN qui reçoit et conserve les actes n'est interconnecté à aucun autre système. Seuls des accès anonymes (sans accès aux actes) aux transactions nécessaires à l'administration technique et fonctionnelle du MICEN sont prévus (cf. détails § suivant).

La CNIL a adopté par délibération n° 2010-032 du 11 février 2010, une norme simplifiée relative aux traitements mis en œuvre par les notaires aux fins de conservation des actes authentiques sur support électronique au sein du Minutier central électronique des notaires de France (MICEN) : NS 55.

Un office ayant désigné le CIL de la profession n'a aucune formalité à réaliser. Les autres doivent réaliser un engagement de conformité à la dite norme.

5.3.1 Etape 1 : Signature de l'acte

L'acte dématérialisé devient authentique lorsque le notaire y appose sa signature électronique sécurisée (certifié conforme aux exigences de l'article 3. I du décret 2001-272), par l'utilisation de sa clé de signature personnelle appelée « Clé RÉAL ».

Caractéristiques du certificat de signature de l'AASE :

- il est présumée fiable au sens du décret 2001-272 sur la signature électronique,

- il est personnel, son usage nécessite la saisie d'un code PIN,
 - seuls les notaires disposent d'un certificat permettant de signer un AASE.
- L'AASE est un fichier XML signé au standard Xades-T (signature XML horodatée). La signature électronique permet de garantir :
- l'identification stricte du notaire signataire de l'acte,
 - l'intégrité de l'acte pendant la phase de dépôt au MICEN.

5.3.2 Étape 2: Dépôt de l'AASE

Authentification du déposant

Le notaire déposant l'acte est authentifié grâce à sa clé REAL.

Cette authentification se fait via le réseau Real qui est un réseau privé accessible uniquement par le notariat français, et nécessite la saisie d'un code PIN.

Cette authentification permet :

- de vérifier que les certificats de la clé du notaire ont bien été émis par le notariat et sont bien valides,
- de monter un tunnel de communication chiffré (https, SSL) via le réseau Real entre l'office et le MICEN.

Dépôt via le réseau Real

Après authentification, l'AASE est déposé au MICEN via le tunnel de communication chiffré monté lors de l'authentification.

Traitement du dépôt par le MICEN

Lors de la réception de l'AASE, le MICEN vérifie

- La validité des certificats utilisés pour le signer,
- Son intégrité (la signature du notaire permet de valider que le document n'a pas été altéré pendant son transport).

Enregistrement de l'AASE dans la base du MICEN

L'AASE est inscrit selon un procédé WORM qui garantit l'impossibilité pour un utilisateur de le modifier ou de le supprimer après son dépôt.

Le dépôt de l'AASE, le MICEN retourne une preuve de dépôt signée (accusé de réception) à l'office par le même chemin (tunnel de communication chiffré).

La consultation des actes déposés au MICEN par un office se déroule de manière analogue au dépôt : le notaire doit s'authentifier pour accéder aux minutes déposées par son office. Une copie de l'acte enregistré au MICEN lui est retournée après établissement d'un tunnel de communication chiffré.

5.3.3 Opérations d'administration du système

L'administration fonctionnelle est nécessaire à l'organisation du service en charge de la gestion des offices « clients » du MICEN.

Cette administration permet de :

- Répondre à des sollicitations clientes telles que : « J'ai essayé de déposer un acte sans obtenir de preuve de dépôt. Mon acte est-il bien déposé ? »

- Permettre la facturation du service en comptabilisant, par office, le nombre d'actes déposés, ou le volume occupé par ceux-ci.

Le modèle économique n'est pas encore validé par le CSN et les critères de facturation peuvent évoluer. Une fois ce modèle figé une interface automatisée vers la comptabilité sera sans doute développée.

Accès des administrateurs

Les administrateurs sont authentifiés via leur Clé Real et sont enregistrés, après validation hiérarchique, par l'administrateur technique du MICEN, dans un fichier de configuration lui-même signé électroniquement.

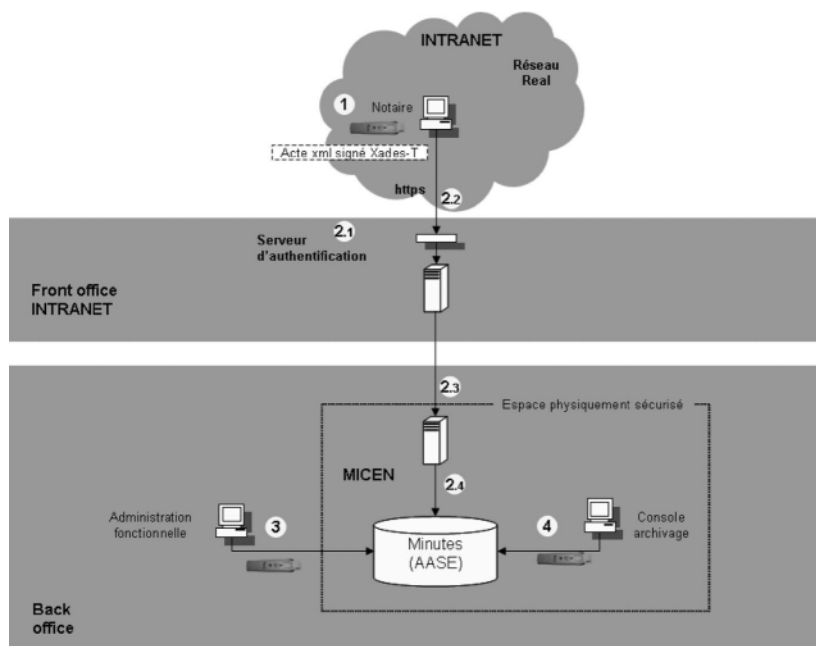
Données extraites par l'administration fonctionnelle

Aucune donnée de l'acte n'est extraite.

Les données extraites ne concernent que les transactions (par exemple, nombre de dépôts effectués). Ces données ne contiennent aucune information nominative extraite de l'acte.

La seule donnée nominative extraite concerne le code du porteur de carte qui est, par ailleurs, présente dans l'annuaire (LDAP, Lightweight Directory Access Protocol, annuaire des profils d'habilitations définissant les accès aux traitements d'un organisme) public contenant les certificats de chiffrement.

5.3.4 Schéma organisationnel



5.5 Nouveau règlement national du notariat

Par arrêté de la ministre d'Etat, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, en date du 24 décembre 2009, sont approuvés le règlement national et le règlement intercourts, adoptés par l'assemblée générale du Conseil supérieur du notariat lors de ses délibérations en date du 28 octobre 2008, des 27-28 janvier 2008 et du 28 octobre 2009.⁸⁶

Art. 28 : Actes authentiques

« Les actes authentiques reçus par les notaires sont établis sur support papier ou sur support électronique.

Chaque office notarial a l'obligation de se conformer aux dispositions de la loi informatique et libertés et des textes pris pour son application. Le correspondant des données personnelles accrédité par la CNIL est chargé d'assurer constamment le respect de ces dispositions. Préalablement à l'établissement d'un acte authentique sur support électronique ou de la délivrance de toute copie authentique sur ce même support, chaque office doit s'assurer que son système d'information a été régulièrement homologué par le Conseil supérieur du notariat. »

6 – Autorisation unique n°AU-006

10 Janvier 2008 - Thème(s) : Fiscalité, Notaires, E-administration

Délibération n° 2008-007 du 10 janvier 2008 portant autorisation unique de traitements de données à caractère personnel aux fins d'exercice des activités notariales et de rédaction des documents des offices notariaux

JO n° 0036 du 12 février 2008 (JO électronique) – NOR : CNIA0800001X

La Commission nationale de l'informatique et des libertés,

Vu la convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel ;

Vu la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et la libre circulation de ces données ;

Vu le Code civil, et notamment ses articles 1316 à 1321 et 2196 à 2203-1 ;

Vu la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, et notamment son article 25 (5°) ;

86• JORF n°0013 du 16 janvier 2010 (Texte n°18) ; Arrêté du 24 décembre 2009 portant approbation du règlement national et du règlement intercourts du Conseil supérieur du notariat
NOR : JUSC0931519A

Vu la loi n° 98-261 du 6 avril 1998 portant réforme de la réglementation comptable et adaptation du régime de la publicité foncière ;

Vu le décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière et le décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955 pris pour l'application du décret n° 55-22 ;

Vu le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires ;

Vu le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique ;

Vu le décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifié par le décret n° 2007-451 du 25 mars 2007 ;

Vu la délibération n° 2006-147 du 23 mai 2006 fixant le règlement intérieur de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ;

Après avoir entendu M. Jean MASSOT, commissaire, en son rapport, et M^{me} Pascale COMPAGNIE, commissaire du Gouvernement, en ses observations, Formule les observations suivantes :

La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) constate que les offices notariaux mettent en œuvre des traitements de données à caractère personnel permettant de produire, à partir des fichiers de leurs clients, des actes authentiques qui leur sont rattachés, de créer des courriers, des documents divers ou des actes, d'y intégrer des informations en provenance d'autres traitements ou de communiquer des données vers d'autres applications internes ou externes aux offices.

Elle constate également que ces traitements de données à caractère personnel comportent des interconnexions de fichiers relevant à la fois de personnes morales de droit privé et de personnes morales de droit public, dont les finalités principales sont différentes ; en particulier avec le traitement Tél@ctes entre la direction générale des impôts et les offices notariaux visant à la dématérialisation des échanges entre le notariat et les conservations des hypothèques.

Dès lors, de tels traitements relèvent de l'article 25 (I, 5°) de la loi du 6 janvier 1978 susvisée et doivent, à ce titre, être autorisés par la CNIL.

En vertu de l'article 25 (II) de la loi du 6 janvier 1978 susvisée, la commission peut adopter une décision unique d'autorisation pour des traitements répondant notamment aux mêmes finalités, portant sur des catégories de données et des catégories de destinataires identiques.

Le responsable de chaque traitement, se conformant à cette décision unique, adresse à la commission un engagement de conformité de celui-ci aux caractéristiques de la présente autorisation.

Décide que les offices notariaux qui adressent à la commission un engagement de conformité pour leurs traitements de données à caractère personnel répondant aux conditions fixées par la présente décision unique sont autorisés à mettre en œuvre ces traitements.

Article 1

Finalités du traitement.

Seuls peuvent faire l'objet d'un engagement de conformité par référence à la présente décision unique les traitements mis en œuvre par les offices notariaux aux fins d'exercice des activités notariales et de rédaction de documents correspondant aux finalités définies ci-après :

Ces traitements peuvent avoir pour finalités :

- la fourniture de conseils juridiques liés à la rédaction des actes et, à titre accessoire, la fourniture de conseils juridiques et fiscaux, le conseil et la gestion patrimoniaux, la négociation, l'expertise et la fourniture de services juridiques ;
- la gestion administrative et financière (y compris les paiements dématérialisés) des dossiers des clients et la gestion courante de l'office notarial en résultant ;
- la production, la publication, la gestion, la comptabilité et la conservation des actes ;
- l'envoi et le retour d'informations ou de documents aux organismes externes à l'office notarial dans le cadre des finalités exposées précédemment et sans accès aux traitements de données à caractère personnel aux fins d'exercice des activités notariales et de rédaction des documents des offices notariaux ;
- l'envoi des copies des actes authentiques, des bordereaux d'inscription et des demandes de main-levée de privilèges et sûretés, des déclarations de plus-value immobilière, des demandes de renseignements et paiements dématérialisés à la conservation des hypothèques et réception de ses réponses, dans le cadre du traitement Tél@ctes ;
- la fourniture d'informations à des organismes liés à l'office notarial exclusivement pour la production d'informations statistiques.

Article 2

Catégories de données à caractère personnel enregistrées

Seules les informations suivantes peuvent être traitées :

a) Les informations relatives à l'exercice des activités notariales et à la rédaction des documents notariaux de l'office notarial :

Informations relatives à la gestion du dossier client des personnes physiques : civilité, nom, prénoms, informations de l'état civil (date et lieu de naissance,

date et lieu de décès, nationalité, statut de résident, filiation, capacité, incapacité), nombre d'enfants, profession, secteur d'activité, adresse, téléphone, télécopie, adresse de courrier électronique, site internet, statut et régime matrimonial ainsi que son historique, nom de l'office, nom et prénoms du notaire en charge du dossier, du clerc, de l'assistante, informations bancaires (RIB client, numéro de compte interne en comptabilité du client), liste des actes signés et type d'acte, relances éventuelles, lieu d'imposition, date et numéro de déclaration, identification et adresse de la recette des impôts pour les marchands de biens, plus-value immobilière, numéro de RCS pour les commerçants, numéro interne à l'office ;

Informations relatives à la gestion du dossier client des personnes morales : dénomination, sigle, siège social, forme juridique et libellé, nom, prénoms et coordonnées du représentant de la personne morale et des contacts, commune de déclaration d'existence, type d'immatriculation, numéro RCS, numéro SIRET, numéro SIREN, situation RCS, capital, nationalité, activité, date de création/date de dissolution, soumis à l'impôt sur les sociétés, lieu d'imposition, adresse du site internet, adresse, téléphone, télécopie, adresse de courrier électronique, code APE, statuts (date, rédacteur si notaire, lieu d'enregistrement), parts sociales (nombre et montant nominal), date de déclaration pour associations et syndicats, date de parution au Journal officiel, date du décret, liste des actes signés, relances éventuelles, date et numéro de déclaration, identification et adresse de la recette des impôts pour les marchands de biens, plus-value immobilière, nom de l'office notarial, nom et prénoms du notaire en charge du dossier, du clerc, de l'assistante ;

Informations portant sur les actes : nature et date de l'acte, nom de l'office et notaire participant, numéro d'archive du dossier, numéro d'archive de l'acte, type de formalités, date de création, date de modification, répertoire des actes ;

Informations relatives aux biens : informations concernant l'immeuble (localisation, cadastre, description du bien et de l'immeuble dont il dépend), règlement de copropriété, règlement de lotissement, cahier des charges, état descriptif de division, effet relatif/mentions de publication (date de publication, volume et numéro), nature de la mutation, ancienneté du bien, taxation, jouissance, usage du bien, type de bien, coordonnées du syndic de copropriété et de lotissement, origine de propriété trentenaire, énonciation des servitudes, liste des actes signés/en cours, registre des formalités ;

Informations sur les dossiers en cours : office, nom et prénoms du notaire en charge du dossier, du clerc, de l'assistante, liste des actes en cours/signés et appels, émolument, charge de travail, prescripteur, notaire en concours, suivi et statistiques de l'activité, informations relatives à la gestion comptable et administrative des clients ;

Informations relatives au virement bancaire: RIB de l'office notarial, référence du virement, montant, libellé, référence de la demande de renseignement, avis d'opérer.

b) Les informations relatives à l'envoi dématérialisé de documents (réquisition, copie de l'acte authentique, bordereau d'inscription et demande de main-levée de privilèges et sûretés et déclaration de plus-value immobilière) vers les conservations des hypothèques et au retour de documents, dans le cadre du traitement Télé@ctes :

Informations relatives à l'office notarial: numéro CRPCEN, nom de l'office notarial, forme juridique, adresse électronique, numéro de téléphone, numéro de télécopie, nom, prénoms, titre du notaire et du clerc, RIB de l'office, informations relatives au virement bancaire (référence, montant, libellé, numéro d'avis d'opérer);

Informations relatives à l'acte: date, mention du type d'acte, intitulé du dossier, certificat d'identité des parties, certificat de conformité à la minute;

Informations relatives à la réquisition: période de certification, libellé du dossier, coût de la demande, indicateur frais de correspondance;

Informations relatives au bordereau d'inscription: caractéristiques du prêt, type de privilège(s);

Informations relatives à la déclaration de plus-value immobilière: montant de la plus-value;

Informations relatives aux parties: nom et prénoms, civilité, profession, date et lieu de naissance, pays de naissance, qualité des parties (disposant ou bénéficiaire), nom et prénoms du conjoint, libellé du régime matrimonial;

Informations relatives aux biens: localisation (numéro de voirie, type de voie, compléments d'adresse, code postal, libellé de la commune, libellé du pays, code INSEE de la commune, voie, code direction TOPAD, code département), référence de publication du titre constituant l'origine de propriété immédiate et prix d'acquisition, références cadastrales (préfixe de section, code section cadastrale, numéro de plan, numéro du lot de copropriété ou numéro de volume, numéro lot lotissement), surface Carrez, référence du modèle 1, référence de la prorogation hypothécaire;

Autres informations: prix et modalités de paiement (prêt, comptant, hors la comptabilité du notaire, rente viagère, inconnu), déclarations fiscales nécessaires à la liquidation et à l'assiette de tous salaire, impôts et taxes, projet de liquidation des droits (article 255, annexe III CGI), référence de publication de l'état descriptif en volume, du règlement de copropriété, du lotissement et cahier des charges;

Informations reçues de la conservation des hypothèques: date de dépôt (avis d'intégration), référence interne de la DGI et libellés, prise en charge

pour publication ou refus du dépôt, date de la validation de la réponse à réquisition, nom, prénoms et grade du conservateur de la conservation ; nom, prénoms et grade du signataire de la réponse ;

Informations relatives à la publication : date et lieu de dépôt, date et référence de publication, nom de la conservation des hypothèques, date de la validation par le conservateur de la réponse, base d'imposition, taux, droits perçus, date du rejet et numéro de dépôt ou date de la régularisation et référence de l'acte de régularisation. Les données enregistrées ne peuvent pas, dans le cadre de la présente décision unique d'autorisation, faire l'objet d'autres traitements, ni être intégrées dans d'autres fichiers, ni faire l'objet d'autres interconnexions, rapprochements ou forme de mise en relation avec d'autres traitements que ceux servant à alimenter les traitements aux fins d'exercice des activités notariales et de rédaction des actes et documents de l'office notarial visés à l'article 1^{er}.

Article 3

Information des personnes

Les personnes concernées sont informées de l'identité du responsable du traitement, des finalités poursuivies, du caractère obligatoire ou facultatif des réponses à apporter, des conséquences éventuelles, à leur égard, d'un défaut de réponse des destinataires des données et de leurs droits d'opposition, pour des motifs légitimes, au traitement de leurs données, sauf dans les cas où le traitement répond à une obligation légale, d'accès aux données les concernant et de rectification de ces données. Elles sont informées que les informations les concernant sont transmises à la conservation des hypothèques compétente et que celle-ci peut alimenter ses propres traitements à des fins foncières, comptables et fiscales dans les cas où elle y est autorisée par les textes en vigueur.

Le droit d'accès défini au chapitre V de la loi s'exerce auprès du ou des services que l'office notarial a désigné. Cette information figure sur les supports utilisés par le responsable du traitement pour le recueil des informations portant sur les personnes concernées.

Hormis les cas prévus à l'article 4, les offices notariaux s'engagent à ne pas diffuser à des tiers les informations cadastrales ou de publicité foncière reçues dans le cadre de l'instruction d'un dossier, sauf les cas prévus par les textes en vigueur. Ils ne peuvent utiliser les accès techniques à distance à l'information cadastrale ou à la publicité foncière dont ils disposent en dehors de leurs missions légales.

Article 4

Destinataires des informations

Dans la limite de leurs attributions respectives et pour l'exercice des finalités précitées, seuls sont autorisés à accéder directement aux informations

contenues dans le traitement de données à caractère personnel aux fins d'exercice des activités notariales et de rédaction des actes et des documents de l'office notarial le notaire et les agents habilités de l'office.

Les agents habilités de l'office notarial ne doivent accéder qu'aux données dont ils font un usage habituel. Des droits d'accès différents doivent être définis à cette fin.

Dans la limite de leurs attributions respectives et pour l'exercice de leur mission dans le cadre des finalités précitées, seuls sont destinataires des informations qui les concernent dans la mesure où ils y sont autorisés et dans le respect des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 susvisée, sans accès direct au traitement de l'office notarial, les agents habilités :

- de la direction générale des impôts dans le cadre de l'interconnexion avec le traitement Télé@ctes, dans la mesure où elle y est autorisée par les textes en vigueur ;
- des offices notariaux participant à l'acte ; des organismes bancaires ou financiers chargés par l'office notarial d'accomplir les opérations financières liées aux documents qu'il a produits ;
- des organismes liés à l'office notarial pour les traitements relatifs à la production d'informations statistiques ;
- des organismes externes à l'office notarial pour l'accomplissement des finalités de l'article 1^{er}, dans la mesure où ils y sont légalement habilités.

Article 5

Durée de conservation.

Les informations relatives au client de l'office notarial, aux dossiers en cours, à l'exercice des activités notariales, à la rédaction des documents et, en particulier, des demandes de renseignements adressées à la conservation des hypothèques ou ses réponses, ainsi que le registre des formalités, sont conservés trente ans à compter de l'achèvement de la prestation.

Les actes authentiques et le répertoire des actes sont conservés à l'office notarial cent ans puis font l'objet d'un archivage. Les informations relatives aux actes sont conservées à l'office notarial sans limitation de durée.

Article 6

Mesures de sécurité.

Des mesures de protection physique et logique doivent être prises pour préserver la sécurité du traitement et des informations, empêcher toute utilisation détournée ou frauduleuse des informations, notamment par des tiers non autorisés.

Les accès individuels à l'application s'effectuent par un identifiant et un mot de passe individuels, régulièrement renouvelés, ou par tout autre moyen

d'authentification. Une journalisation des connexions et l'exploitation de ses journaux sont mises en œuvre.

Les liaisons entre le traitement de données à caractère personnel correspondant aux finalités exposées à l'article 1er et le serveur du Conseil supérieur du notariat font l'objet d'un chiffrement. Les liaisons entre le serveur du Conseil supérieur du notariat et le serveur de la direction générale des impôts utilisent une liaison spécialisée dédiée.

Les liaisons entre le serveur du Conseil supérieur du notariat et les serveurs des organismes bancaires utilisent une liaison spécialisée dédiée.

A des fins de sécurité, tous les envois dématérialisés aux conservations des hypothèques font l'objet d'un procédé de signature électronique.

Article 7

Tout traitement aux fins d'exercice des activités notariales et de rédaction des actes ou documents d'un office notarial ne répondant pas aux conditions précédemment exposées devra faire l'objet d'une déclaration auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Article 8

La présente délibération, qui abroge la délibération n° 2006-089 du 21 mars 2006, sera publiée au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le 10 janvier 2008.
Le Président Alex Türk

7 – Délibération n°2010-032 du 11 février 2010



Délibération n° 2010-032 du 11 février 2010 portant adoption d'une norme simplifiée relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les notaires aux fins de conservation des actes authentiques sur support électronique au sein du Minutier Central Electronique des Notaires de France (MICEN)

(norme simplifiée n° 55)

La Commission nationale de l'informatique et des libertés,

Vu la convention n°108 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 ;

Vu la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données notamment son article 8 ;

Vu la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi n° 2004-810 du 6 août 2004 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, notamment son article 24-1 ;

Vu le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires ;

Vu le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique ;

Vu le décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifié par le décret n° 2007-451 du 25 mars 2007 ;

Vu la délibération n° 2006-147 du 23 mai 2006 fixant le règlement intérieur de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ;

Vu le décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires.

Vu le code civil, et notamment ses articles 1316 à 1321 et 2196 à 2203-1 ;

Après avoir entendu Mme Claire D'AVAL, commissaire, en son rapport, et Mme Elisabeth ROLIN, commissaire du Gouvernement, en ses observations ;

En vertu de l'article 24 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, la Commission nationale de l'informatique et des libertés est habilitée à établir des normes destinées à simplifier l'obligation de déclaration des traitements les plus courants et dont la mise en œuvre, dans des conditions régulières, n'est pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés.

DEUXIEME PARTIE

LE DROIT OBJET DU NOTAIRE

A PRÈS AVOIR VU LES RÈGLES protectrices de la vie privée, concernant le notaire, l'entreprise notariale, les actes notariés, nous nous intéresserons à celles que le notaire et ses collaborateurs devront appliquer ou créer pour le compte de leur clientèle. A cet égard le droit devient un outil de mise en œuvre de cette protection.

Le droit concernant la personne doit à l'évidence être étudié, la vie privée dépendant des droits de la personnalité. Mais bien qu'il faille être plus nuancé, le patrimoine est dans une certaine mesure l'objet de protection, lorsque sa révélation portera atteinte à la vie privée de son titulaire. Dans un deuxième temps sera traité notre thème au travers du droit du patrimoine et notamment des financements.

Cela recoupe d'ailleurs, le champ d'investigation traditionnel du notariat, essentiellement le droit des personnes (Titre I) et le droit du patrimoine (Titre II), du moins s'agissant de notre thème.

TITRE I – DROIT DES PERSONNES ET RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

Il ne s'agira pas de revisiter l'intégralité du cours de deuxième année des études universitaires, mais bien de retenir ce qui dans ce programme doit appeler l'attention des praticiens, comme étant intimement lié à la personne. Seuls donc les aspects sensibles seront étudiés.

La difficulté lorsque l'on parle de la personne est, bien entendu, de la resituer par rapport à son environnement humain. Nous ne savons pas si «l'enfer c'est les autres», en revanche nous savons que l'homme est un être social. Et Chantal DELSOL n'a pas manqué de souligner cet aspect dans son approche philosophique, s'interrogeant sur les cercles professionnels, de voisinage, et simplement familiaux dans lesquels évolue l'individu. Afin d'éviter une étude trop longue et floue, nous nous limiterons au centre du cercle : l'individu lui-même.

D'ailleurs, le juriste, s'il connaît les relations avec les différents cercles plus vastes, et même s'il intervient pour le règlement de certaines d'entre elles (contrat d'association, contrat de société, voire libéralité-partage etc.) s'intéresse en premier lieu et en toutes hypothèses au seul individu. Qui est-il ?

Que peut-il faire? Même s'il dépend de la société, d'une famille, d'un environnement amical ou professionnel, un certain nombre d'attributs ne concernent que lui.

Dans un premier temps, cela aboutira à étudier, a minima en quelque sorte, la vie privée de l'individu, ne serait-ce qu'au niveau de son identité, sa capacité, ses pouvoirs. Ce sera en quelque sorte le noyau dur de la vie privée. Et cela concernera essentiellement les solitaires, ceux qui vivent de façon autonome. La vie privée autonome (Chapitre 1).

Mais il arrivera, la plupart du temps, que la personne, et donc sa vie privée, dépendront d'une relation obligée ou choisie avec un tiers. C'est ce que nous verrons dans un deuxième temps. La vie privée dépendante (Chapitre 2).

Chapitre 1 – La vie privée autonome

Toute personne est un être d'esprit et de chair. Cette dualité se retrouve en quelque sorte avec le droit qui la gouverne. Celui-ci peut en effet toucher à l'abstraction ou au matériel. Les attributs abstraits de l'individu concerneront l'identité (1), les attributs concrets se rattacheront à son corps (2). En 2007 le philosophe et académicien Michel Serres dans un autre registre, s'interrogeait sur cette même voie, « Corps et identité, où en sommes nous? ¹ »

1. L'aspect abstrait de la vie privée, l'identité

Des notions juridiques classiques seront passées au prisme de la vie privée. Il s'agira de la filiation (1.1) du nom de famille (1.2) et de la nationalité (1.3).

La vie privée de tout individu est mise à nu tous les jours par les actes qu'il réalise ou qu'il ne réalise pas.

Les médias, les journalistes, le simple voisin, le passant... commentent et jugent la vie privée des autres, mais :

- quelles sont les limites de la sphère privée?
- pourquoi ne pas respecter l'autre?
- qu'est-ce qui permet à un individu de juger la vie de l'autre?

Chacun aura ses propres critères selon la vision qu'il a de sa vie, selon les règles d'éthique personnelles qu'il s'est fixés.

La question de la vie privée était déjà d'actualité en 1512 lorsque le peintre Raphaël achevait son tableau intitulé « L'Ecole d'Athènes », ci-après, représentant notamment Socrate, Platon et Aristote au centre, Aristote tenant dans sa main « l'éthique à Nicomaque ² »!

1• cf. <http://www.canalacademie.com/ida1623-Corps-et-identite-qui-sommes-nous.html>.

2• « La cité n'est qu'un moyen, une ruse de la survie individuelle ou de la vie privée » in « Critique des oligarques et des démocrates ».



Raphaël- L'école d'Athènes (1509 – 1512) -Musées du Vatican – Chambre de la signature

En traitant de la vie privée au travers du droit des personnes, nous aborderons divers domaines qui ne cessent d'être actualisés compte tenu simplement de l'évolution sociale de notre quotidien. Le notaire étant un acteur du quotidien, il a un rôle important à jouer tant au regard du devoir de conseil que de sa propre réflexion personnelle, qu'il poursuit notamment dans le cadre du projet des notaires de France « Horizons 2020 ».

1.1 La filiation

« La filiation, c'est une notion de sentiments plus que de gènes. »

Jean Gastaldi

Alors que l'INSEE (Institut national de la statistique et des études économiques) publie une étude sur les familles recomposées, de laquelle il résulte notamment qu'en 2006 1,2 millions d'enfants de moins de 18 ans vivent au sein d'une famille recomposée en France métropolitaine, la question se pose sur les conséquences induites au sein des offices notariaux.

Le droit de la famille dont les principales règles civiles reposent sur le droit de la filiation est en mouvement et, il ne peut y avoir droit de la famille sans « secret » et il ne peut y avoir « secret » sans vie privée.

La filiation et le respect de la vie privée sont des notions quotidiennes qu'il y a lieu d'apprivoiser.

A cette fin, il est important de rappeler dans un premier temps les règles de base d'établissement de la filiation (1.1), avant d'appréhender la filiation et le respect de la vie privée face aux actes notariés et aux nouveaux modes de naissance (1.2).

1.1.1 - La filiation : règles de base

L'objectif ici n'est pas d'étudier de manière précise et détaillée les règles de la filiation mais de démontrer les conséquences de celles-ci sur les actes notariés. Cependant il est essentiel d'en rappeler les grands principes.

Le nouveau droit de la filiation est né avec la loi du 3 janvier 1972 (loi n° 72-3 relative à la filiation). Depuis se sont opérées un certain nombre de modifications substantielles notamment par l'ordonnance 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006, et en dernier lieu par la loi du 16 janvier 2009 (n° 2009-61) portant ratification de l'ordonnance de 2005. Ces diverses dispositions législatives sont retranscrites aux articles 310 et suivants du Code civil.

Le mot « filiation » tel que le définissent les lexiques de termes juridiques désigne :

« le rapport de famille qui lie un individu à une ou plusieurs personnes dont il est issu. »

Depuis la loi 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (notamment art. 9), puis l'ordonnance du 4 juillet 2005, le principe est l'égalité de statut entre les enfants, quelles que soient les conditions de leur naissance (hors mariage, ou au cours du mariage). Les notions de filiation légitime et de filiation naturelle sont abandonnées ! Le principe est désormais celui de **l'égalité entre tous les enfants, qu'ils soient nés de couples mariés ou non**.

Cependant égalité de statut n'équivaut pas à égalité de modes d'établissement de la filiation.

On dénombre quatre manières d'établir la filiation prévues par les articles 310 et suivants du Code civil, qui vont se mettre en œuvre différemment selon que l'on cherche à établir une filiation maternelle ou paternelle, ces modes sont les suivants :

- filiation établie par l'effet de la loi (1) ;
- filiation établie par une reconnaissance volontaire (2) ;
- filiation établie par la possession d'état (3) ;
- filiation établie par un jugement (4).

1.1.1.1 Filiation établie par l'effet de la loi

On va distinguer ici l'établissement de la filiation maternelle et l'établissement de la filiation paternelle.

- En matière d'établissement de la **filiation maternelle**, les textes ont évolué en suivant l'évolution même des règles de la vie contemporaine et il n'y a plus lieu désormais de tenir compte de la situation matrimoniale ou personnelle de la mère lors de la naissance, mais il y a lieu de tenir compte de la mère au sens du Code civil, c'est-à-dire de la personne qui a mis au monde l'enfant.

Désormais l'article 312-25 du Code civil, issu de l'ordonnance du 4 juillet 2005, pose le principe suivant lequel « la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant ». En conséquence la désignation de la mère dans l'acte de naissance suffit à établir la filiation à son égard. Les articles 310-3 et 311-25 du Code civil introduisent comme unique mode de preuve de la filiation maternelle l'acte de naissance, c'est ce dernier qui permet également au notaire de faire les vérifications d'usage lors de la rédaction des actes authentiques, ainsi qu'il sera plus amplement détaillé ci-après.

- En ce qui concerne la **filiation paternelle** la tâche n'est pas si aisée, et la règle de base est demeurée relativement conservatrice.

En effet même si l'article 312 du Code civil, modifié par l'ordonnance de 2005, prévoit que « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari » l'établissement de la filiation paternelle a des origines plus anciennes issues de la présomption légitime « Pater is est quem nuptiae demonstrant ».

Cette présomption de paternité légitime s'applique à l'enfant conçu pendant le mariage, sachant que l'enfant est présumé conçu pendant le mariage lorsqu'il est né à partir du 180^e jour qui suit la célébration du mariage et jusqu'au 300^e jour qui suit la dissolution de celui-ci.

Cependant cette présomption peut être écartée comme il est notamment prévu à l'article 314 du Code civil : « La présomption de paternité est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père et que l'enfant n'a pas de possession d'état à son égard. ».

Accueillis pour ce congrès à Berlin, il peut être intéressant de comparer nos dispositions françaises à celles applicables en droit allemand, et régies par le Bürgerliches Gesetzbuch (BGB³). Ainsi est-il prévu, en matière de filiation maternelle, dans son article 1591 que la mère d'un enfant est la femme qui l'a mis au monde, et en matière de filiation paternelle (article 1592 BGB) que le père est le mari ou l'homme qui a reconnu l'enfant ou enfin dont la paternité a été déclarée judiciairement.

3• § 1592 BGB. Vaterschaft – Vater eines Kindes ist der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist, – 2. der die Vaterschaft anerkannt hat oder, – 3. dessen Vaterschaft nach § 1600d oder § 182 Abs. 1 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gerichtlich festgestellt ist.

1.1.1.2 Établissement de la filiation par la reconnaissance

L'article 316 du Code civil prévoit que la filiation peut être établie par une reconnaissance de paternité ou de maternité faite avant ou après la naissance. Le principe est le libre établissement de la filiation c'est-à-dire, que tous les enfants nés hors mariage peuvent être reconnus volontairement par le père et/ou la mère.

Par reconnaissance, il y a lieu de comprendre l'acte juridique par lequel un homme affirme sa paternité et une femme sa maternité à l'égard d'une personne. L'article 316 du Code civil précise également, dans son alinéa 3 que la reconnaissance peut être réalisée par un acte authentique, c'est ici précisément qu'intervient le notaire, mais ce pourrait être l'huissier!

Outre l'authenticité de l'acte qui est requise, ce qui implique un engagement certain du requérant, il y a lieu de noter que la reconnaissance est irrévocable.

Alors que dans d'autres modes d'établissement de la filiation le notaire n'intervient que résiduellement, il est dans ce mode-là au cœur du sujet. C'est ainsi qu'il devient très tôt le conseil et confident des familles.

1.1.1.3 Établissement de la filiation par la possession d'état

La possession d'état est également l'un des modes d'établissement de la filiation, mode « gracieux », en opposition au mode « contentieux » d'établissement de la filiation par jugement que nous verrons ultérieurement (d).

La possession d'état s'entend : « de la présomption légale permettant d'établir la filiation d'une personne sur la base de certains faits constatés par sa famille et par son entourage relativement aux relations ayant existé entre elle et la personne dont elle se dit être la fille ou le fils ».

L'article 311-1 du Code civil énumère les critères devant être réunis pour aboutir à la possession d'état.

Alors qu'en matière de preuve de la filiation, lorsque celle-ci s'établit par l'effet de la loi, l'acte de naissance dressé par la mairie du lieu de naissance en est la preuve formelle, dans le cas de la possession d'état, l'ordonnance du 4 juillet 2005 au travers de l'art. 317 C.c. impose un formalisme se matérialisant par un acte de notoriété, ainsi qu'il est prévu aux articles 71 et 72 du Code civil. La possession d'état peut également être établie par un jugement par suite d'une action en établissement de la filiation.

L'acte de notoriété de possession d'état est, s'il y a lieu, établi par le juge du tribunal d'instance du lieu de naissance ou du domicile, et ne peut être demandé que par l'intéressé directement ou par les père et mère ou l'un d'eux.

Une fois dressé, l'acte de notoriété permet la mention en marge de l'acte de naissance afin d'avertir certains tiers de l'établissement de la filiation.

Notons qu'avant le 1^{er} juillet 2006, date d'entrée en vigueur de l'Ordonnance de 2005, le juge des tutelles était compétent pour établir l'acte de notoriété. Une partie de la doctrine avait même pensé, s'agissant de l'établissement de la preuve de faits juridiques que le notaire aussi était compétent (V. MALAURIE et AYNÈS, Droit civil. La famille, 6^e éd., 1998, Cujas, n° 498 ; J. MASSIP, obs. sous Civ. 1^{re}, 20 déc. 1993, Defrénois 1994, art. 35 845, n° 51). Cette analyse n'a plus cours depuis la réforme de 2005. On remarquera que les notaires n'ont pas protesté à l'époque !

Alors qu'antérieurement à l'ordonnance de 2005, cet acte de notoriété pouvait être sollicité sans limitation dans le temps. Il y a lieu désormais qu'il soit demandé dans les cinq ans qui suivent la cessation de la possession d'état. L'établissement de cet acte a pour conséquence directe la mise à jour de l'acte de naissance de l'intéressé par l'insertion d'une mention en marge de l'acte de naissance (cf. art. 317 C.c.).

En utilisant ici le terme « acte de notoriété » il y a lieu évidemment de faire la distinction avec l'acte de notoriété dressé en matière successorale afin d'établir et constater la dévolution successorale, ce dernier étant prévu par l'article 730-1 du Code civil et étant dressé par le notaire.

1.1.1.4 Filiation établie par un jugement

Les trois modes d'établissement de la filiation précédemment vus sont considérés comme des modes non contentieux. En abordant l'établissement de la filiation par un jugement on intègre ici essentiellement le domaine contentieux (1°). Mais il existe devant le juge également une procédure gracieuse, dans le cas de la filiation adoptive ainsi que le rappelle l'art. 1167 C.p.c. « L'action aux fins d'adoption relève de la matière gracieuse. ». Nous en dirons quelques mots dans un deuxième temps (2°).

• 1° Le domaine contentieux

Ce mode d'établissement de la filiation est prévu par l'article 310-1 al. 2 du Code civil, qui renvoie aux art. 318 s. C.c.

Le Tribunal de Grande Instance statuant en matière civile est compétent. Il y a lieu à ce stade de refaire une distinction entre l'établissement d'une filiation maternelle et paternelle. Dans le cadre de l'établissement de la **filiation maternelle**, à défaut d'autre « preuve » de la filiation, l'action en justice peut être exercée sous réserve que la mère n'ait pas demandé à bénéficier de l'accouchement anonyme plus communément appelé « accouchement sous X ».

Le principe d'égalité de statut entre les enfants est ici remis en avant puisque l'action en établissement de la filiation est commune aux enfants qu'ils soient nés au cours d'un mariage ou non. L'action menée en justice aura notamment pour effet d'établir la filiation à l'égard de la mère

rétroactivement au jour de la naissance, et une mention sera portée en marge de l'acte de naissance.

En ce qui concerne l'action en **recherche de paternité**, l'article 327 du Code civil prévoit que l'action est réservée à l'enfant et comme en matière de filiation maternelle elle se prescrit aujourd'hui par 10 ans à compter de la majorité de l'enfant. Dans ce cas la filiation sera établie uniquement à l'égard du père, rétroactivement au jour de la naissance.

Il est important de bien comprendre que la recherche de maternité ou de paternité n'appartient qu'à l'enfant, c'est ce que rappelle la Cour de cassation, (cf. Cass. civ. 1^{re} 8 juillet 2009 pourvoi n° 08-20153, Publié au bulletin, Rejet), dans lequel des grands-parents avaient demandé la reconnaissance de leur lien de filiation à l'égard de leur petit-fils biologique, mais né sous couvert de l'anonymat.

Dans cette affaire, la cour a retenu que l'action en recherche de maternité n'appartient qu'à l'enfant et que nul autre que lui ne peut l'exercer. Cela dit, ce domaine est en pleine évolution⁴.

• 2° Le domaine gracieux – la filiation adoptive

L'adoption n'est pas définie par le Code civil mais peut-être présentée comme une technique juridique permettant de créer un lien de filiation entre deux personnes qui ne sont pas nécessairement parentes par le sang.

On distingue deux formes d'adoption :

- l'adoption dite « simple » : codifiée aux articles 360 à 370-2 C.c.
- l'adoption dite « plénière » : codifiée aux articles 343 à 359 C.c.

Nous rappellerons, avant de voir le rôle éventuel du notaire dans la procédure d'adoption, succinctement les conséquences de l'adoption sur la filiation.

En matière d'adoption simple les principes sont les suivants :

- l'adopté ne perd pas ses liens de filiation avec sa famille par le sang ;
- l'adopté acquiert des liens de filiation dans sa famille adoptive.

Ainsi il pourra hériter des biens tant de sa famille biologique que de sa famille adoptive (sans toutefois être héritier réservataire dans la succession de ses grands-parents adoptifs),

4 • cf. Tribunal de Grande Instance d'Angers ord. réf. 8 octobre 2009 n° 09-00568. Les faits : Le 7 juin 2009, une femme accoucha « sous X ». Ses parents avertis de cette naissance, virent l'enfant à l'hôpital. Le 12 août 2009, ils saisissent, en référé, le président du Tribunal de Grande Instance d'Angers afin de solliciter, sur le fondement de l'art. 145 C.p.c. une expertise biologique en vue d'établir leur lien avec l'enfant. Leur objectif était de stopper la procédure d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État. Le juge des référés leur donne raison en ordonnant la mesure d'expertise sollicitée. Cf. aussi, P. Salvage-Gerest, Les grands-parents et l'adoption de leurs petits-enfants, Dr. fam. 2009. Études 32

– en matière de nom de famille, sujet qui sera traité plus amplement ci-après, l'adopté conserve son nom d'origine et doit accoler le nom de l'adoptant (cf. art. 363 s C.c.).

En matière d'adoption plénière :

– l'adopté n'a plus aucun lien juridique avec sa famille d'origine. L'article 356 C.c. précise même, que la filiation adoptive se substitue à la filiation d'origine.

Quid du *rôle du notaire* dans le cadre de la procédure d'adoption ?

Les parents biologiques doivent donner leur consentement à cette adoption (article 348, 348-1 C.c. pour l'adoption plénière et 361 C.c. opérant renvoi pour l'adoption simple) sauf en cas d'abandon judiciairement déclaré (art. 350 C.c.) ou de pupilles de l'Etat.

C'est l'article 348-3 C.c. qui fixe la règle notamment de compétence :

Le consentement à l'adoption est donné devant le greffier en chef du tribunal d'instance du domicile ou de la résidence de la personne qui consent, ou devant un notaire français ou étranger, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires français. Il peut également être reçu par le service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis.

Le consentement à l'adoption peut être rétracté pendant deux mois. La rétractation doit être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à la personne ou au service qui a reçu le consentement à l'adoption. La remise de l'enfant à ses parents sur demande même verbale vaut également preuve de la rétractation.

Si à l'expiration du délai de deux mois, le consentement n'a pas été rétracté, les parents peuvent encore demander la restitution de l'enfant à condition que celui-ci n'ait pas été placé en vue de l'adoption. Si la personne qui l'a recueilli refuse de le rendre, les parents peuvent saisir le tribunal qui apprécie, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, s'il y a lieu d'en ordonner la restitution. La restitution rend caduc le consentement à l'adoption.

Il y a lieu de préciser ici le rôle du seul notaire, quant au recueil des consentements nécessaires. En ce qui concerne les conditions de fonds, le droit de consentir à l'adoption d'un enfant relève des prérogatives exceptionnelles de l'autorité parentale (cf. 377-3 C.c.). En conséquence le droit de consentir à l'adoption d'un mineur n'est jamais délégué. Cependant l'article 348-2 C.c. apporte deux exceptions : en cas de décès ou d'impossibilité de manifester leur consentement des père et mère. Il y aura alors délégation au conseil de famille de la faculté de consentir l'adoption.

En ce qui concerne la forme du consentement : celui-ci doit être reçu par acte solennel, le notaire devant être présent (article 348-3 C.c.). On notera la différence avec le recueil du consentement par un fonctionnaire de l'aide sociale à l'enfance, qui ne dressera qu'un simple procès-verbal, non authentique (cf. art. L. 224-5 du Code de l'action sociale et des familles). Le consentement doit être pur et simple et ne peut être assorti d'aucune condition. L'acte doit comprendre un certain nombre de mentions obligatoires

(cf. art. 1165 C.p.c.). Le notaire sera sans doute le professionnel le mieux à même, parmi les personnes habilitées à recevoir le consentement, d'informer ceux qui donnent leur consentement, des conséquences juridiques qui en résulteront (rupture des liens du sang, aliments, succession, fiscalité, nom – art. 357 et 363 C.c. etc.). Une information sur les possibilités de rétractation devra être donnée.

Quand à la forme du consentement donné par le mineur d'au moins treize à sa propre adoption (adoption plénière en vertu de l'art. 345 al. 3 C.c. adoption simple, art. 360 C.c.) aucune précision n'a été donnée par la loi. La doctrine admet qu'il est possible d'appliquer les règles de forme relatives au consentement des père et mère à l'adoption de leur enfant, prévues par l'art. 348-3, alinéa 1er, C.c. (cf. Frédérique EUDIER, V^o « Adoption », D. Rep. civ. n^o 262). Pour le mineur, le contact avec le notaire est-il plus facile qu'avec un greffier chef? N'oublions pas que son consentement devra être suffisamment éclairé pour être valable (cf. TGI Versailles, 26 nov. 1979, Gaz. Pal. 1980. 2., Somm. 471). On fera attention à l'art. 413-6 al. 2 C.c. qui précise que le mineur émancipé n'est pas assimilé à un majeur dans le cadre de l'adoption!

Rappel : Lorsque l'adopté est majeur, son consentement suffit. Le consentement de ses père et mère n'a pas à être sollicité. (Voir cependant sur la pratique de certains tribunaux, B. ABRY, « Adoption d'un majeur : les consentements requis et la pratique des tribunaux », Dr. et patr. juillet-août 1997, p. 19.).

S'agissant du majeur en tutelle, l'art. 458 C.c. (en vigueur au 1^{er} janvier 2009, étant issu de la loi n^o 2007-308 du 5 mars 2007) le consentement donné à sa propre adoption constitue un « acte dont la nature implique un consentement strictement personnel » qui ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée. Si la personne protégée ne peut consentir, elle ne peut donc être adoptée.

Remarquons que si l'adopté est marié, la loi n'exige pas le consentement du conjoint, même si cela peut avoir une conséquence sur le nom du couple! En pratique, certains parquets consultent le conjoint.

Adoption internationale. – Faute de précision dans l'article 370-3 C.c. on admet que la détermination de la personne ayant la qualité de représentant légal de l'enfant relève de la loi personnelle de celui-ci (cf. P. LAGARDE, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification », Rev. crit. DIP 2001, 275 p. 290).

1.1.1.5 Filiation – Action – Prescription

En vue d'essayer de faciliter la synthèse des diverses situations pouvant être rencontrées, le tableau ci-après reprend les principales actions en matière de filiation et les délais de prescription qui les accompagnent.

Actions	Durée de la prescription et point de départ de l'action	Sourc e
Base des actions en matière de filiation : les actions se prescrivent par 10 ans à compter du jour ou la personne a été privée de l'état qu'elle réclame		321 C.c.
Action en recherche de paternité ou de maternité	Action ouverte au parent à l'égard duquel la filiation est établie, pendant la minorité de l'enfant à l'enfant lui-même dans les 10 ans de sa majorité C.c. 327	325 C.c. 326 C.c. 327 C.c. 328 C.c. 321 C.c.
Action en contestation de la possession d'état	5 ans à compter du jour ou la possession d'état a cessé	333 C.c. 334 C.c. 335 C.c.
Action en constatation de la possession d'état Action en contestation de maternité et de paternité	10 ans à compter du jour ou la personne a été privée de l'état qu'elle réclame	330 C.c. 321 C.c. 332 C.c. 321 C.c.
Reconnaissance	Avant ou après la naissance, quel que soit l'âge de l'enfant et sans que son consentement soit requis	316 C.c.

1.1.2 - La filiation : respect de la vie privée et actes notariés

En pratique, le notaire est sollicité en matière de filiation à plusieurs degrés. Dans un premier temps, il l'est dans tous les actes qu'ils soient à titre onéreux ou gratuit, par la simple indication de la comparution des parties, qui fait appel aux notions de vie privée, et dans un second temps lorsqu'il insinstrumente dans le domaine de la filiation en prêtant son ministère pour la reconnaissance d'un enfant notamment.

1.1.2.1 La filiation dans les mutations à titre onéreux et gratuit

En ce qui concerne les actes à **titre onéreux** et notamment les ventes, la notion de filiation et ses conséquences n'influent pas en principe sur la rédaction de l'acte lui-même. Seuls les éléments relatifs à la comparution des parties (vendeur, acquéreur, intervenant), touchent à la personne elle-même.

Il ne faut pas confondre l'état des personnes signataires des actes notariés et les indications personnelles y figurant ! Ces dernières émanent lorsqu'elles concernent des immeubles du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière. Il n'y a pas lieu de s'attarder plus amplement sur la filiation eu égard au respect de la vie privée au sein des mutations à titre onéreux. On retiendra cependant qu'un certain nombre de règles civiles sont particulières lorsqu'il existe un lien de filiation entre les cocontractants, ainsi de celles figurant aux articles 854 C.c. (droit des sociétés et rapport successoral) ou 918 C.c. (vente en viager).

En ce qui concerne les mutations à **titre gratuit**, que ce soit en matière successorale ou en matière de donation, il y a lieu de se poser la question sur le but final des indications mentionnées dans les actes. En effet, on ne peut échapper aux nécessaires indications de l'état-civil des parties à l'acte

prévu par le décret de 1955 en vue d'assurer la publicité foncière des actes, mais un certain nombre d'autres indications sont impératives pour des besoins civils et fiscaux. Avant la réforme des successions résultant de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, qui consacre notamment l'égalité de « traitement et de considération » entre les descendants, il était impératif de mentionner dans la dévolution successorale le lien de filiation entre un descendant et son ascendant, savoir « descendant consanguin, utérin, adultérin ».

En conséquence l'attestation immobilière, valant titre de propriété pour les héritiers, et devant être transmise notamment en cas de vente ultérieure, met à nu la situation personnelle et la vie privée des héritiers au regard de tous les futurs propriétaires. Cependant il y a lieu de préciser que ces indications de filiation avaient, à l'époque, toute leur importance, puisque les quotités héréditaires étaient différentes selon que le descendant était dit « légitime », « naturel » ou « adultérin ». On faisait donc prévaloir, comme très souvent, l'aspect juridique sur la situation personnelle et le respect de la vie privée !

Aujourd'hui les actes mentionnent toujours, par exemple « Ses deux enfants issus de son union avec Monsieur X, son époux prédécédé ». Or le législateur a œuvré ici en faveur du respect de la vie privée. Ce type de formule n'a donc plus lieu d'être.

En matière de donation, le lien de filiation a une grande importance que ce soit vis-à-vis de la nature même de la donation (en avance sur part successorale ou hors part successorale) ou que ce soit vis-à-vis des abattements fiscaux, de la réduction, ou du rapport de donations antérieures... qui pourraient être à prévoir. En conséquence, demeure encore dans l'acte une clause indiquant le nombre d'enfants du ou des donateurs (intérêt civil et fiscal), et du ou des donataires. On est ici à même de se poser la question du respect de la vie privée des parties à l'acte mais la réponse ne se fait pas attendre, dans ce cas le droit fiscal prend le dessus !

L'administration fiscale aurait-elle tous les droits pour passer outre au respect de la vie privée ?

En effet, en cas de bonne entente familiale, ces clauses semblent complètement désuètes. Mais en cas de conflit, elles prennent toutes leur importance et peuvent même constituer un obstacle à la signature de l'acte authentique.

Ne pourrait-on alors se contenter d'une déclaration en dehors de l'acte ?

1.1.2.2 Le notaire et l'acte de reconnaissance d'enfant

Le notaire en sa qualité d'officier public établissant des actes authentiques intervient pour rédiger des actes en matière de filiation. L'acte de reconnaissance est l'un d'eux (aux côtés des actes concernant la filiation adoptive ou la PMA cf. *infra*). Cet acte est au cœur même de la vie privée, il n'implique

pas de biens mobiliers ou immobiliers, il implique uniquement la personne en elle-même. On dénombre plusieurs sortes d'acte de reconnaissance qu'ils soient réalisés à la requête du père ou de la mère, comme la reconnaissance prénatale, postnatale, reconnaissance volontaire etc... ces actes devant prévoir un certain nombre de mentions tant relatives à l'auteur qu'à l'enfant reconnu. Il va falloir entrer dans l'intimité même du client, dans sa vie privée et établir un acte qui tout en conservant son but final respectera la vie privée.

Voici une clause contenue dans un acte de reconnaissance d'enfant :

« **Déclarations**

Le comparant a déclaré reconnaître pour son enfant,... qui est inscrit sur les registres de l'état civil de... le... comme étant né de... demeurant à...

Mention de cette reconnaissance est consentie partout où besoin sera, et tous pouvoirs à cet effet sont donnés au porteur d'une copie authentique des présentes. »

1.1.3 – Le notaire et son devoir de conseil au regard de la filiation et de la vie privée

Le notaire n'est pas qu'un rédacteur d'acte, son devoir de conseil est l'une de ses fonctions premières comme l'indiquait le Conseiller REAL « [...] la tranquillité publique appelle d'autres fonctionnaires qui, conseils désintéressés des parties, aussi bien que rédacteurs impartiaux de leurs volontés, leur faisant connaître toute l'étendue des obligations [...] »

La filiation et ses conséquences ne se limitent pas aux règles de bases qui ont été précédemment vues, l'évolution de la vie, des mœurs et des besoins de chaque individu amènent de nombreuses autres questions auxquelles le notaire va devoir se confronter. Ce seront par exemple les conséquences de la procréation médicalement assistée au regard de la filiation, le besoin de mettre en œuvre le regroupement familial pour une transmission correcte du patrimoine, ou encore le rôle que peut avoir ou non le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP) sur la filiation.

Ce sont ces différents sujets qui vont être abordés ci-après, afin de donner un premier aperçu au praticien.

1.1.3.1 Le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP)

Le CNAOP a été créé par une loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 dont l'objectif est de faciliter l'accès aux origines personnelles. Il est régi par les articles 147-1 et suivants du Code de l'action sociale et des familles.

Les principaux intéressés par ce conseil sont les pupilles de l'état qui ne connaissent pas leurs origines. Il est important de noter que les informations délivrées par le CNAOP ne peuvent être considérées que de manière informative. En effet, elles ne font naître aucun droit ni aucune obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit, et sont sans effet sur l'état-civil et/ou la filiation (cf. art. L 147-7 C.a.s.f.)

La loi créant ce nouvel organisme réaffirme la possibilité pour une femme d'accoucher dans le secret de son identité, plus communément appelé « accouchement sous X ». Mais elle renforce les possibilités de laisser des informations à l'enfant. Le CNAOP est en quelque sorte un dépositaire de renseignements et un acteur social d'aide à la recherche de leurs origines par les pupilles de l'Etat notamment.

Le notaire peut donc, à son niveau, conseiller une personne qui serait à la recherche de ses origines. Sur les procédures à suivre on peut se reporter au site gouvernemental : <http://www.cnaop.gouv.fr/Presentation-du-CNAOP.html>.

1.1.3.2 Le regroupement familial

Le regroupement familial, objet de débat notamment en 2009, permet aux ressortissants étrangers, régulièrement installés en France, d'être rejoints par les membres de leur famille. Le regroupement familial n'est ni un moyen d'établir la filiation ni un moyen de prouver la filiation mais, il en permet sa mise en œuvre pratique. En effet, comment répondre à une famille « physiquement » séparée qui souhaiterait organiser la transmission de son patrimoine, tant du vivant des intervenants qu'après le décès de l'un d'eux ?

Il peut donc être utile au notaire d'ajouter à ses connaissances quelques notions sur le regroupement familial, duquel découle désormais un débat plus que délicat sur l'utilisation de test ADN pour permettre le regroupement.

- Qui sont les demandeurs ?

Les personnes pouvant faire une demande de regroupement familial sont les étrangers installés en France, à condition qu'ils aient séjourné régulièrement en France depuis au moins 18 mois.

- Au profit de qui ?

Les bénéficiaires sont les membres de la famille du demandeur qu'il souhaite faire venir en France. Par membre de la famille il y a lieu de comprendre le conjoint âgé de plus de 18 ans et les enfants du couple âgés de moins de 18 ans.

- Comment faire ?

La demande doit être présentée à la préfecture du lieu de résidence prévu pour l'accueil de la famille par le demandeur lui-même. C'est ensuite le maire de la commune de résidence de l'étranger qui instruit le dossier, il a deux mois pour donner son avis sur l'ensemble des conditions. Le préfet sera par la suite seul compétent pour prendre une décision finale qu'il notifiera au demandeur dans le délai de 6 mois à compter du dépôt de son dossier.

Cette procédure, au centre de l'actualité sociale, n'est certes pas forcément au cœur de l'actualité des offices notariaux mais peut être engagée afin de faire « jouer » les liens de filiation entre des individus, et peut être conseillée par le notaire tant sur le plan patrimonial que personnel.

Le sujet du regroupement familial a été un sujet d'actualité au cours de l'année 2009, et ce en raison de l'application ou non de l'amendement permettant le recours au test ADN. En effet, au cours de la séance du 12 septembre 2007, les députés ont voté un amendement permettant le recours aux tests ADN lors de la délivrance de visa de plus de 3 mois dans le cadre du regroupement familial et ce « aux fins de vérifications d'une filiation biologique déclarée ». Le recours ou non aux tests ADN a impliqué un véritable débat de société mais également un débat juridique important puisqu'il serait en opposition avec l'article 16 du Code civil relatif au respect du corps humain.

Cet amendement avait été mis en œuvre face aux doutes qui subsistaient quant à l'authenticité des actes d'état-civil transmis par les familles étrangères. Le débat reste à ce jour ouvert et aucune décision définitive n'a été prise.

1.1.3.3 La procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui

La filiation est une question de naissance, d'accouchement et de liens juridiques. Certes tous les enfants viennent au monde par le même processus mais ne sont pas tous conçus de la même manière. La conception résultant d'une relation sexuelle entre un homme et une femme ne pose pas de question. En revanche les autres méthodes de procréation sont plus complexes pour le juriste. Elles seront ci-après envisagées au regard du conseil que le notaire peut avoir à donner aux futurs parents.

En matière de procréation « assistée » dans tous les sens que peut avoir ce terme, il y a lieu d'envisager la question de la gestation pour autrui, situation plus communément appelée « mère porteuse » (2°) et la simple procréation médicalement assistée (1°). Deux domaines dont les conséquences sur la filiation sont très différents.

• 1° La procréation médicalement assistée

Le 25 juillet 1978, il y a un peu plus de 30 ans, naissait en Angleterre Louise BROWN le premier bébé « éprouvette », révolution sur le plan médical. Conséquences sur le plan juridique ?

Depuis 1982, naissance du premier bébé « éprouvette » en France, les cycles de fécondation in vitro n'ont cessé d'augmenter en France passant d'un peu plus de 10 000 en 1986 à 50 000 en 2005 (enquête réalisée en 2008 par le Groupement de l'étude des fécondations in vitro en France pour le ministère de la santé).

Par procréation médicalement assistée il faut entendre « ensemble de pratiques cliniques et biologiques où la médecine intervient plus ou moins directement dans la procréation », ce qui regroupe l'insémination artificielle et la fécondation in vitro.

Nous n'allons pas ici aborder l'aspect médical de ces techniques mais simplement le domaine juridique et notamment les conséquences sur la filiation.

En France la loi bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 2004, codifiée dans le Code de la santé publique (art. L1244-1), définit l'assistance médicale à la procréation qui doit s'entendre comme :

« pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel, dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé, après avis de l'Agence de la biomédecine ».

Cela concerne tout d'abord le couple sous certaines conditions définies par l'art. L. 1241-2 C.s.p :

« L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple.

Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité.

L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation ».

Pas d'insémination *post mortem* : La jurisprudence (cf. Rennes 22 juin 2010) a rejeté la demande d'une veuve souhaitant récupérer les paillettes de sperme congelées de son mari défunt en vue d'une insémination à l'étranger. La loi française dispose que le décès d'un des membres du couple « fait obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons ». Elle souligne que la conservation du sperme était strictement personnelle et qu'une restitution ne pouvait se faire qu'avec un patient « présent et consentant ».

(IAD) La loi permet aussi de réaliser **des inséminations artificielles avec tiers donneur** uniquement au bénéfice des couples mariés ou des couples composés d'un homme et d'une femme pouvant justifier de deux ans de vie commune (cf. Articles L. 2141-3, L. 2141-7 C.s.p. notamment). Une condition doit être remplie cependant : que ces personnes souffrent de stérilité pathologique ou risquent de transmettre une maladie grave en procréant naturellement.

Pour la mise en œuvre d'une IAD il faut un donneur. Le droit français fait prévaloir l'anonymat du donneur. En vertu de l'article 311-19 C.c., ce dernier n'est pas autorisé à faire établir la filiation. Dans ce cas l'enfant qui va naître verra sa filiation établie à l'égard de sa mère et de son père, ce

dernier n'étant pas le géniteur. Seules des raisons médicales justifieraient de la levée de l'anonymat.

Face à cette situation très personnelle d'un couple, il y a lieu de s'interroger sur le rôle du notaire. Il intervient dans ce cas pour informer sur les conséquences au regard de la filiation. Par ailleurs lorsque les couples font appel à une assistance médicale nécessitant le recours à un tiers donneur ils doivent préalablement y consentir par une déclaration soit devant le Tribunal de Grande Instance, soit devant notaire, **dans des conditions garantissant le secret** ainsi qu'il est prévu par l'article 311-20 C.c. et par l'art. 1157-2 C.p.c. ce dernier précisant dans un souci de confidentialité :

« La déclaration est recueillie par acte authentique hors la présence de tiers.

Expédition ou copie de l'acte ne peut être délivrée qu'à ceux dont le consentement a été recueilli. »

L'art. 1157-3 C.p.c dispose en outre :

« Avant de recueillir le consentement, le juge ou le notaire informe ceux qui s'apprêtent à l'exprimer :

- de l'impossibilité d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur du don, ou d'agir en responsabilité à l'encontre de celui-ci ;
- de l'interdiction d'exercer une action (Décret n° 2006-640 du 1^{er} juin 2006, art. 19-VII) "aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation" au nom de l'enfant, à moins qu'il ne soit soutenu que celui-ci n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet ;
- des cas où le consentement est privé d'effet ;
- de la possibilité de faire déclarer judiciairement la paternité hors mariage de celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu, et d'exercer contre lui une action en responsabilité de ce chef.

L'acte prévu à l'article 1157-2 mentionne que cette information a été donnée ».

Notons la jurisprudence de la CEDH concernant le sort de l'embryon in vitro, en cas de séparation du couple, qui admet un droit de révocation du consentement donné (cf. CEDH 10 avril 2007, req. n° 6339/05 Affaire Evans c. Royaume-Uni ; Dalloz actualité 17 avril 2007).

La conséquence pour les notaires est qu'ils pourront devoir attester n'avoir reçu aucune révocation de l'acte de consentement.

Parallèlement à la procédure légale de PMA, il existe un processus dit « à la sauvage » que les intéressés dénomment ainsi, sur des blogs spécialisés ! Procédé évidemment non réglementé par lequel un homme propose, moyennant finance parfois, à un couple de femmes, de faire un don de sperme. L'« insémination » étant dans ce cas réalisée par la receveuse elle-même, sans aucune assistante médicale ! Dans cette situation, il existe un risque de

reconnaissance et donc d'établissement du lien de filiation naturelle, non souhaitée par le couple receveur. La reconnaissance par le père peut être effectuée à tout moment, de la conception de l'enfant jusqu'au décès du père.

La paternité peut également être établie par une action en recherche de paternité qui sera régie depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 par des règles assouplies :

- l'exigence de présomption ou indices graves est supprimée,
- délai de prescription cf. supra.

Pour le couple qui n'envisagerait pas à la base ce problème, le notaire peut être « le conseil ». En effet les conséquences de l'établissement du lien de filiation à l'égard du père vont faire naître à son égard un certain nombre de droits et de devoirs tels que l'autorité parentale, l'obligation d'entretien... et l'enfant va devenir également héritier du père. Mais peut-on être prévoyant face à cette situation. Toute convention de renonciation à faire établir une filiation serait nulle.

• 2° La gestation pour autrui

La gestation pour autrui plus vulgairement ou communément appelée convention de « mère porteuse » est interdite en France par la loi bioéthique du 29 juillet 1994 et proscrite par l'article 16-7 du Code civil qui précise « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. » La gestation pour autrui se réalise par l'accueil par une femme, le temps de la gestation, de l'ovule fécondé d'une autre femme.

Au cours de l'année 2008 une commission sénatoriale avait même été mise en place en vue de revenir sur l'interdit et d'envisager la légalisation de cette pratique. A titre informatif, 400 femmes françaises partiraient chaque année dans d'autres pays pour avoir recours à cette technique.

La gestation pour autrui amène une interrogation : ne serions-nous pas ici face à une technique induisant cinq cas de filiation ?

- une filiation biologique : qui se matérialiserait par le fait de fournir un ovule,
- une filiation gestatrice : qui se matérialiserait par le fait de « porter l'enfant »,
- une filiation factuelle : qui se matérialiserait par le fait d'accoucher,
- une filiation affective : qui se matérialiserait par le fait de reconnaître l'enfant comme le sien,
- une filiation adoptive : qui se matérialiserait par le fait d'être tenu comme la mère par le droit.

Alors certes le notaire n'est pas ici dans son domaine de compétence en ce qui concerne la technique mise en œuvre, mais il est complètement dans son domaine au regard du devoir de conseil et des interrogations que peuvent se poser les couples qui souhaiteraient recourir, ou qui auraient déjà eu recours à une mère porteuse.

En effet, cette situation pourrait faire naître un certain nombre d'interrogations au regard de la filiation telles que :

- la « mère porteuse » a-t-elle des droits sur l'enfant ?
- comment déclarer la naissance de l'enfant ?
- faut-il un acte de reconnaissance particulier ?
- l'enfant va être reconnu à l'étranger puisqu'il ne peut naître en France, conséquences sur sa filiation ?

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris (Paris, 18 mars 2010, RG n° 09/11017, JurisData n° 2010-002814) a rappelé que la transcription des actes de naissance à l'état civil français de deux fillettes nées de mère porteuse en Californie n'est pas possible, car ces actes sont indissociables de la décision juridictionnelle américaine, contraire à l'ordre public français. Cet arrêt est important puisqu'il statue après renvoi ordonné par la première chambre civile le 17 décembre 2008. Il confirme ainsi le rejet de la théorie du fait internationalement accompli.

De lege ferenda : Au regard de ces différentes techniques une interrogation demeure quant à la procréation post mortem, doit-elle être autorisée ou non ?

La procréation post mortem intervient, lorsqu'un époux décède après avoir déposé des gamètes en vue de leur conservation et que, l'épouse ou la compagne demande la restitution pour faire réaliser le transfert d'embryons après le décès de son époux. En l'état actuel de la législation le transfert d'embryons dans cette situation est interdit, cependant la réforme de la loi bioéthique se profile et pourrait peut-être aboutir à des changements. Nous n'entrerons pas ici dans le débat moral lié à cette question mais plutôt dans le débat juridique qui en découle :

- un enfant conçu post mortem pourrait-il demander la révision de la succession de son père, pour obtenir sa part ?
- l'article 725 du Code civil précise : « Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable. » alors comment considérer l'ovule fécondé ?
- l'acte de naissance devrait-il préciser l'identité du père avec une mention spéciale précisant le décès de ce dernier ?

Sujet bien délicat tant moralement que juridiquement qui place le notaire et la bioéthique face aux mêmes interrogations !

1.2 Le nom de famille

Jean-Baptiste POQUELIN plus connu sous le nom de « Molière », Jean-Philippe SMET dit « Johnny Halliday » ou encore Henri GROUES que l'on appelait également « L'Abbé Pierre », le nom de famille et le prénom sont les éléments d'identification de la personne, éléments obligatoires pour la rédaction des actes et leur publication au fichier immobilier Le décret de 1955 sur la

publicité foncière impose que soient mentionnés dans les actes notariés tous les prénoms dans l'ordre de leur déclaration à l'état-civil, et le nom de famille.

Malgré la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 des questions persistent : l'attribution du nom de famille est-elle figée ? Comment les parents choisissent-ils le nom que va porter leur enfant ? L'enfant est-il prisonnier de son identité ? Nous allons tenter de répondre à toutes ses questions à travers le rôle du notaire face à l'identification de la personne, en abordant tout d'abord les modalités d'attribution du nom et ensuite les modalités et possibilités du changement de nom.

1.2.1 – L'attribution du nom de famille

Depuis le XI^e siècle les enfants prennent le nom de famille du père, mais les années passant, l'évolution des couples, des familles, et de la place de la femme dans la société ont abouti à une « petite révolution » en permettant au(x) parent(s) de choisir le nom de famille de leur enfant. En effet depuis la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille, modifiée par la loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005, les parents quelle que soit leur situation matrimoniale peuvent choisir le nom de famille qui sera porté par les enfants.

- **Pour les enfants nés à compter du 1^{er} janvier 2005** la loi de 2002 permet aux parents, lorsque la filiation est établie à l'égard des chacun d'eux, qu'ils soient mariés ou non, par le biais d'une déclaration conjointe devant l'officier de l'état-civil, de choisir comme nom pour leur premier enfant soit celui du père, soit celui de la mère, soit les deux noms accolés dans l'ordre qu'ils veulent.

Le choix du nom s'effectue par une « déclaration conjointe de choix » de nom faite par écrit et remise à l'officier de l'état-civil du lieu de naissance, ainsi qu'il est précisé dans l'article 311-21 du Code civil qui édicte :

« Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu ; [...] ».

Cependant il est très important de noter que, le nom choisi pour le premier enfant sera celui porté par tous les autres enfants communs du couple, le choix n'est donc fait qu'une seule fois et est irrévocable. Ces généralités sont à adapter à chaque situation personnelle, notamment dans les cas d'enfants naturels, d'enfants adoptés. Il est important de noter également que le terme « nom de famille » supplante le terme « patronyme » dans le Code civil qui étymologiquement signifie « nom du père » en grec.

Le Code civil régit ces nouvelles dispositions sur le nom de famille dans les articles 311-21 et suivants.

- **Pour les enfants nés avant le 1^{er} janvier 2005**, le nom de famille était attribué en fonction des règles propres à la filiation ce qui aboutissait aux situations suivantes qui subsistent la plupart du temps, de nos jours :

- dans le cas d'un enfant né pendant le mariage : l'enfant porte le nom du père,

- dans le cas d'un enfant né hors mariage : l'enfant porte le nom de celui qui l'a reconnu en premier et si les deux parents l'ont reconnu ensemble il porte le nom du père.

La loi du 4 mars 2002 était particulièrement attendue et notamment par les femmes, mères, qui souhaitaient transmettre leur nom à leur enfant, le retard de son entrée en vigueur a donc été une déception. Cependant le législateur avait tout prévu. L'enfant de moins de 13 ans au 1^{er} septembre 2003 ou à la date de la déclaration, à condition qu'il soit le premier enfant commun du couple, pouvait se voir adjoindre en deuxième position le nom du parent qui n'avait pas transmis le sien et ce par une déclaration conjointe à l'état-civil. Les parents qui désiraient procéder à ce changement devaient le faire entre le 1^{er} janvier 2005 et le 30 juin 2006.

Cette « petite révolution » dans l'attribution du nom de famille s'applique également aux différents cas particuliers suivants :

- En cas d'adoption plénière, ce sont les dispositions de droit commun relatives au choix du nom qui s'appliquent c'est-à-dire que si l'adoption est faite par les deux époux l'enfant porte soit le nom de sa mère, soit le nom de son père, soit les deux noms accolés dans l'ordre choisi par les parents. Si l'enfant est adopté par une seule personne, il portera le nom de son adoptant.

- En cas d'adoption simple, l'enfant conservera son nom d'origine auquel on accolera celui de l'adoptant. Si l'adoption est réalisée par un couple on accolera un seul des noms des deux adoptants au nom d'origine de l'enfant. Il est important de préciser que si l'enfant a plus de 13 ans, il devra donner son accord pour l'attribution de son « nouveau » nom (sur cette question cf. supra).

- **Publicité :**

La déclaration de choix du nom doit être effectuée dans la requête en adoption. En vue de l'opposabilité aux tiers, le nom de famille est porté dans l'acte de naissance de l'enfant adopté plénièrement, et en marge de l'acte de naissance en cas d'adoption simple.

Afin de concrétiser l'application de la loi de 2002, voici un exemple pratique :

Monsieur Durand épouse Madame Fleur, leur fils qui se prénomme Jean est né le 14 février 2009 il pourra porter les noms suivants :

- Jean Durand
- Jean Fleur
- Jean Durand-Fleur
- Jean Fleur-Durand

Une fois en âge de se marier, Jean Durand-Fleur se marie avec Lucie Dupont-de la Rivière, leur fille Jeanne pourra porter les noms suivants :

- Durand
- Dupont
- Fleur
- De la Rivière
- Fleur-Durand
- Dupont-De la Rivière
- Fleur-De la Rivière
- De la Rivière-Fleur
- Durand-De la Rivière
- De la Rivière-Durand
- Fleur-Dupont
- Dupont-Fleur
- Durant-Dupont
- Dupont-Durand

Alors attention aux refus et aux rejets lors de la rédaction des actes !

Alors qu'initialement une circulaire du 6 décembre 2004, venant en application de la loi du 4 mars 2002 avait prévu que le séparateur « -- », double tiret, figure sur les actes d'état-civil pour matérialiser la création du double nom et pour éviter la confusion avec les noms composés préexistants, une décision du Conseil d'Etat rendue le 4 décembre 2009 est venue mettre fin à ladite circulaire. C'est à la suite d'une ordonnance rendue par le président du Tribunal de Grande Instance d'Angers en date du 20 mai 2009, permettant qu'un enfant porte le nom de ses deux parents séparés par un simple tiret, que la haute juridiction administrative a été « alertée ». Le Conseil d'Etat a donc retenu que l'administration ne pouvait, par circulaire, soumettre l'exercice d'un droit à l'acceptation des parents de l'adjonction au nom de l'enfant d'un signe distinctif. C'est ainsi que nous avons dit « adieu » au séparateur « -- » !

Enfin, deux réponses ministérielles (Rép. min. n° 50835, JOAN Q 6 avril 2010, et Rép. min. du 1^{er} avril 2010 du ministère de la Justice à la question n° 11674 de Jean-Louis Masson du 14 janvier 2010, JORF Débats Sénat, QR, 2010/04/01, p. 831, www.senat.fr/quesdom.html) précisent que les dispositions de la circulaire du 6 décembre 2004 consacrées au double tiret – système initialement prévu pour distinguer les doubles noms, issus du choix

des parents de transmettre chacun leur nom – seront prochainement modifiées pour tenir compte de l'arrêt du Conseil d'Etat du 4 décembre 2009 (Conseil d'État, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 4 décembre 2009, requête n° 315818)

Cette réforme souhaitée par les familles, les individus et le législateur, présente un certain nombre d'avantages et notamment la possibilité de perpétuer un nom de famille avant qu'il ne disparaisse, la possibilité aussi de changer de nom plus simplement lorsque le nom est difficile à porter. Elle va rendre considérablement difficile les recherches généalogiques alors qu'il existait en 1990 déjà 1 329 359 noms de famille en France.

1.2.2 – Le changement de nom

Alors que la loi du 6 fructidor An II (6 février 1793) précisait dans son article 1er: «Aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance: ceux qui les auraient quittés seront tenus de les reprendre» la loi du Consulat du 11 germinal An XI (1^{er} avril 1803) précisait «toute personne qui aura quelque raison de changer de nom en adressera la demande motivée au gouvernement.»

Le nom de famille n'est pas figé pour l'éternité, il est possible de changer de nom au cours de sa vie et pour cela il y a lieu d'engager une procédure de changement de nom, laquelle est notamment prévue par les articles 60 à 61-4 du Code civil.

Nous allons aborder le changement de nom eu égard à deux situations: la première découle purement et simplement de l'application de la loi de 2002, et la seconde existait déjà et s'applique dans tous les autres cas.

1.2.2.1 Le changement de nom et la loi 2002-304 du 4 mars 2002

L'enfant porte le nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie lors de sa naissance, en l'absence de déclaration conjointe par les parents à l'officier d'état civil mentionnant le choix du nom. (cf. art.311-21 C.c.)

Cependant il est possible d'envisager un changement de nom lorsque le second lien de filiation est établi. (cf. art. 311-23 C.c.). Dans ce cas, la déclaration de changement de nom sera effectuée par les parents seuls lorsque l'enfant est mineur, et avec le consentement de l'enfant lorsque celui-ci est âgé de plus de 13 ans devant l'officier de l'état-civil de la commune de résidence de l'enfant.

Le choix du nouveau nom diffère selon que les parents ont ou n'ont pas d'autres enfants communs:

- si les parents n'ont pas d'autres enfants communs, ils pourront substituer soit le nom du parent à l'égard duquel la filiation a été établie a posteriori, soit accoler leur deux noms dans l'ordre qu'ils veulent tout en

se limitant à un nom de famille pour chacun s'ils portent eux-mêmes un nom composé;

- si les parents ont d'autres enfants communs, ils devront obligatoirement choisir le nom qui a été attribué aux autres enfants.

Le nom ainsi changé par cette déclaration de changement de nom s'imposera donc aux enfants à naître du couple, et fera l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance.

1.2.2.2 Le changement de nom non lié à la loi de 2002

Malgré le principe d'immutabilité du nom de famille, un changement est possible sous condition et en respectant une procédure fixée par le décret n° 94-52 du 20 janvier 1994 modifié, pris en application de la loi du 8 janvier 1993 n° 93-22.

Toute personne physique peut demander à changer de nom. Un mineur devra être représenté par ses parents ou tuteur. Lorsque l'enfant a plus de 13 ans, il devra donner son consentement personnel par écrit. Cependant il ne faut pas simplement avoir envie de changer de nom, il faut justifier d'un intérêt légitime qui peut résulter notamment dans :

- le caractère difficile à porter du nom en raison d'une consonance ridicule ou péjorative,
- l'origine ou la consonance étrangère du nom dans un souci de meilleure intégration,
- l'usage continu d'un nom sur au moins trois générations,
- le relèvement d'un nom menacé d'extinction,
- l'unité du nom familial (si des frères et sœurs issus d'une même fratrie portent des noms différents).

Le demandeur pourra choisir un nom parmi ceux de ses ascendants ou créer un nouveau nom à partir du nom créé. Une demande de changement de nom ne peut pas se fonder sur un simple motif sentimental, commercial ou professionnel.

Voici quelques exemples de noms ayant fait l'objet d'une procédure aboutie en changement de nom : Legland, Bonnichond, Elbèze, Crotte, Cocu, Bordel...

Un dossier doit être constitué pour cette procédure de changement de nom, procédure administrative pour laquelle l'intervention de l'avocat n'est pas obligatoire. Le notaire pourrait même donc assister son client !

Le dossier complet doit être envoyé au ministère de la Justice ou déposé auprès du procureur de la République du Tribunal de Grande Instance dans le ressort duquel est située la résidence du demandeur.

Le dossier devra comprendre :

- une demande personnelle et motivée indiquant les motifs sur lesquels l'intéressé se fonde,

- une copie intégrale de l'acte de naissance du demandeur, de moins de trois mois,
- la justification de la nationalité française,
- le bulletin n° 3 du casier judiciaire,
- les publications dans le journal d'annonces légales et le journal officiel.

La procédure est relativement simple puisque le dossier est examiné par le service des sceaux du ministère de la Justice, lequel rend un avis favorable ou rejette la demande.

En cas d'avis favorable, un décret sera pris par le Premier Ministre et publié au journal officiel lequel fera l'objet dans les deux mois suivants d'une possibilité d'opposition par toute personne intéressée par le biais d'un recours contentieux devant le Conseil d'Etat. A l'issue des deux mois, le décret devient définitif et la mention du nouveau nom sera portée en marge des actes de l'état-civil.

En cas d'avis défavorable, la décision est notifiée sur requête du procureur de la République près le Tribunal de Grande Instance du ressort du lieu de la résidence du demandeur. La décision peut faire l'objet d'un recours dans le tribunal administratif de Paris.

Dans tous les cas, il est important de noter qu'en présence d'un bien immobilier appartenant à l'individu ayant changé de nom, il y aura lieu de faire publier le changement de nom au bureau des hypothèques.

1.2.2.3 Le nom de la femme mariée

Il est important de faire ici quelques remarques quant au nom porté par les femmes. En effet on entend souvent parler du nom de « jeune fille » ou du nom « d'épouse ». Le Code civil ne connaît qu'un seul nom, celui transmis par les parents lors de la naissance et par application des règles relatives à la filiation, ce sont ensuite les usages qui ont abouti au fait qu'une femme qui se marie ait la possibilité de porter le nom de son mari. Le fondement de cet usage est la recherche de l'unité de la famille. Il a d'ailleurs parfois été jugé que le refus systématique de porter le nom du mari pouvait apparaître comme injurieux.

Les règles civiles n'imposent pas à l'épouse de porter le nom du mari, c'est pour cela qu'en pratique on rencontre différentes situations. Il y a lieu de noter que l'utilisation du nom du mari est simplement un usage et qu'il ne s'agit en aucun cas d'un changement de nom, ainsi qu'il a été vu précédemment.

L'utilisation croissante du pacte civil de solidarité comme nouveau mode d'union peut nous amener à nous poser les questions suivantes de lege ferenda :

- la femme pacsée peut-elle prendre le nom de son compagnon ou de sa compagne ? Ou peut-elle l'adjoindre comme le font certaines femmes mariées ?

- le contrat de pacs ne pourrait-il pas prévoir des dispositions en incluant une clause permettant le choix du nom du partenaire? Ainsi on pourrait envisager la clause ci-après.

« Choix du nom

Chacun des partenaires aura la possibilité d'adjoindre à son nom d'usage celui de son ou sa partenaire, séparé par un simple tiret. Les partenaires reconnaissent avoir été informés par le notaire soussigné que l'adjonction du nom du partenaire n'a d'effet qu'entre les parties, ne produit aucune obligation, ni n'ouvre aucun droit, et qu'il s'agit uniquement d'un usage. »

Bien évidemment, la réponse aux deux questions ci-dessus est négative. Mais le droit positif pourrait évoluer.

S'il est possible d'envisager de très nombreuses situations quant à l'utilisation du nom au regard du pacs, du mariage c'est-à-dire en cas d'union, *qu'en est-il en cas de séparation?*

L'article 264 du Code civil, relatif aux conséquences du divorce pour les époux, précise notamment « qu'à la suite du divorce, chacun des époux perd l'usage du nom de son conjoint ». L'accord du juge permet cependant à l'époux qui le demande de conserver l'usage du nom de son conjoint. Outre l'accord du juge, l'époux demandeur doit justifier d'un « intérêt particulier » ! Cette situation se rencontre uniquement du côté de l'épouse qui a fait usage du nom de son époux pendant leur vie commune. L'appréciation de « l'intérêt particulier » ou non de conserver l'usage du nom est du ressort du juge, c'est ainsi que le Tribunal de Grande Instance de Paris dans un jugement du 3 septembre 1996 (BICC 15 décembre 1996 n° 1334) a retenu l'intérêt d'une femme violoniste, connue sous l'unique nom de son époux, de conserver l'usage du nom de ce dernier.

On se place le plus souvent du côté de l'ex-épouse, cependant lorsque l'usage du nom de l'ex-mari est accordé, ce dernier, souhaitant se remarier, peut se trouver avec dans la même ville deux Madame X, son ex-femme et sa nouvelle femme ! La question du remariage est également importante pour l'ex-épouse : il est difficile de porter le nom de son ex-mari alors que l'on se remarie. Le jugement ci-dessus cité du 3 septembre 1996 avait octroyé l'usage du nom de l'ex-mari même en cas de remariage... !

Même si le législateur n'est pas intervenu en matière de pacte civil de solidarité, compte tenu de l'extrapolation ci-dessus relative au choix du nom figurant dans le contrat de pacs, on pourrait envisager un article dans le contrat (PACS) avec l'accord du législateur :

« Article... *sort* du *nom* en cas de séparation :

A la suite de la dissolution du pacte civil de solidarité, chacun des partenaires

perd l'usage du nom de son partenaire. L'un des partenaires peut néanmoins conserver l'usage du nom de l'autre avec l'accord de celui-ci, s'il justifie d'un intérêt particulier pour lui et/ou pour les enfants. »

1.2.3 – Les autres identifications de la personne : le prénom et le pseudonyme

L'identification de la personne ne se limite pas à son nom de famille mais se compose également de son **prénom**. Le choix du prénom est quant à lui complètement libre, aucune règle d'attribution n'est fixée, cependant l'officier de l'état-civil a possibilité d'avertir le procureur de la République si le prénom choisi par les parents peut nuire à l'enfant. Dans ce cas le procureur de la République saisit le juge aux affaires familiales qui peut demander le changement de prénom.

Outre le prénom, tout individu peut également utiliser un nom d'emprunt plus communément appelé « pseudonyme ». Le pseudonyme n'est pas un faux nom, il ne se substitue pas au nom patronymique il ne sert à désigner son titulaire que dans son activité. La Cour de cassation a ainsi défini le pseudonyme :

« Nom de fantaisie librement choisi par une personne pour masquer au public sa personnalité véritable dans l'exercice d'une activité particulière »

(cf. Cass. civ. 23 février 1965 D. 1965.387, note F. B., JCP 1965. II. 14255, note P. Nepveu, RTD civ. 1966.69, obs. R. Nerson).

C'est le cas par exemple de Vladimir Ilitch Oulianov dit LÉNINE ou de François-Marie Arouet dit VOLTAIRE où encore de Edith Giovanna Gasson dite Edith PIAF.

Le pseudonyme confère des droits, et notamment celui de signer de son pseudonyme ses œuvres mais également tous actes sous seings privés, et de faire mentionner son pseudonyme sur ses pièces d'identités.

Mais le pseudonyme est intransmissible aux héritiers.

- Attention pour les actes notariés, le pseudonyme ne peut être utilisé.

En effet l'art. 433-19 C.p. dispose :

« Est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende le fait, dans un acte public ou authentique ou dans un document administratif destiné à l'autorité publique et hors les cas où la réglementation en vigueur autorise à souscrire ces actes ou documents sous un état civil d'emprunt

1° De prendre un nom ou un accessoire du nom autre que celui assigné par l'état civil ;

2° De changer, altérer ou modifier le nom ou l'accessoire du nom assigné par l'état civil. »

Et cela comprend le pseudonyme (cf. Florence LAROCHE-GISSEROT, Rep. civ. V° « Nom – prénom », n° 336, janvier 2005).

Attention donc également aux titres de noblesse.

1.2.4 – Le notaire face à l'identification de la personne et au respect de la vie privée

Face à cette réglementation, le notaire peut être un conseil pour guider son client sur l'opportunité du choix du nom ou la mise en place du changement de nom, cependant le notaire intervient également en tant que vérificateur lors de la rédaction de tout acte notarié. En effet, lors de la publication d'un acte authentique contenant transmission d'un bien immobilier, le notaire devra prévoir une clause constatant le changement de nom de la personne physique s'il constate une différence entre les mentions figurant au fichier immobilier et celles figurant sur l'extrait d'acte de naissance. Cette clause permettra de modifier le fichier immobilier en conséquence, ainsi il sera possible de suivre la transmission des biens immobiliers au fil des ans et des propriétaires. C'est donc le rôle du vérificateur et garant de l'autorité publique qui est ici mis en avant, et ce dans un complet respect de la vie privée.

1.3 La nationalité

En 2009, la nationalité est au cœur de l'actualité sociale à raison du débat sur l'identité nationale lancé par le gouvernement. La question de la nationalité est le plus souvent abordée de manière « terre à terre » et sujet de controverses xénophobes, cependant la nationalité est une caractéristique de l'identité de la personne et touche donc à sa vie privée. La nationalité peut avoir également un impact sur les règles de droit applicables par exemple en cas de changement de régime matrimonial, car ce sont ici les règles de droit international privé qui s'appliqueront. La nationalité ne sera pas neutre pour l'exercice de certaines activités professionnelles ou en matière de baux. Confronté au quotidien à cette notion, qui figure dans la comparution de toute partie à un acte notarié, le notaire se doit d'en connaître les grandes lignes. C'est pour cela que nous traiterons dans un premier temps de l'aspect pratique et du rôle du notaire dans ce domaine, avant d'aborder l'aspect technique de la question et notamment l'acquisition et la perte de la nationalité.

1.3.1 – La nationalité et le respect de la vie privée : pratique notariale

Dans sa pratique quotidienne, le notaire ne gère pas directement des questions de nationalité cependant il est à même d'en gérer ses dérivés à travers différentes situations découlant notamment de la religion des intervenants ou de leur capacité.

Il est donc important de faire le lien entre les obligations de la profession vis-à-vis de la nationalité et le respect de la vie privée de l'individu partie à un acte.

1.3.1.1 *Nationalité et religion*

Lorsque la nationalité est mise en parallèle avec la religion, le risque majeur est que le débat se voit immédiatement caractérisé de raciste.

Il existe de nombreux exemples historiques de religion prévalant sur la nationalité, notamment :

- lors des huit guerres de religion qui se sont succédées en France entre 1562 et 1598 opposant catholiques et protestants ;
- lors de l'holocauste, pendant la Seconde Guerre Mondiale, lorsque les juifs français résidant en France se sont vus déportés en raison de leur religion ;
- et de nos jours le débat se relance face aux femmes musulmanes portant le voile intégral plus communément appelé « burqa ».

Mais la nationalité n'a-t-elle pas aujourd'hui envahi la sphère publique ?

En tant que juriste le notaire doit garder à l'esprit le fait qu'il exerce en France dans un Etat laïc, c'est-à-dire un Etat dans lequel le civil et le religieux sont indépendants et séparés l'un de l'autre. Mais jusqu'à quand pourrait-il résister ?

On est à même de se poser aujourd'hui un certain nombre de questions face à l'emprise que peut prendre la religion sur le quotidien :

- comment faire régulariser un acte à une femme portant le voile intégral ? Comment justifier que la personne en face de nous est bien la partie à l'acte ?
- le notaire devra-t-il un jour mentionner à la demande des parties dans ses actes la religion de celles-là ? où même la vérifier, cette fois-ci à la demande de l'Etat ? (certains pays tels que l'Indonésie, la Turquie imposent que la religion de l'individu soit mentionnée sur sa carte d'identité !)

L'évolution des règles de vie apportera peut-être dans quelques années des nouvelles obligations au notaire ! Alors que les normes coraniques pour certains musulmans sont placées au-dessus de l'Etat, comment doit agir l'officier public qu'est le notaire ?

1.3.1.2 Nationalité et capacité

En France, l'article 414 C.c. dispose :

« la majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance ».

La question est de savoir si lors de la signature d'un acte notarié impliquant un non national, celui-ci a la capacité pour signer à raison de son âge.

Le droit international privé a réglé la question, notamment avec la convention de La Haye, 5 octobre 1961. Sur ces questions cf. Mariel REVILLARD « Droit international privé et communautaire, pratique notariale », Defrénois 7^e Ed.

Si l'on tient compte de la nationalité de la partie à l'acte pour déterminer la capacité, dans ce cas on peut aboutir à des situations bien particulières, voici quelques exemples d'âge de la majorité selon les pays :

Pays	Age de la majorité civile	Age de la majorité pénale
France	18 ans	18 ans
Belgique	18 ans	18 ans
Luxembourg	18 ans	18 ans
Grande-Bretagne	18 ans	18 ans
Irlande	18 ans	18 ans
Italie	18 ans	18 ans
Danemark	18 ans	18 ans
Bulgarie	18 ans	18 ans
Allemagne	18 ans	18 ans
Estonie	18 ans	18 ans
Finlande	18 ans	18 ans
Grèce	18 ans	18 ans
Suède	18 ans	18 ans
Pologne	18 ans	18 ans
Portugal	18 ans	16 ans
Espagne	18 ans	18 ans
Autriche	18 ans	18 ans
Arménie	18 ans	18 ans
Turquie	18 ans	18 ans
Canada	18 ou 19 ans selon les provinces	18 ou 19 ans selon les provinces
Nouvelle-Zélande	20 ans	20 ans
Égypte	21 ans	21 ans
Liban	18 ans	18 ans

La nationalité n'est donc pas qu'une question de culture, qu'une caractéristique superflue de l'individu, mais bien un point crucial à ne pas négliger.

1.3.1.3 *Nationalité et identité nationale*

Le 2 novembre 2009, le gouvernement, par l'intermédiaire d'Eric BESSON, ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire, a lancé un grand débat sur l'identité nationale. Ce débat a pour but d'essayer de répondre à un certains nombres de questions face à la montée du communautarisme. Il rappelle donc que la nationalité est encore un sujet de préoccupation au cœur de l'actualité tant juridique que sociale.

1.3.2 - La nationalité, aspect technique

Les grands principes d'acquisition, d'attribution et de perte de la nationalité vont être traités ci-après afin de « rafraîchir » la mémoire du praticien.

Les règles concernant la nationalité sont édictées par les articles 17 à 33-2 du Code civil, les lois du 22 juillet 1993 numéro 93-933, du 16 mars 198 numéro 98-170, le décret du 30 décembre 1993, et les lois du 24 juillet 2006 n° 2006-911 et n° 2009-526 du 12 mai 2009.

Mais la source même de la nationalité réside dans l'article 34 de la Constitution qui dispose que :

« la loi fixe les règles concernant : la nationalité, l'état et la capacité des personnes [...] ».

1.3.2.1 *L'acquisition de la nationalité française*

La nationalité est le lien juridique qui relie un individu à un Etat, lien qui crée des obligations et fait naître des droits pour cet individu. Il existe plusieurs modes d'acquisition de la nationalité selon que l'on se place à différents moments de la vie.

• L'acquisition de la nationalité française pour un enfant⁵

On dénombre plusieurs situations présentées dans le tableau suivant :

Situation	Principes	Références
Enfant dont l'un ou les deux parents sont français.	L'enfant est français d'origine, de naissance, peu importe que les parents soient ou non mariés. On parle ici de « droit du sang » – « <i>jus sanguinis</i> ».	Article 18 du Code civil
Enfant né en France d'un parent né en France.	L'enfant est français de naissance sauf répudiation de la nationalité.	Articles 19-3 et 19-4 du Code civil
Enfant né en France de parents inconnus-apatrides et...	L'enfant est français de naissance.	Article 19 et 19-1 du Code civil
Enfant né en France de parents étrangers.	L'enfant acquiert de plein droit et de façon automatique la nationalité française à ses 18 ans si à cette date, il réside en France et s'il a eu sa résidence habituelle en France pendant une période continue de 5 ans depuis l'âge de 11 ans.	Article 21-7 du Code civil

• Particularités concernant l'enfant adopté

On distingue tout d'abord si l'enfant étranger a fait l'objet d'une adoption simple ou plénière. En matière d'adoption plénière, par un ou des parents français, l'enfant devient français par filiation. Par contre en matière d'adoption simple, l'acquisition de la nationalité française n'est pas de plein droit. L'enfant devra demander par « déclaration » devant le tribunal d'instance compétent l'obtention de la nationalité française.

⁵ Ne seront pas traitées des questions relatives au Chapitre VII : Des effets sur la nationalité française des transferts de souveraineté relatifs à certains territoires du titre consacré à la nationalité dans le Code civil.

Voir sur ce point les art. 32 à 32-3 C.c. notamment : « Tout Français domicilié à la date de son indépendance sur le territoire d'un Etat qui avait eu antérieurement le statut de département ou de territoire d'outre-mer de la République, conserve de plein droit sa nationalité dès lors qu'aucune autre nationalité ne lui a été conférée par la loi de cet Etat.

Conserver également de plein droit la nationalité française les enfants des personnes bénéficiaires des dispositions de l'alinéa précédent, mineurs de dix-huit ans à la date de l'accession à l'indépendance du territoire où leurs parents étaient domiciliés. »

Cette procédure par « déclaration » peut être effectuée par l'enfant (par l'intermédiaire de son représentant légal) jusqu'à ses 18 ans, à défaut il devra entamer une autre procédure pour obtenir alors sa « naturalisation ».

Le greffier en chef du tribunal d'instance dispose d'un délai de 6 mois pour enregistrer la déclaration ou refuser de l'enregistrer, l'éventuel refus devant être motivé.

- **L'acquisition de la nationalité française par mariage**

Alors qu'on évoquait le terme de « mariage blanc », ce « cliché » cinématographique, d'une jeune française se mariant avec un étranger pour que ce dernier obtienne papiers et nationalité française, il est important de se replacer dans la réalité juridique. La règle est que le mariage n'exerce pas d'effet automatique sur la nationalité. Une personne étrangère qui épouse une personne française ne peut acquérir la nationalité que si elle remplit des conditions précises. Le conjoint de nationalité étrangère qui souhaite demander la nationalité française par le biais de la procédure de la « déclaration », doit après un délai de quatre ans à compter du mariage remplir les conditions suivantes (Art. 21-2 C.c.) :

- que la communauté de vie, tant affective que matérielle, n'ait pas cessé entre les époux depuis le mariage ;
- que le conjoint français n'ait pas perdu sa nationalité française,
- que le conjoint étranger justifie d'une connaissance suffisante de la langue française.

Le conjoint étranger qui remplirait ces conditions mais qui aurait fait l'objet d'une condamnation pénale se verrait empêché d'obtenir la nationalité française.

Le demandeur doit déposer son dossier à la préfecture de son domicile accompagné d'un certain nombre de documents telle que la copie intégrale de l'acte de naissance, de l'acte de mariage... ainsi que des pièces spécifiques à chaque situation. Le dossier complet est ensuite transmis au ministère de l'immigration qui dispose d'un délai d'un an pour rendre une décision.

La décision du ministère peut prendre plusieurs formes :

- la décision favorable : dans ce cas le demandeur acquiert la nationalité à la date à laquelle il a souscrit sa déclaration ;
 - le refus d'enregistrement : lorsque l'une des conditions légales n'est pas remplie ;
 - l'opposition du gouvernement : qui peut s'opposer par décret en Conseil d'État pour indignité ou défaut d'assimilation du demandeur ;
 - la contestation de l'enregistrement par le ministère public : la contestation doit intervenir dans un délai de deux ans si les conditions légales ne sont pas remplies.
- **L'acquisition de la nationalité française par la naturalisation**

La naturalisation est un mode d'acquisition de la nationalité française qui s'opère par décret donc soumis à l'appréciation de l'administration qui peut la refuser même si les conditions sont réunies.

Les règles relatives à la naturalisation sont prévues par les articles 21-14-1 à 21-27 du Code civil.

Le demandeur, qui doit être majeur, doit :

- avoir sa résidence en France au moment de la signature du décret de naturalisation ;
- être de bonnes vie et mœurs et ne pas avoir fait l'objet de l'une des condamnations empêchant l'acquisition de la nationalité française ;
- justifier de son assimilation à la communauté française.

En matière de procédure il y a lieu de noter que le décret n° 2009-1671 du 28 décembre 2009 modifie l'organisation de la procédure à compter du 1^{er} janvier 2010, en envisageant une déconcentration des décisions relatives aux demandes de naturalisation. Cependant le demandeur doit déposer un dossier contenant un formulaire de demande d'acquisition de la nationalité française et les pièces justificatives, à la préfecture de son département. Cette dernière a ensuite 6 mois pour transmettre le dossier avec son avis motivé au ministre chargé des naturalisations, lequel dispose d'un délai de 18 mois pour rendre une décision.

La décision du ministère peut prendre plusieurs formes :

- décision d'irrecevabilité : lorsque les conditions légales ne sont pas remplies ;
- décision favorable : le ministre accorde la naturalisation dans la nationalité française ;
- ajournement de la demande : par décision motivée en imposant un délai et/ou des conditions ;
- rejet de la demande : sur décision motivée.
- **L'acquisition de la nationalité française par la réintégration**

La réintégration permet à une personne ayant perdu la nationalité française de la retrouver, lorsqu'elle remplit les conditions requises. La réintégration s'obtient par déclaration pour les personnes qui :

- ont perdu la nationalité française en se mariant avec un étranger,
- ont volontairement acquis une autre nationalité.

La déclaration, accompagnée des pièces à fournir, doit être déposée par le demandeur auprès du greffier en chef du tribunal d'instance de son domicile. Le tribunal dispose alors d'un délai de 6 mois pour rendre une décision qui sera :

- soit favorable : dans ce cas la personne réintègre la nationalité française à la date à laquelle elle a souscrit sa déclaration,

- soit défavorable : lorsque les conditions légales ne sont pas remplies.

Il y a lieu de noter que ce principe de la « réintégration par déclaration » se voit mis en concurrence depuis le 1^{er} janvier 2010 avec la procédure de la « réintégration par décret » en expérimentation dans vingt départements. Cette expérimentation résulte du décret n° 2009-1671 du 28 décembre 2009 « sur l'expérimentation de la déconcentration des décisions individuelles relatives aux demandes d'acquisition de la nationalité française ». Le décret est de la compétence du préfet ou du préfet de police.

Cette procédure permet aux personnes pouvant justifier avoir déjà été françaises, d'obtenir la réintégration par décret. Cependant dans ce cas la réintégration ne serait pas un droit. Elle serait soumise au pouvoir discrétionnaire de l'administration qui pourrait donc la refuser même si toutes les conditions sont remplies. Cette procédure qui n'en est qu'au stade de l'expérimentation permet au demandeur de déposer une demande, accompagnée de pièces justificatives, à la préfecture de son département. Il est important de noter que le demandeur doit avoir sa résidence en France mais également « être de bonnes vie et mœurs », cette situation étant vérifiée par enquête ! À ce stade on est à même de se poser la question du respect de la vie privée du demandeur. Qui peut juger de la conduite et de la loyauté d'une personne ? Les appréciations sur les qualités de « L'individu demandeur » pourront être source de contentieux.

Une fois la demande déposée, l'administration dispose d'un délai de dix-huit mois pour rendre une décision qui peut-être :

- d'irrecevabilité : lorsque les conditions légales ne sont pas remplies ;
- favorable.

En complément de ce qui a été énoncé précédemment dans les paragraphes relatifs au nom de famille, le requérant peut demander sous certaines conditions une francisation de son nom et/ou prénom ainsi que des prénoms de ses enfants.

La nationalité française quelle que soit son mode d'acquisition, produit un certain nombre d'effets et notamment :

- la mention en marge de l'acte de naissance de la personne, comme l'exemple : « A acquis le... la nationalité française par déclaration de nationalité française souscrite au titre de l'article 21-11 alinéa 2 du Code civil. »
- la nécessité de se faire recenser dans le mois qui suit l'acquisition de la nationalité française,
- l'inscription sur les listes électorales.

1.3.2.2 L'attribution de la nationalité française

Outre les cas d'acquisition de la nationalité que nous venons de voir, la nationalité française peut faire l'objet d'une **attribution**.

On dénombre deux manières pour un individu de se voir attribuer la nationalité française :

- par le « droit du sang » ou « jus sanguinis », c'est-à-dire par la filiation lorsque l'enfant a au moins l'un de ses parents qui est français au moment de sa naissance ;
- par le « droit du sol » ou « jus soli », c'est-à-dire qu'est français l'enfant né en France lorsqu'un de ses parents au moins y est né.

Les cas d'attribution sont plus restreints que ceux concernant l'acquisition, cependant il est important que le notaire les connaisse afin de répondre rapidement aux interrogations que pourrait se poser la clientèle.

1.3.2.3 La perte de la nationalité

Le Code civil dans ses articles 23 à 23-9 prévoit des dispositions relatives à la perte de la nationalité. La nationalité française peut se perdre de manière volontaire, ou plus rarement et dans des cas très particuliers de manière involontaire, en cas de désuétude (abandon par suite du défaut d'usage, de l'inadaptation) ou de déchéance.

De façon volontaire, la perte de la nationalité s'effectue :

- par déclaration : cas de toute personne qui réside régulièrement à l'étranger et qui acquiert volontairement la nationalité étrangère ; par exemple en cas de mariage avec un étranger si le français a acquis la nationalité de son conjoint ;
- par décret : ces situations portent également l'appellation plus révérencieuse de « libération des liens d'allégeance », lorsque les personnes ne remplissent pas les conditions relatives à la perte de la nationalité par déclaration.

1.3.2.4 La double nationalité

Alors que l'on vient d'aborder les différentes situations permettant d'acquérir la nationalité française ou de se la voir attribuer, nous aborderons ici la question de la double nationalité. C'est le cas notamment de l'architecte LE CORBUSIER binational franco-suisse, de la célèbre femme politique franco-colombienne Ingrid BETANCOURT, ou encore d'Alberto FUJIMORI l'ancien président du Pérou japono-péruvien.

La binationalité peut s'acquérir à la naissance ou ultérieurement par naturalisation ou par déclaration, et se règle le plus généralement par le biais d'accords internationaux. La double nationalité appelée également multinationalité ou binationalité, est le fait de posséder deux nationalités.

Cette situation qui à première vue ne présente pas de problème spécifique n'est pas autorisée par tous les pays et les pays qui l'autorisent, dont la France, considèrent leur citoyen comme ne possédant à un instant donné qu'une seule nationalité. C'est ici le principe de la souveraineté qui prévaut, en

conséquence la France considère la personne ayant la double nationalité, comme un ressortissant titulaire de l'ensemble des droits et obligations attachés à la nationalité française.

Ce principe est consolidé par l'article 4 de la convention de La Haye qui précise que :

« un Etat peut refuser la protection diplomatique à l'un de ses citoyens contre un autre état dont le citoyen possède également la nationalité. »

Quelques exemples de pays refusant la double nationalité : le Congo (dans l'article 10 de sa constitution), Haïti (article 15 de sa constitution) ou encore la Belgique, qui la tolère de manière partielle selon les pays en cause pour la seconde nationalité.

2. L'aspect concret de la vie privée, le corps

Du plus concret au plus abstrait, du tout à la partie, nous étudierons successivement : le corps humain (2.1), puis le sexe (2.2), la maladie (2.3) et enfin la mort (2.4).

2.1 Le corps humain (Don d'organes)

Le corps humain est indisponible. Le droit français, à l'instar de la doctrine de l'Eglise catholique, considère que le corps humain est le substrat de la personne, il n'est pas un « bien » commercialisable. Il appartient à « l'être de la personne, et non à son avoir » (Jean-Paul II).

L'article 16-3 du Code civil pose le principe qu'« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ». En vertu du troisième alinéa de l'article 16-1 du Code civil, « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Le don d'organe est néanmoins admis, sous la condition qu'il soit gratuit et anonyme, afin d'éviter le trafic de produits du corps humain. La matière est régie par la loi du 6 août 2004, laquelle a créé l'agence de la biomédecine, remplaçant l'établissement français des greffes qui lui-même avait succédé en 1994 à l'association France-Transplant créée en 1969. Il convient de distinguer selon que le prélèvement d'organes a lieu sur une personne vivante ou sur une personne décédée. Nous ne traiterons ici que du premier cas **le don d'organe par une personne vivante** (le second sera traité avec la mort, infra 2.4). Le notaire ne sera-t-il pas utilisé un jour dans le cadre du recueil de certains consentements ?

2.1.1 - Qui peut donner ?

Le don d'organe par une personne vivante n'est pas anonyme. Il résulte de la manifestation de la volonté de la personne, et ne peut être effectué dans cette hypothèse qu'en cas de nécessité thérapeutique directe du receveur. Le

donneur doit avoir la qualité de père ou de mère du receveur (article L 1231-1 alinéa 1 du Code de la santé publique).

Par dérogation au premier alinéa, le deuxième alinéa de l'article L 1231-1 du Code de la santé publique permet que le don d'organe ait lieu au profit des père et mère, fils et filles, frères et sœurs, petits-fils et petites-filles, neveux et nièces, cousins germains, gendre et bru, ainsi qu'à son conjoint ou à toute personne partageant avec le donneur « une vie commune d'au moins deux ans ».

L'article L 1231-2 du Code de la santé publique précise qu'« aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale ».

A titre dérogatoire, le don de moelle osseuse échappe à la condition de parenté du receveur. Il est également possible de prélever de la moelle osseuse sur une personne mineure (voir articles R 1241-16 à R-1241-19 du Code de la santé publique) ainsi que sur une personne incapable majeure (articles R 1241-5 à R 1241-15 du Code de la santé publique).

2.1.2 - L'information du donneur

Dans tous les cas, le donneur reçoit au préalable une information des répercussions que le prélèvement pourra avoir sur sa santé, par le comité d'experts visé à l'article 1231-3 du Code de la santé publique. Ce comité est composé de cinq membres désignés par le ministre de la santé (article R 1231-9 du Code de la santé publique), dont deux médecins et une personne qualifiée dans le domaine des sciences humaines et sociales.

Il existe neuf comités d'experts, chacun ayant une compétence territoriale définie par un arrêté du ministre chargé de la Santé pris après avis du directeur général de l'Agence de la biomédecine.

L'article R 1231-1 du Code de la santé publique prévoit que c'est au médecin responsable du service, du département ou de la structure de soins de l'établissement de santé dans lequel le prélèvement est envisagé qu'il appartient de saisir ce comité. Il informe de cette saisine le directeur de l'établissement.

L'information délivrée au donneur par le comité d'experts porte sur les risques courus par le donneur, sur les conséquences prévisibles d'ordre physique et psychologique du prélèvement ainsi que sur les répercussions éventuelles de ce prélèvement sur sa vie personnelle, familiale et professionnelle. Elle porte également sur les résultats qui peuvent être attendus de la greffe pour le receveur.

Le comité d'experts procède à l'audition du donneur et s'assure que ce dernier a mesuré les risques et les conséquences du prélèvement au vu de

l'information qui lui a été délivrée. En cas d'urgence vitale, l'information sera donnée par le médecin qui a posé l'indication de greffe, ou par tout autre médecin du choix du donneur.

2.1.3 – Le consentement du donneur

Puis le donneur doit exprimer son consentement devant le président du Tribunal de Grande Instance ou son délégué saisi par simple requête (article R 1231-2 du Code de la santé publique). Le ministère d'avocat n'est pas obligatoire. Le Tribunal de Grande Instance compétent est celui du domicile du donneur, ou, si celui-ci a dû s'éloigner de son lieu de résidence habituel pour être auprès du receveur hospitalisé, le donneur a la possibilité de saisir le Tribunal de Grande Instance dans le ressort duquel est situé l'établissement hospitalier ou, en cas d'urgence vitale, par tout moyen sous le contrôle du procureur de la République.

L'article R 1231-3 du Code de la santé publique précise que « l'acte par lequel est recueilli le consentement est dressé par écrit. Il est signé par le magistrat et par le donneur ».

Lorsque le magistrat estime que le prélèvement doit être autorisé par le comité d'experts dont il est question ci-dessus – cas du don à une personne autre que son fils ou sa fille – il en fait mention dans l'acte par lequel est recueilli le consentement. La minute de cet acte est conservée au greffe du tribunal. Une copie en est adressée au donneur et au médecin responsable du service de l'établissement de santé dans lequel le prélèvement est envisagé.

En cas d'urgence vitale attestée auprès du procureur de la République par le médecin qui précise que le donneur a reçu une information sur les risques et conséquences du prélèvement, le donneur adresse par tout moyen au procureur de la République un document signé dans lequel il fait part de son consentement au don et atteste de la nature de son lien avec le receveur. Le procureur de la République atteste par écrit qu'il a recueilli ce consentement et communique cet écrit par tout moyen au donneur et au médecin (article R 1231-4 du Code de la santé publique)

2.1.4 – Le don doit être autorisé

Le donneur doit enfin, sauf le cas de don à son fils ou à sa fille, recevoir une autorisation délivrée par le comité d'experts évoqué ci-dessus.

Il doit adresser au comité d'experts compétent une demande d'autorisation de prélèvement, accompagnée d'une copie de l'acte par lequel a été recueilli son consentement. Le comité d'experts procède à toutes les investigations et à toutes les consultations qu'il estime nécessaires pour éclairer sa décision. Il peut solliciter les explications écrites ou orales du médecin qui doit procéder au prélèvement ou du médecin qui a posé l'indication de greffe (article R 1231-8 du Code de la santé publique).

Le comité d'experts statue à la majorité (article R 1231-9) et communique sa décision au donneur et au médecin responsable du service, du département ou de la structure de soins de l'établissement de santé dans lequel le prélèvement est envisagé, qui la transmet au directeur de l'établissement.

2.2. Le sexe – Le transsexualisme

Le 8 février 2010 est une date importante pour les personnes transsexuelles en France puisqu'à compter de cette date, la transsexualité n'est plus considérée comme une maladie mentale. (Décret du ministère de la santé n° 2010-125, publié au JO du 10 février 2010). La France devient ainsi le premier pays à sortir de la liste des affections psychiatriques la transsexualité. Ces premières phrases ont peut-être semblé inadaptées à la situation, au contexte notarial. Cependant le notaire peut tout à fait se retrouver face à un client envisageant une métamorphose thérapeutique ou l'ayant d'ores et déjà achevée. Dans ce cas se pose un certain nombre de questions quant à la comparaison de cette personne, et quant aux conséquences au regard des actes notariés déjà régularisés ou ceux qui seraient à venir.

Avant d'aborder les conséquences de la transsexualité dans l'univers notarial (2.2) il semble important de revenir sur les notions de base définissant et caractérisant cet état, qui ne sont probablement pas familières au notaire (2.1).

2.2.1 – Notions générales sur la transsexualité

La transsexualité est le fait pour une personne de se sentir comme ayant une identité sexuelle opposée à son sexe physique de naissance.

Mot	Définition
Transsexualité	Sentiment profond d'être une femme ou un homme contrairement à l'identité associée à ses organes génitaux.
Transgenre	Personne dont le genre, c'est-à-dire l'identité physique et sociale reliée au concept d'homme et de femme, entre en conflit avec leur sexe biologique.
Intersexué	Individu qui commence son développement avec son sexe génétique mais l'achève avec le sexe opposé et qui de ce fait présente un aspect intermédiaire entre le mâle et la femelle.
Travesti	Personne qui éprouve le besoin de porter des vêtements ou autres signes distinctifs considérés socialement comme inappropriés pour leur sexe.
Hermaphrodisme	Phénomène biologique dans lequel l'individu est morphologiquement mâle ou femelle, soit alternativement soit simultanément.

Une personne transsexuelle peut avoir besoin de se vêtir comme les personnes du sexe auquel elle s'identifie. Elle peut avoir besoin aussi de se faire opérer que ce soit pour des modifications esthétiques ou pour aboutir à la reconstruction d'un nouvel appareil génital. Cette dernière solution, considérée comme radicale, se nomme également et plus communément la « transition ».

On qualifie de « femme transsexuelle » un homme à la naissance qui se sent de genre féminin. On qualifie d'« homme transsexuel » une femme à la naissance qui se sent homme.

Les statistiques connues à ce jour révèlent que dans 1 cas sur 2 500 pour lesquels l'identité de genre d'une personne et son sexe biologique sont en opposition, cette opposition est si radicale que l'opération de réattribution de sexe est réalisée.

2.2.2 - Le transsexualisme et le notariat

Le notaire n'est certes pas confronté quotidiennement à cette situation mais il peut être amené à la rencontrer, c'est pour cela que dans un premier temps nous aborderons les aspects plus techniques avant de traiter des aspects pratiques avec des exemples concrets.

2.2.2.1 Aspects « techniques »

Le Code civil traite peu du corps de l'individu. Notre base de réflexion porte donc sur le lien qui unit la personne à son corps.

On dénombre plusieurs problématiques concernant :

- la modification de l'état-civil,
- le mariage,
- le changement de prénom.

Étant précisé qu'en cas de modification d'état-civil due à une situation de transsexualisme, plusieurs situations peuvent se rencontrer :

- un changement de prénom sans changement de sexe sur l'acte de naissance,
- un changement de prénom concomitant au changement de sexe.
- 1° **La modification de l'état-civil :**

Initialement la France ne permettait pas la modification de l'état-civil d'une personne transsexuelle, cependant à la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme et par deux arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 11 décembre 1992 (p n° de pourvoi : 91-12373 et 91-11900 P-B commenté au bulletin 92 AP n° 13 p. 27) la modification de l'état-civil est devenue possible par le biais d'une procédure devant le Tribunal de Grande Instance. Procédure au cours de laquelle il y a lieu de prouver « l'intérêt légitime » de la modification.

- 2° **Le mariage**

Des restrictions ou obligations, selon la manière dont on présente les choses, encadrent le mariage et notamment celle de choisir une personne de sexe opposée. Historiquement le mariage a été codifié en 1804 dans l'objectif de fonder une famille, et de nos jours il n'est toujours demandé aux futurs époux, comme pièce justificative, que leur extrait d'acte de naissance. En conséquence, l'union avec un transsexuel devrait être possible

puisque'il y a bien différence de sexe (la mention du nouveau sexe étant inscrite sur l'état-civil).

Des questions se posent tout de même :

- vis-à-vis du futur conjoint, n'y aurait-il pas erreur sur la personne ?
- le mariage objectivement est possible, mais n'y aurait-il pas lieu d'imposer la révélation de l'état initial de la personne afin de sceller le mariage ?
- la révélation de l'état initial de la personne impliquerait-il un non-respect de la vie privée ?

• **3° Le changement de prénom**

Même si en France aucun texte n'impose une adéquation entre le prénom choisi et le sexe de l'enfant, la pratique constatée établit une corrélation entre les deux.

Plusieurs situations peuvent être rencontrées : soit il s'agit simplement de rectifier une erreur matérielle concernant le sexe ou le prénom, soit il s'agit de changer l'état de la personne à la suite de son changement de sexe.

En cas de simple erreur matérielle il y a lieu d'introduire une action en rectification d'état-civil par voie de requête auprès du président du Tribunal de Grande Instance, ce que nous ne développerons pas plus ici, cette procédure étant du ressort d'un avocat.

a/ Le changement de prénom sans changement du sexe sur l'acte de naissance :

Pour une demande de changement de prénom la personne transsexuelle devra arriver à convaincre le juge de l'intérêt légitime exigé par l'article 60 du Code civil (Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de prénom) d'accorder le caractère masculin ou féminin de son prénom avec son apparence physique. La plupart des décisions admettent que le choix des prénoms de substitution peut s'opérer sans qu'il soit nécessaire d'exiger un prénom neutre, il peut s'agir également de l'adjonction d'un prénom au prénom d'origine.

b/ Le changement de prénom concomitant au changement de sexe

Il y a lieu de noter, préalablement, que changement de sexe et changement de prénom font l'objet de deux demandes distinctes l'une de l'autre. Par conséquent elles peuvent recevoir des réponses différentes. Cette simple remarque peut nous amener à réfléchir sur ces procédures de changement de prénom et de changement de sexe, ne serait-il pas plus réaliste de les réunir en une seule procédure notamment pour alléger la justice et les coûts liés aux procédures ?

Les tribunaux français ont longtemps été réticents, face à cette situation. Ce n'est qu'à la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, en violation de l'article 8 de la convention EDH (CEDH 25 mars 1992) que la Cour de cassation française en assemblée plénière, dans les deux arrêts du même jour ci-dessus relatés du

11 décembre 1992 (p n° 91-11900 et 91-12373) a admis la modification d'état-civil après une métamorphose thérapeutique **sur le fondement du respect de la vie privée**! Désormais le changement de prénom est obtenu par voie de conséquence en raison du changement de sexe, il n'est plus nécessaire de justifier d'un intérêt légitime. Cependant, la notion « d'intérêt légitime » est une notion qui va s'apprécier différemment selon les individus et les juges, ce qui risque de créer encore un certain nombre de difficultés pour les personnes transsexuelles, peut-être un risque aussi de « discrimination » selon les régions!

2.2.2.2 L'aspect pratique notariale

En ce qui concerne le notaire, son ministère pourra être requis en matière de transsexualisme pour répondre aux interrogations des individus concernant le changement de prénom, les conséquences sur leur vie quotidienne et les actes notariés.

Plusieurs domaines peuvent ainsi être concernés en matière de mutation à titre onéreux (cession de parts sociales, renouvellement de bail, etc.).

Plus spécialement, pour les actes immobiliers, la conservation des hypothèques connaît ou connaîtra l'individu tel qu'il figurera dans l'acte, en conséquence :

- une personne ayant d'ores et déjà fait modifier son état-civil lors de l'acte figurera en tant que telle dans l'acte ;
- une personne ayant changé d'état-civil entre les mutations (achat et vente par exemple) devra justifier de son changement d'état afin que le notaire puisse faire une mention dans l'acte pour aboutir à la publicité de l'acte, (cf. l'exemple ci-dessous).

Cette mention sera identique en matière d'acte à titre gratuit nécessitant une publicité au fichier immobilier.

Certes les règles liées à la publicité foncière impliquent une mention particulière dans l'acte afin de faire le lien entre les identités du vendeur (acte d'achat – acte de vente). Cependant ne serions-nous pas à même de nous poser les questions suivantes :

- l'acquéreur doit-il être au courant du changement d'état-civil de son vendeur, et vice et versa ?
- le titre de propriété de l'acquéreur doit-il révéler ce changement d'état ?
- la délicatesse face à cette situation n'impliquerait-elle pas d'autres solutions qu'une mention dans l'acte ?

Une réponse pourrait peut-être être apportée à ces questions en proposant au notaire de rédiger, un acte de dépôt du jugement de changement de prénom et /ou de sexe et de l'extrait d'acte de naissance mis à jour. Cet acte pouvant être fait à tout moment de la vie de l'individu ou simplement préalablement à une mutation.

Ainsi deux possibilités pourraient être offertes :

- la simple insertion d'une clause dans l'acte de mutation, dont un exemple figure ci-après sous l'intitulé « exemple 1 » ;
- la rédaction complète d'un acte de dépôt de jugement, dont un exemple figure ci-après sous l'intitulé « exemple 2 » (exemple 3 : conséquences sur le paragraphe « Effet relatif »).

Exemple 1 : Clause à insérer dans un acte de mutation

« RECTIFICATION D'ÉTAT-CIVIL

Aux termes d'un jugement rendu par le Tribunal de Grande Instance de <<<< le <<<<, l'état-civil de Monsieur <<<< a été rectifié en ce sens que l'intéressé sera désigné comme étant de sexe féminin et qu'il se prénomme désormais <<<<. Une copie dudit jugement ainsi que l'extrait d'acte de naissance modifié sont demeurés annexés aux présentes après mention. »

Exemple 2 : Acte de dépôt du jugement de changement de sexe

« L'AN

Le ...

A ...

Maître ... notaire associé à

A établi le présent acte,

A la requête de :

Monsieur X, demeurant à, né à ...,

Célibataire,

De nationalité française,

Résident au sens de la réglementation fiscale.

Lequel a par les présentes requis le notaire soussigné de déposer au rang de ses minutes :

- la copie du jugement rendu par le Tribunal de Grande Instance de le constatant le changement d'état-civil et de sexe de Monsieur X ;
- l'extrait d'acte de naissance de Monsieur X, contenant la mention du jugement sus-énoncé.

DÉCLARATIONS

Monsieur X déclare que :

- antérieurement au jugement ci-après indiqué, il se prénomrait ... et était de sexe féminin,
- aux termes d'un jugement rendu par le Tribunal de Grande Instance de ... le ... il a été autorisé à se prénommer ... et est désormais de sexe masculin.

PUBLICITÉ FONCIÈRE

Le présent acte sera publié au ... bureau des hypothèques de ...

DONT ACTE sur ... pages

Fait et passé aux lieu et jour, mois et an indiquées en tête des présentes.

Et après lecture faite, le requérant a signé le présent acte avec le notaire. »

Exemple 3 : Effet relatif à insérer dans l'acte de mutation

« Acquisition suivant acte reçu par Maître ... Notaire à ... le ..., dont une copie authentique a été publiée au bureau des hypothèques de ... le ... volume ... numéro ... »

Acte de dépôt de jugement reçu par Maître ... Notaire à ... le ..., dont une copie authentique a été publiée au bureau des hypothèques de ... le ... volume ... numéro ... »

Cependant d'autres questions peuvent venir à l'esprit dans le cas d'un changement d'état-civil et de sexe d'une personne :

- si la personne concernée avait été désignée comme bénéficiaire d'une assurance-vie, ou légataire dans un testament, la volonté du disposant est-elle toujours respectée ? Ne sommes-nous pas face à un cas d'erreur ?
- que faire en cas de changement d'état par un époux qui serait bénéficiaire d'une réversion d'usufruit ? Celle-là serait-elle toujours applicable alors qu'il ne pourrait plus avoir la qualité d'époux ou d'épouse ?
- un changement d'état entre le compromis et la vente rentre-t-il dans le cadre d'une clause de substitution ?

Outre ces questions civiles, l'administration fiscale ne serait-elle pas également en mesure de venir vérifier que les dispositions prises ont leur bonne application ? Ne serions-nous pas en présence d'une mutation occulte ?

La plupart du temps le bon sens permettra de répondre.

Le changement d'état et le changement de sexe peuvent donc avoir des conséquences lourdes sur la transmission patrimoniale tant entre vifs que par décès. Le rôle du notaire en matière de conseil est ici primordial pour limiter les conflits et les difficultés qui pourraient naître.

2.3 La maladie (vie privée et maladie mentale)

Il est nécessaire que la personne atteinte de troubles psychiatriques puisse bénéficier des soins appropriés dans le but d'assurer sa propre protection ainsi que celle de la société. L'hospitalisation dans un établissement psychiatrique peut résulter d'une démarche volontaire de la part de la personne atteinte d'une déficience mentale. Elle peut également intervenir contre son gré, dans le cadre d'une hospitalisation sur demande d'un tiers, ou dans le cadre d'une hospitalisation d'office. Ces deux procédures sont régies par la loi n° 90-527 du 27 juin 1990, reprise aux articles L 3211 et suivants du Code de la santé publique, et sont encadrées par un strict formalisme destiné à éviter qu'une personne puisse abusivement être qualifiée de « malade mental » et de ce fait privée de sa liberté. Toute déviance, tout comportement « dérangent », marginal, original ou non conformiste relèvent du droit de chacun d'organiser comme il le souhaite sa vie privée dès lors qu'il ne porte pas atteinte à sa propre sécurité ou celle d'autrui. Les simples excentricités d'un individu ne

doivent en aucune manière permettre sa mise à l'écart de la société par un internement arbitraire. Aussi la loi encadre-t-elle rigoureusement les conditions de l'hospitalisation forcée, de même que les conditions de séjour à l'hôpital et de sortie.

2.3.1 – L'hospitalisation

2.3.1.1 L'hospitalisation sur demande d'un tiers (article L 3212-1 du Code de la santé publique)

Une personne ne peut être hospitalisée sans son accord à la demande d'un tiers qu'à la double condition :

- que ses troubles mentaux rendent impossible l'expression de sa volonté,
- et que son état impose des soins immédiatement assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier.

Les « tiers » habilités à agir sont les membres de la famille du malade, ainsi que les personnes susceptibles d'agir dans l'intérêt de celui-ci (la formule est vague, tout le monde étant susceptible d'agir dans l'intérêt d'autrui). Ainsi, des troubles mentaux légers ne modifiant pas l'état de conscience du patient, écartent toute possibilité d'hospitalisation de celui-ci contre son gré.

La demande doit être manuscrite et signée par le « tiers ». Elle doit mentionner les noms, professions, âges et domiciles du demandeur et du malade, et préciser la nature des relations qui existent entre eux, et, éventuellement, leur degré de parenté. Il n'est pas nécessaire que la demande soit motivée, en revanche doivent lui être joints deux certificats médicaux circonstanciés, décrivant les troubles de la personne, datant de moins de quinze jours. Ils doivent être établis par deux médecins distincts, éventuellement généralistes, qui ne doivent pas être parents ni alliés entre eux, jusqu'au quatrième degré, ni avec le demandeur, ni avec le malade, ni avec des directeurs des établissements psychiatriques départementaux. L'un des deux au moins doit exercer en dehors du futur établissement d'accueil.

Cependant, à titre exceptionnel et en cas de péril imminent pour la santé du malade dûment constaté par le médecin, le directeur de l'établissement peut prononcer l'admission au vu d'un seul certificat médical émanant éventuellement d'un médecin exerçant dans l'établissement d'accueil (article L 3212-3 du Code de la santé publique). Le directeur de l'hôpital psychiatrique vérifie la conformité légale de la demande d'internement et peut le refuser si les conditions ne sont pas remplies. S'il l'accepte, l'admission est inscrite sur le registre de l'établissement, un bulletin d'entrée est délivré.

Si la demande d'admission d'un majeur protégé est formulée par son tuteur ou curateur, celui-ci doit fournir à l'appui de sa demande un extrait de jugement de mise sous tutelle ou curatelle (article L 3212-2 du Code de la santé publique).

Si les conditions d'hospitalisation sur demande d'un tiers ne sont pas réunies, et notamment si l'intéressé ne donne pas son accord, son internement demeure néanmoins possible dans le cadre de la procédure de l'hospitalisation d'office.

2.3.1.2 L'hospitalisation d'office (article L 3213-1 du Code de la santé publique)

L'hospitalisation d'office est ordonnée par le préfet (ou à Paris le préfet de police), pour toute personne :

- dont les troubles mentaux nécessitent des soins
- et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte de façon grave à l'ordre public.

L'arrêté préfectoral d'hospitalisation d'office doit être motivé et a lieu au vu d'un certificat médical circonstancié, lequel ne doit pas émaner d'un médecin exerçant dans l'établissement d'accueil. Des précisions viennent d'être données par le Conseil d'Etat relativement aux médecins compétents pour établir le certificat⁶. Elle fait l'objet d'une inscription sur un registre spécial tenu par l'établissement psychiatrique. L'arrêté n'est pas notifié, de sorte que le recours pour excès de pouvoir n'est pas limité dans le temps.

Les éventuels vices de procédure sont sanctionnés par le juge administratif, tandis que le juge judiciaire est compétent pour contrôler la motivation de l'arrêté préfectoral en vérifiant que le comportement de la personne hospitalisée constituait une menace contre la sécurité des personnes ou un risque d'atteinte grave à l'ordre public.

Parallèlement à la compétence préfectorale, la loi reconnaît également au maire de la commune (et à Paris les commissaires de police), la possibilité d'ordonner, à titre provisoire, une hospitalisation d'office, dans le cas où des « troubles mentaux manifestes » causent un « danger imminent pour la sûreté des personnes ». Ce danger résulte d'un simple « avis médical ». Le maire doit avertir le préfet dans les vingt-quatre heures de l'hospitalisation d'office, lequel doit à son tour rendre un arrêté dans les quarante-huit heures, sous peine de caducité de la décision provisoire du maire (article L 3213-2 du Code de la santé publique)

6• cf. CE 9 juin 2010, M. L..., req. n° 321506 « Considérant qu'aux termes de l'article L. 3213-1 du Code de la santé publique... qu'il résulte de ces dispositions, qui ne méconnaissent pas les stipulations de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatives aux cas dans lesquels une personne peut être privée de sa liberté, que l'hospitalisation d'office ne peut être prononcée qu'au vu d'un certificat médical, qui doit être circonstancié, et que ce certificat, s'il ne peut émaner d'un psychiatre exerçant dans l'établissement d'accueil, peut être établi par un médecin non psychiatre de cet établissement ou par un médecin extérieur à l'établissement, qu'il soit ou non psychiatre »...

En dernier lieu, la loi du 27 juin 1990 prévoit un cas marginal de possibilité d'hospitalisation d'office, à l'initiative du juge judiciaire, dans le cas où une personne est relaxée ou acquittée s'il est avéré que, au moment des faits reprochés, la personne était atteinte d'un trouble psychique ayant aboli son discernement, et par conséquent pénalement irresponsable. Le juge doit, dans ce cas, saisir le préfet, lequel est ainsi en mesure d'ordonner une hospitalisation d'office contre la personne relaxée ou acquittée afin d'éviter une remise en liberté. La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 a renforcé ce dispositif en permettant à la chambre de l'instruction, au tribunal correctionnel ou à la Cour d'assise qui déclarent un prévenu pénalement irresponsable pour trouble mental, de décider directement l'hospitalisation d'office (article 706-135 du Code de procédure pénale et L 3213-7 du Code de la santé publique).

2.3.2 - Le séjour en hôpital psychiatrique

La privation de liberté de la personne atteinte de troubles mentaux est justifiée par son état de santé. Celui-ci fait l'objet d'un examen au moment de l'hospitalisation de la personne. La loi prévoit de sauvegarder un minimum de libertés individuelles au patient durant son séjour (1); elle organise également diverses mesures afin d'éviter qu'une personne dont l'internement était justifié au moment de son entrée ne puisse être retenue contre son gré alors que son état de santé s'est amélioré et ne légitime plus qu'on la prive de sa liberté (2).

2.3.2.1 *Les droits de la personne hospitalisée contre son gré*

Qu'il soit hospitalisé d'office ou sur la demande d'un tiers, le patient conserve a minima le droit de communiquer avec les autorités susceptibles de requérir sa remise en liberté, telles que le préfet, le juge d'instance, le président du Tribunal de Grande Instance, le maire, le procureur de la république, de même que le médecin ou l'avocat de son choix. Il doit être informé de son admission puis, ultérieurement, de sa situation juridique et de ses droits. Il a le droit de consulter le règlement intérieur de l'hôpital et de recevoir les explications qui s'y rapportent. Il a également le droit d'envoyer ou de recevoir du courrier; la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la pratique d'un hôpital qui avait pour habitude d'envoyer systématiquement à son curateur le courrier que recevait un malade, jugeant qu'il y avait là atteinte au respect de sa vie privée. Il peut voter par procuration, se livrer aux activités religieuses ou philosophiques de son choix. (Article L 3211-3 du Code de la santé publique)

Le domicile du malade reste celui qui était le sien avant l'hospitalisation, aussi longtemps que ce domicile reste à sa disposition. Néanmoins, les significations qui y auront été faites pourront, suivant les circonstances, être annulées par les tribunaux. Si une tutelle a été constituée, les significations seront faites au tuteur; s'il y a curatelle, elles doivent être faites à la fois à

la personne protégée et à son curateur. Les fonctions de juge des tutelles peuvent être exercées par un juge appartenant au tribunal d'instance dans le ressort duquel la personne sous tutelle ou curatelle est hospitalisée, alors même que celle-ci a conservé son domicile dans un ressort différent de celui du lieu de traitement. (Article L 3211-7 du Code de la santé publique)

L'article L 3211-6 du Code de la santé publique dispose que :

« le médecin qui constate que la personne à laquelle il donne ses soins a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425 du Code civil, d'être protégée dans les actes de la vie civile peut en faire la déclaration au procureur de la République du lieu de traitement. Cette déclaration a pour effet de placer le malade sous sauvegarde de justice si elle est accompagnée de l'avis conforme d'un psychiatre ».

Au-delà de la simple sauvegarde de justice, il peut être constitué en vertu de l'article L 3211-8 du Code de la santé publique, « suivant les cas,... une tutelle ou une curatelle pour la personne hospitalisée sans son consentement ».

L'article L 3211-9 du Code de la santé publique dispose enfin que :

« sur la demande de l'intéressé, de son conjoint, de l'un de ses parents ou d'une personne agissant dans l'intérêt du malade, ou à l'initiative du procureur de la République du lieu de traitement, le tribunal peut nommer en chambre du conseil, par jugement exécutoire malgré appel, un curateur à la personne du malade n'ayant pas fait l'objet d'une mesure de protection et hospitalisé sans son consentement. »

Ce curateur devra notamment veiller à ce que le malade soit rendu au libre exercice de la totalité de ses droits aussitôt que son état le permettra. Hormis le conjoint, ce curateur ne peut pas être choisi parmi les héritiers présomptifs de la personne hospitalisée.

2.3.2.2 Les contrôles de l'hospitalisation et de son maintien

• 1° Contrôle médical

La personne hospitalisée contre son gré doit être examinée dans les vingt-quatre heures de son admission par un psychiatre de l'établissement, qui ne doit pas être le ou l'un des médecins ayant délivré un certificat médical dans la procédure d'hospitalisation d'office ou à la demande d'un tiers.

Un second examen est effectué entre le treizième et le quinzième jour de l'admission. Il donne lieu à l'établissement d'un certificat médical circonstancié indiquant la nature et l'évolution des troubles psychiques et si les conditions de l'hospitalisation sont ou non toujours réunies. Si elles le sont, l'hospitalisation peut être maintenue pour une durée maximale d'un mois. A l'issue de ce premier mois, un troisième examen est réalisé, donnant lieu à la délivrance d'un troisième certificat obéissant aux mêmes critères que le second. L'hospitalisation peut être maintenue pour des périodes maximales

d'un mois, renouvelables dans les mêmes conditions. S'agissant plus particulièrement de l'hospitalisation d'office, son maintien peut être prononcé pour une nouvelle durée de trois mois par le préfet, après avis motivé d'un psychiatre ; au-delà de ces trois mois et selon les mêmes modalités, le renouvellement peut être prononcé pour des périodes de six mois maximum.

• **2° Contrôle administratif**

Le premier certificat médical établi après vingt-quatre heures d'hospitalisation (dit « certificat des vingt-quatre heures ») ainsi que le bulletin et la copie des certificats médicaux d'entrée sont adressés par l'hôpital au préfet de même que tous les certificats médicaux délivrés en suite des examens obligatoires ultérieurs. Le préfet notifie dans les trois jours aux Procureurs de la République près les TGI dans les ressorts desquels se trouvent le domicile du patient et de l'hôpital, les noms, prénoms, professions et domicile de la personne hospitalisée, ainsi que ceux de la personne qui a demandé l'internement en cas d'hospitalisation sur demande d'un tiers. Les certificats suivants sont notifiés dans les mêmes conditions (voir supra).

Les mêmes documents sont également adressés à la commission départementale des hospitalisations psychiatriques (CODHOPSY), composée de six spécialistes de l'hospitalisation psychiatrique, soit deux psychiatres (l'un désigné par le procureur général de la Cour d'appel, le second par le préfet), un magistrat désigné par le premier président de la Cour d'appel, deux représentants d'associations spécialisées nommés par le préfet, et un médecin généraliste également désigné par le préfet. Cette commission a pour mission de contrôler et de visiter les établissements psychiatriques, d'établir pour le préfet ainsi que pour le procureur de la république un rapport annuel et a le pouvoir, en cas de constatation d'internement abusif, de saisir l'un ou l'autre, de même que le président du TGI pour requérir la sortie de toute personne qu'elle estimerait victime d'une hospitalisation arbitraire.

Le préfet, le maire, le juge d'instance, le président du TGI, et la CODHOPSY ont l'obligation de visiter à l'improviste les établissements psychiatriques tous les semestres, le procureur de la République tous les trimestres. Lors de ces visites, les malades peuvent élever auprès de ces autorités des réclamations. Ces personnalités doivent à chaque visite signer le registre de la loi, qui relate les différentes étapes de l'hospitalisation de chaque patient (entrée, maintien, permission etc...).

Le préfet doit, à la fin du premier mois d'hospitalisation, puis tous les trois mois, puis tous les six mois, réexaminer la situation des patients hospitalisés d'office, et prendre à chaque fois une décision de maintien s'il souhaite prolonger l'hospitalisation. Cette procédure qui peut sembler lourde a pour but de préserver les libertés individuelles et de respecter la vie privée de chacun.

2.3.3 – La sortie de l'hôpital psychiatrique

Hors les « permissions » ou les sorties provisoires, dites « d'essai », qui peuvent être décidées par le psychiatre en cas d'« hospitalisation sur la demande d'un tiers », ou par le préfet sur proposition du psychiatre en cas d'« hospitalisation d'office », la sortie définitive du patient est, tout comme son entrée, strictement encadrée. De même qu'il existe une dualité de procédure lors de l'entrée à l'hôpital, il y a lieu de distinguer selon les deux catégories d'hospitalisation au moment de la sortie de l'établissement psychiatrique.

2.3.3.1 *La fin de l'« hospitalisation sur demande d'un tiers »*

La sortie intervient dans l'un des quatre cas suivants :

- Sur décision du psychiatre, qui, s'il constate une amélioration du patient, estime que les conditions du maintien de l'internement ne sont plus réunies. Mention est faite sur le registre de l'établissement (article L 3212-8 alinéa 1 du Code de la santé publique)

- En raison de la non-délivrance de l'un des certificats visés dans les lignes qui précèdent (certificat des vingt-quatre heures, 15 jours, premier mois etc...) (Article L. 3212-7 du Code de la santé publique). L'omission de ce certificat entraîne la libération automatique du patient. Cet oubli pourra être « réparé » si nécessaire par une hospitalisation d'office.

- Par décision du préfet, à la demande :

- De la CODHOPSY.

- Du curateur, du conjoint ou concubin, de l'ascendant ou du descendant majeur du malade.

- De la personne qui a signé la demande d'admission, à moins qu'un parent, jusqu'au sixième degré inclus, n'ait déclaré s'opposer à ce qu'elle use cette faculté sans l'assentiment du conseil de famille.

- D'une personne autorisée à cette fin par le conseil de famille. S'il résulte d'une opposition notifiée au chef de l'établissement par un ayant droit qu'il y a dissentiment soit entre les ascendants, soit entre les descendants, le conseil de famille se prononce dans un délai d'un mois. (Article L. 3212-9 du Code de la santé publique)

- Par décision du préfet, de sa propre initiative, s'il estime que les conditions de l'hospitalisation n'existent plus (article L 3212-8 du Code de la santé publique).

La sortie doit être notifiée dans les vingt-quatre heures au demandeur, au préfet, au procureur de la République ainsi qu'à la CODHOPSY.

2.3.3.2 *La fin de « l'hospitalisation d'office »*

La sortie a lieu dans les quatre hypothèses suivantes :

- Par décision du préfet, de sa propre initiative, sur avis médical laissé à son appréciation, qui lui est transmis par le directeur de l'établissement (article L 3213-5 alinéa du Code de la santé publique).

- Par décision du préfet sur proposition du psychiatre de l'hôpital ou de la CODHOPSY (article L. 3213-4 du Code de la santé publique).
- En raison de la carence du préfet qui ne procéderait pas au réexamen périodique de la situation du malade (article L. 3213-4 du Code de la santé publique). En ce cas, la libération automatique peut être évitée et l'omission être « réparée » par la mise en œuvre d'une nouvelle procédure d'hospitalisation d'office.
- Par décision concordante de deux psychiatres ne dépendant pas de l'hôpital, choisis par le préfet sur une liste établie par le procureur de la République, après avis du directeur général de l'agence régionale de santé de la région dans laquelle est situé l'établissement. Cette disposition s'applique dans le cas d'hospitalisation d'office visé à l'article L. 3213-7 faisant suite à la relaxe ou l'acquittement d'une personne jugée pénalement irresponsable (article L. 3213-8 du Code de la santé publique, modifié par l'article 7 de l'ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010)

Article L 3213-8 modifié par l'ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010 – art. 7

Il ne peut être mis fin aux hospitalisations d'office intervenues en application de l'article L. 3213-7 que sur les décisions conformes de deux psychiatres n'appartenant pas à l'établissement et choisis par le représentant de l'Etat dans le département sur une liste établie par le procureur de la République, après avis du directeur général de l'agence régionale de santé de la région dans laquelle est situé l'établissement.

Ces deux décisions résultant de deux examens séparés et concordants doivent établir que l'intéressé n'est plus dangereux ni pour lui-même ni pour autrui.

De la même manière, la sortie doit être notifiée dans les vingt-quatre heures à la famille, au maire de la commune où le patient est domicilié, au procureur de la république ainsi qu'à la CODHOPSY.

2.3.3 3 Sortie résultant d'un recours judiciaire

L'article L 3211-12 du Code de la santé publique dispose que les personnes hospitalisées contre leur gré peuvent saisir le juge des libertés et de la détention du Tribunal de Grande Instance du lieu de la situation de l'établissement. Ce recours est aussi ouvert à la personne qui a demandé la détention, au procureur de la République ainsi qu'à toute personne susceptible d'agir dans l'intérêt du malade. Le juge des libertés et de la détention peut également s'autosaisir. Le juge statue en référé après débat contradictoire et après les vérifications nécessaires, et ordonne éventuellement la sortie immédiate de la personne hospitalisée.

Un décret n° 2010-526 du 20 mai 2010 (JO du 22 mai), détaille la procédure de sortie immédiate prévue à l'article L. 3211-12 CSP pour les personnes hospitalisées sans leur consentement. Celle-ci fait l'objet d'une nouvelle

section, insérée à la partie réglementaire du Code de la santé publique (au Chap. I^{er} du Titre I^{er} du Livre II ; art. R. 3211-1 à R. 3211-18 nouv. CSP). Les délais ont été raccourcis puisque le premier président statue dans les douze jours de sa saisine (25 jours en cas d'expertise). Le pourvoi en cassation est, dans tous les cas, ouvert au parquet (art. R. 3211-15). En revanche, l'opposition n'est pas possible.

2.4 La mort

Deux points nous retiendront s'agissant de l'individu face à la mort. D'une part le droit de décider de sa propre mort (2.4.1). Et d'autre part le droit de décider du sort de son corps après le décès (2.4.2).

2.4.1 – Vie privée et droit de décider de sa propre mort

Le droit au respect de la vie privée permet à l'individu de se protéger des ingérences d'autrui dans sa vie familiale et dans son intimité. La définition de la notion de « vie privée » est difficile, le dessin de ses frontières est parfois flou, et l'on peut légitimement se demander si, par respect de ce principe, il faut admettre que chacun peut librement disposer de sa vie et décider d'y mettre un terme à tout moment, en toutes circonstances ?

Le débat est vaste. La loi, reflet de l'opinion de la société, apporte diverses réponses selon le contexte dans lequel un individu peut avoir la tentation de poser un point final à son histoire personnelle.

2.4.1.1 *Le suicide*

Le suicide est-il une démission, une lâcheté, l'expression tragique d'une maladie mentale, une appropriation d'un pouvoir qui n'appartient qu'à Dieu ? Est-il un « droit de l'Homme », une composante de sa liberté physique ? Il existe autant de réponses que de questions... Juridiquement, le suicide ou la tentative de suicide ne sont pas réprimés par la loi, ils ne constituent pas des infractions pénales. A contrario, il convient donc de considérer que le suicide est reconnu, de façon implicite.

Le premier alinéa de l'article 223-6 du Code pénal punit quiconque s'abstient volontairement d'empêcher, par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, un crime ou un délit contre l'intégrité corporelle de la personne. La chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé que cette disposition ne s'applique pas au suicide, « qui ne constitue ni un crime ni un délit » (Cass. crim. 23 avril 1971).

Le suicide n'est pas un crime ni un délit, la société ne sanctionne pas l'atteinte à sa propre vie, mais on ne peut pas pour autant affirmer qu'il existe un droit au suicide. En effet,

- le second alinéa de l'article 223-6 du Code pénal sanctionne quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que,

sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours.

- un détenu engagé dans une grève de la faim ne peut pas être alimenté sans son consentement, sauf lorsque son état de santé s'altère gravement, mais sur décision et sous surveillance médicale (article D 390 du Code de procédure pénale),

- les articles 223-13 à 223-15 du Code pénal sanctionnent la provocation au suicide, de même que la propagande ou la publicité en faveur de produits, d'objets ou de méthodes préconisés comme moyens de se donner la mort.

Se suicider n'est donc pas un droit, puisque la loi punit ceux qui s'abstiennent d'en éviter la survenance de même que ceux qui le provoquent.

L'article 2§1 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que «le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi»: il convient donc que les Etats qui ont ratifié cette convention prennent les mesures nécessaires à la protection de la vie, notamment pour protéger autrui contre lui-même. Prévenir un suicide n'est pas une atteinte au respect de la vie privée.

2.4.1.2 Euthanasie

Le droit à l'euthanasie est celui d'exiger que sa mort soit provoquée par un tiers dans le but d'abrégé ses souffrances. C'est le droit d'exiger un suicide médicalement assisté. Ce droit n'est pas reconnu en France mais existe et est organisé dans certains pays tels que les Pays-Bas ou la Suisse.

Il est interdit aux médecins français de la pratiquer. Donner volontairement la mort à autrui est un meurtre puni de trente ans de réclusion criminelle (Article 221-1 du Code pénal). Commettre un meurtre avec préméditation est un assassinat, puni de la réclusion criminelle à perpétuité (article 221-3 du Code pénal). Le premier alinéa de l'article R. 4127-38 du Code de la santé publique indique que le médecin «doit accompagner le mourant jusqu'à ses derniers moments, assurer par des soins et mesures appropriés la qualité d'une vie qui prend fin, sauvegarder la dignité du malade et réconforter son entourage.» Le second alinéa pose le principe que le médecin «n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort».

Nous savons qu'il existe un décalage entre le droit et la pratique. Divers cas d'euthanasie pratiqués ces dernières années ont donné lieu à des chroniques judiciaires fortement médiatisées. Les tribunaux, selon les circonstances d'espèce, punissent plus ou moins sévèrement selon que l'auteur de l'euthanasie peut être considéré comme un «meurtrier par pitié» ou non. La question a été débattue au sein du Mouvement jeune notariat.⁷

⁷ cf. Hugues Baudère «Mourir vivant - A propos de l'ouvrage de François de Closets La dernière liberté (Fayard)». Revue JN 2002 n°1 p 6 à 19.

Il existe également un décalage entre le droit et l'opinion publique. L'actualité, tant en France qu'à l'étranger, révèle régulièrement divers cas de demandes individuelles en justice tendant à obtenir l'autorisation d'avoir recours au suicide médicalement assisté.

Ce décalage est le reflet de la grande difficulté de la question. L'Association pour le droit de mourir dans la dignité milite pour la légalisation de cette pratique. Certains estiment que le droit de mettre un terme à une vie dégradée et douloureuse est un attribut de la dignité humaine, d'autres au contraire, et notamment l'Eglise catholique, considèrent que nul n'a le droit de se substituer à la volonté divine (ou au destin, la nature, pour les non-croyants), et qu'il est du devoir de chacun de supporter jusqu'au bout ce que le sort lui inflige.

La polémique est grande, le débat enflammé. Tôt ou tard, le législateur sera contraint d'intervenir. S'il autorise l'euthanasie, la définition des souffrances qu'elle sera autorisée à abréger devrait être d'une très grande précision. Accepter l'euthanasie peut être un pas dangereux et ouvrir la porte à des dérives. En effet, si l'on peut concevoir l'euthanasie lorsqu'elle intervient à la demande du malade encore conscient, dans le cadre d'une maladie incurable, dont elle avance l'issue fatale de quelques jours, il faut absolument éviter qu'elle puisse donner lieu à des excès. Mais il s'agit là d'un vaste débat de société qui n'entre pas dans notre champ d'étude.

2.4.1.3 L'orthothanasie ou le droit de renoncer aux soins prolongeant la vie

L'orthothanasie, ou euthanasie passive, est le droit d'exiger l'arrêt des soins prolongeant la vie, de s'opposer à l'acharnement thérapeutique. C'est le droit de cesser le combat, le droit de se laisser mourir.

L'article L. 1111-10 du Code de la santé publique, issu de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 dite loi LÉONETTI, dispose que « lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical ».

Par ailleurs, l'article L. 1111-11 du Code de la santé publique prévoit que :

« Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état de manifester sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment.

A condition qu'elles aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant. »

Ainsi, les directives anticipées sont frappées de péremption si elles ont plus de trois ans, et devront donc être renouvelées régulièrement.

En vertu de l'article R. 1111-18, « dès lors qu'elles ont été établies dans le délai de trois ans, précédant soit l'état d'inconscience de la personne, soit le jour où elle s'est avérée hors d'état d'en effectuer le renouvellement, ces directives demeurent valides quel que soit le moment où elles sont ultérieurement prise en compte. »

Les articles R. 1111-17 à R. 1111-20 (décret n° 2006-119 du 6 février 2006) précisent les modalités et conditions de validité des directives anticipées. Elles ont pour support un document écrit, daté et signé par leur auteur dûment identifié par ses nom, prénom, date et lieu de naissance. Dans l'impossibilité d'écrire et de signer, l'auteur des directives peut demander à deux témoins (dont la personne de confiance – voir *infra*) d'attester que :

« le document qu'il n'a pas pu rédiger lui-même, est l'expression de sa volonté libre et éclairée. Ces témoins indiquent leur nom et qualité et leur attestation est jointe aux directives anticipées. Le médecin peut, à la demande du patient, faire figurer en annexe de ces directives, au moment de leur insertion dans le dossier de ce dernier, une attestation constatant qu'il est en état d'exprimer librement sa volonté et qu'il lui a délivré toutes informations appropriées. »

Le décret présente une lacune : il ne précise pas qui rédige les directives en cas d'impossibilité d'écrire et de signer. S'agit-il du médecin, des témoins eux-mêmes ?

Les directives anticipées sont conservées dans le dossier médical de la personne, tenu par son médecin ou par le service hospitalier dans lequel elle est accueillie. Elles peuvent cependant être conservées par leur auteur, ou confiées par celui-ci à un membre de sa famille, à un proche, ou à sa personne de confiance (voir *infra*). Dans ce cas, l'existence des directives anticipées et les coordonnées de la personne qui en est détentrice sont mentionnées, sur indication de leur auteur, dans le dossier constitué par le médecin de famille ou le service d'accueil (article R. 1111-20 du Code de la santé publique).

Peut-on considérer le notaire de l'auteur des directives anticipées comme « un proche » au sens de l'article R. 1111-20 ?

La loi LÉONETTI prévoit également la possibilité, pour toute personne majeure et capable, de désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir les informations concernant son état de santé, les différents traitements proposés, leurs conséquences et risques prévisibles, y compris en cas de refus (article L.1111-6 du Code de la santé publique). En phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, si la personne se trouve hors d'état d'exprimer sa volonté, l'avis de la personne de confiance, sauf urgence ou impossibilité, prévaut sur tout autre avis non médical, à l'exclusion des directives

anticipées, dans les décisions d'investigation, d'intervention, ou de traitement prises par le médecin (article L.1111-12 du Code de la santé publique).

2.4.2 – Le sort de son corps après la mort

On pensera en premier lieu à l'organisation des funérailles (2.4.2.2). Mais il est des hypothèses dans lesquelles il est inutile de s'en inquiéter, sans que cela incombe à la famille. C'est le cas du don du corps à la science (2.4.2.1).

En préambule nous rappellerons la législation concernant le prélèvement d'organe après la mort. Car le notaire est déjà parfois consulté sur cette question souvent mal connue :

Préambule : le prélèvement d'organe après la mort ; un droit pour la société.

Il est autorisé par la loi française. L'article L.1232-1 du Code de la santé publique dispose que « le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques. »

Il existe une présomption de consentement du défunt : le deuxième alinéa de l'article L.1232-1 du Code de la santé publique pose le principe que le : « prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment ».

Le fonctionnement et la gestion du registre national automatisé des refus de prélèvement sont assurés par l'Etablissement français des greffes (article R 1232-5 du Code de la santé publique).

Toute personne majeure ou mineure âgée de treize ans au moins peut s'inscrire sur ce registre, afin d'exprimer son refus qu'un prélèvement d'organes soit opéré sur son corps après son décès, soit à des fins thérapeutiques, soit pour rechercher les causes du décès, soit à d'autres fins scientifiques, soit dans plusieurs de ces trois cas (article R 1232-6 du Code de la santé publique). La demande d'inscription sur le registre national automatisé des refus de prélèvement est adressée par voie postale à l'Etablissement français des greffes : elle est datée, signée, accompagnée de la photocopie de tout document susceptible de justifier de l'identité de son auteur, notamment de la carte nationale d'identité en cours de validité, du passeport même périmé, du permis de conduire ou d'un titre de séjour (article R 1232-7 du Code de la santé publique). Une attestation d'inscription sur le registre est envoyée à l'auteur de la demande dès l'enregistrement de son inscription, sauf s'il a expressément mentionné qu'il ne souhaitait pas recevoir d'attestation (article R 1232-8 du Code de la santé publique). Il semble bien que le système mis en place

par la réglementation présente une faille : permettre de mentionner au moment de l'inscription au registre national que l'on ne souhaite pas recevoir d'attestation de cette inscription, laisse envisager la possibilité d'usurpation d'identité et qu'une personne se fasse passer pour une autre afin de l'inscrire à son insu sur le registre des refus.

Partant de l'adage « qui ne dit mot consent », les médecins devraient donc pouvoir, en principe, recueillir les organes d'une personne décédée, dès lors qu'ayant interrogé le registre national des refus, conformément à R. 1232-10 du Code de la santé publique, ils ont pu constater que celle-ci, de son vivant, ne s'était pas opposée à un prélèvement sur son corps après sa mort. Cependant, le refus de prélèvement pouvant être manifesté de son vivant par tout moyen, et pas uniquement par voie d'inscription sur le registre national automatisé des refus, l'article L. 1232-1 du Code de la santé publique dispose que « si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt ».

Ainsi, le refus de la personne n'étant pas obligatoirement consigné sur le registre national, le médecin doit s'enquérir auprès de la famille et mener sa propre enquête, afin de savoir si la personne avait manifesté une opinion négative de son vivant. La plupart du temps, la famille ignore la position du défunt à ce sujet, et bien souvent la solution réside dans l'accord ou le refus de la famille elle-même, de sorte que la présomption de consentement est en réalité vide de sens. Pour éviter cet écueil, il conviendrait que la loi prévoie une obligation d'inscription au registre national automatisé des refus de prélèvement.

Le régime diffère en ce qui concerne les défunts mineurs ou majeurs sous tutelle : la loi exige l'autorisation écrite des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur avant tout prélèvement, qu'il soit effectué dans un but thérapeutique ou scientifique. Dans le cas d'un enfant mineur, dans l'impossibilité de consulter l'un des titulaires de l'autorité parentale, le prélèvement peut avoir lieu à condition que l'autre titulaire y consente par écrit (article L. 1232-2 du Code de la santé publique).

Les articles R. 1232-1 et suivants du Code de la santé publique précisent les données objectives permettant d'établir le constat de la mort. En dernier lieu, les médecins qui établissent le constat de la mort et ceux qui effectuent le prélèvement ou la transplantation doivent dépendre de services distincts.

2.4.2.1 Le don de son corps à la science

Quel notaire n'a pas entendu cette phrase : Je veux faire don de mon corps à la science, que dois-je faire ? Essayons de répondre.

Egalement appelée « don du corps à la médecine », cette pratique consiste à faire don de son corps à un établissement d'enseignement médical (école de chirurgie ou établissement de recherche scientifique). Cette démarche généreuse, qui permet ainsi de recueillir chaque année plus de 2 500 corps, donne la possibilité aux étudiants d'apprendre et de perfectionner leurs connaissances en anatomie et en chirurgie, et permet également la mise au point de techniques opératoires innovantes.

Ce don est réglementé à l'article R. 2213-13 du Code général des collectivités Locales, dans le cadre des dispositions de police des funérailles et des lieux de sépulture et plus spécialement dans le cadre des règles régissant le transport de corps avant mise en bière. Cet article définit les conditions dans lesquelles un établissement de santé, de formation ou de recherche peut accepter le don d'un corps.

Toute personne qui souhaite faire don de son corps à la science doit rédiger et signer un document manuscrit indiquant auprès de quel établissement il souhaite que son corps soit remis après sa mort. Il doit adresser une copie de cette déclaration écrite à l'établissement auquel il souhaite léguer son corps, lequel va lui délivrer une carte de donateur, ce dernier doit s'engager à la porter en permanence. L'exemplaire de la déclaration qui était détenu par le défunt est remis à l'officier d'état-civil lors de la déclaration de décès. Le maire de la commune autorise le transport du corps, sur production d'un extrait du certificat médical attestant le décès, précisant la cause du décès.

Le transport doit être effectué dans un délai maximum de vingt-quatre heures à compter du décès, ou, si le décès survient dans un établissement de santé public ou privé disposant d'équipements permettant la conservation des corps (ie : injections de formol), ce délai est porté à quarante-huit heures.

L'établissement bénéficiaire n'est pas tenu d'accepter le don, pour des problèmes d'organisation matérielle (week-end, jours de fête, périodes de congés...), pour des problèmes techniques tenant à l'état du corps, ou pour toute autre raison susceptible de poser un problème médico-légal.

Il arrive que tel client souhaite nous confier sa déclaration manuscrite par laquelle il fait don de son corps à la science. Ce procédé est certes possible, mais il convient que la personne conserve avec elle un second exemplaire de cette déclaration, ainsi que sa carte de donneur. En effet, le transport du corps devant être effectué dans un délai maximum de vingt-quatre heures, la fermeture de l'étude en période de week-end ou de fêtes rendrait impossible le respect des volontés du défunt. Par ailleurs, il convient de conseiller à ce client de rédiger un testament par lequel il prévoit que les frais de transport de son corps seront à la charge de sa succession : en effet, ces frais sont en

principe à la charge de l'établissement bénéficiaire, il apparaît cependant que bien souvent, les établissements de recherche ou d'enseignement médical subordonnent l'acceptation du corps à la prise en charge des frais par les héritiers, de sorte qu'il est possible que ces derniers, refusant de payer, ne déclenchent le refus de l'établissement bénéficiaire.

Une réponse ministérielle (n° 24046, JOAN 8 mai 1995, page 2382) précise que le « transport de corps... doit être pris en charge par l'établissement d'hospitalisation, d'enseignement ou de recherche. Les facultés de médecine, qui sont les principaux établissements receveurs de don du corps à la science, doivent respecter la réglementation. Toute personne qui s'estimerait lésée par les agissements des établissements recevant les dons du corps est en droit d'engager une action devant les tribunaux compétents ».

L'établissement bénéficiaire assure à ses frais l'inhumation ou la crémation du corps, aucun délai maximum ne lui est imposé.

Le corps, après étude ou expérimentation, est généralement incinéré, la famille ne peut pas toujours récupérer les cendres, la solution varie d'un établissement à un autre.

Le don de son corps à la science est parfois difficile à accepter pour la famille. Souvent, le don du corps ne permet pas l'organisation d'une cérémonie autour du défunt dans les heures qui suivent le décès. Ne pas avoir de sépulture sur laquelle se recueillir peut rendre le deuil difficile. La famille, enfin, n'a aucun droit de regard sur la décision du donateur. Seul ce dernier a le droit de révoquer sa décision en détruisant le document manuscrit, sa carte de donneur, et en prévenant l'établissement. Pour les mêmes raisons pratiques que celles évoquées ci-dessus (fermeture de l'étude au moment du décès), la révocation par testament confié au notaire est aléatoire. La solution la plus efficace est la destruction pure et simple des documents établis au moment de la déclaration de don.

2.4.2.2 L'organisation des funérailles

S'il existe en principe une liberté d'organisation de ses obsèques (a) des règles d'ordre public, pour des raisons aussi bien sanitaires que morales, viennent cependant en limiter les possibilités (b).

a) Le principe : la liberté de l'organisation de ses obsèques

Les pouvoirs reconnus par la loi à la personne sur son corps et sa liberté de pensée se poursuivent après sa mort. Chacun est libre de décider de l'organisation de ses obsèques et du sort qui sera réservé à sa dépouille mortelle. Ce principe est consacré par l'article 3 de la loi n° 1887-11-15 du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles, qui fonde un principe général de respect des volontés funéraires de l'individu. Ce texte dispose que :

« tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester, peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sa sépulture.

Il peut charger une ou plusieurs personnes de veiller à l'exécution de ses dispositions.

Sa volonté, exprimée dans un testament ou dans une déclaration faite en forme testamentaire, soit par-devant notaire, soit sous signature privée, a la même force qu'une disposition testamentaire relative aux biens, elle est soumise aux mêmes règles quant aux conditions de la révocation. »

Cette liberté, qui ne connaît de limite que les impératifs d'ordre public de la législation funéraire, est protégée par l'article 433-21-1 du Code pénal, lequel sanctionne :

« toute personne qui donne aux funérailles un caractère contraire à la volonté du défunt ou à une décision judiciaire, volonté ou décision dont elle a connaissance, d'une peine de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. »

Une circulaire du 14 mai 1993 précise que :

« cette infraction permet de réprimer l'organisation de funérailles religieuses auxquelles le défunt s'était opposé de son vivant ou, inversement, l'organisation de funérailles civiles, alors que le défunt avait demandé une cérémonie religieuse. »

Dans le respect de l'esprit de la loi du 15 novembre 1887, la jurisprudence impose au juge de rechercher la volonté probable du défunt, en l'absence de volonté clairement exprimée par écrit. Elle accepte que la volonté du défunt puisse être tacite et puisse :

« s'induire d'indices de toutes sortes dont l'appréciation est abandonnée à la prudence du juge qui devra s'efforcer, soit par témoignages recueillis, soit de toutes autres manières, de découvrir quelle a été l'intention du défunt »

(CA Grenoble 20 février 1931).

En l'absence de volonté clairement exprimée de son vivant par le défunt, il revient à son entourage d'organiser les obsèques dans le respect de ses convictions et conformément à ce que probablement il aurait souhaité s'il s'était exprimé à ce sujet. L'article 1061-1 du Code de procédure civile dispose que :

« en cas de contestation sur les conditions des funérailles, le tribunal d'instance est saisi à la requête de la partie la plus diligente selon un des modes prévus à l'article 829. Il statue dans les vingt-quatre heures. Appel peut être interjeté dans les vingt-quatre heures de la décision devant le premier président de la Cour d'appel. Celui-ci ou son délégué est saisi sans forme et doit statuer immédiatement. Les parties ne sont pas tenues de constituer avoué. La décision exécutoire sur minute est notifiée au maire chargé de l'exécution. »

Il convient de préciser que les frais d'obsèques sont une charge successorale. A l'exception des dépenses somptuaires, la personne qui a pris en charge les obsèques d'un proche pourra en obtenir remboursement par priorité sur

les autres créanciers du défunt par le jeu du privilège général sur les meubles dépendant de la succession en vertu de l'article 2331-2° du Code civil (ancien article 2101-2°).

Dans l'hypothèse où l'actif successoral n'est pas suffisant pour permettre le paiement des frais d'obsèques, la Cour de cassation a posé le principe que : « l'enfant, tenu de l'obligation alimentaire à l'égard de ses ascendants, doit, même s'il a renoncé à la succession, assumer la charge de ces frais, dans la proportion de ses ressources » (Civ. 1^{re}, 14 mai 1992, Bull. civ. I, n° 140, p. 95).

La Cour de cassation s'est appuyée les articles 205 et 371 du Code civil, lesquels disposent que « les enfants doivent des aliments à leur père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin » et que « l'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère ».

Enfin une dernière question concernant le sort de l'embryon, du fœtus ou de l'enfant mort-né se pose maintenant. L'évolution des mentalités, parfois des raisons matérielles poussent certains parents à exiger une reconnaissance de la personnalité humaine de celui qui aurait pu être leur enfant. Cela peut donc avoir une conséquence sur la sépulture⁸.

L'aspect des obsèques est souvent négligé par le notaire lorsqu'il prodigue ses conseils pour l'organisation d'une succession. Certes, le notaire est sollicité en général pour la mise au point de la transmission des biens aux héri-

8• Sur cette question nous renvoyons à la rubrique « Sépulture - janvier 2009 » tenue par Pierre Berchon - Maître de conférences à la Faculté de droit, d'économie et des sciences sociales de Tours à l'encyclopédie Dalloz droit civil.

« Si l'enfant est né viable, comme né au terme d'au moins vingt-deux semaines d'aménorrhée ou pesant à la naissance au moins cinq cent grammes, il y aura lieu à établissement d'un acte de naissance et de décès et les parents auront la possibilité de faire procéder à son inhumation ou à sa crémation ou d'abandonner à l'établissement hospitalier le soin de faire procéder à la crémation dans les conditions du nouvel article R. 1112-76, II, du Code de la santé publique. Il en sera de même en ce qui concerne la possibilité de donner une sépulture au fœtus, si l'enfant n'est pas né viable, comme né à moins de vingt-deux semaines d'aménorrhée et pesant moins de cinq cents grammes, mais qu'un certificat d'accouchement a été établi et par là éventuellement un acte d'enfant sans vie ; ce qui suppose une interruption spontanée de grossesse intervenue ou une interruption médicale de grossesse effectuée après douze semaines d'aménorrhée. Si un certificat d'accouchement n'a pu être établi, l'embryon ayant été expulsé à moins de douze semaines d'aménorrhée, il ne sera pas dressé d'acte d'enfant sans vie et l'embryon sera éliminé aux soins de l'établissement hospitalier comme un déchet anatomique identifiable sauf convention avec la commune permettant d'accueillir le corps dans le cimetière, ainsi que le prévoient les articles R. 1335-9 et R. 1335-11 du Code de la santé publique (et sur la responsabilité de l'établissement hospitalier ayant fait incinérer le corps d'un enfant sans vie sans avoir interrogé au préalable les parents sur leur volonté de lui donner des obsèques, V. CAA Lyon, 18 nov. 2003, Épx Y., JCP A 2004. 1692, concl. E. Kolbert). ».

tiers, allusion est rarement faite aux funérailles. Il est pourtant facile et rapide pour le notaire d'attirer l'attention de son client sur ce point, d'autant plus que, ayant généralement connaissance des relations familiales de celui-ci, il peut supposer des difficultés éventuelles à ce sujet.

b) Les limites : les règles d'ordre public de la législation funéraire

Il n'existe que deux procédés légaux de sépulture : l'inhumation ou la crémation. L'article R 2213-15 du Code général des collectivités locales indique qu'« avant son inhumation ou sa crémation, le corps d'une personne décédée est mis en bière ». Il y a lieu d'en déduire que la réglementation ne prévoit aucune autre modalité et prohibe par conséquent tout autre procédé. Les restes des personnes ayant fait don de leur corps à un établissement d'hospitalisation, d'enseignement ou de recherche doivent, à l'issue des travaux dont ils ont été le support, faire l'objet d'une inhumation ou d'une crémation en vertu de l'article 2213-13 du Code général des collectivités locales (à ce sujet, nous renvoyons le lecteur aux développements consacrés au don de son corps à la science).

Compte tenu du caractère d'ordre public de la législation funéraire, la mise en bière préalable est une obligation, et la pratique des rites musulman et juif qui consiste à ensevelir le corps simplement revêtu d'un suaire n'est pas possible en France. De même, bien que le texte ne le précise pas expressément, il est admis que la mise en bière doit être préalable aux rites qui précèdent l'inhumation ou la crémation. Il n'est pas possible que le défunt soit porté le visage découvert dans un lieu de culte, comme cela existe dans certains pays étrangers.

L'article R. 2213-16 du Code des collectivités locales n'admet :

« qu'un seul corps dans chaque cercueil. Toutefois, est autorisée la mise en bière dans un même cercueil des corps :

1°) De plusieurs enfants mort-nés de la même mère,

2°) D'un ou plusieurs enfants mort-nés et de leur mère également décédée ».

A/ L'inhumation

L'inhumation est la mise en terre du corps de la personne décédée, préalablement déposé dans un cercueil ainsi que l'impose l'article R 2213-15 du Code général des collectivités locales. Elle a lieu généralement dans le cimetière communal, mais elle peut aussi, à titre exceptionnel, être effectuée sur une propriété privée.

• 1° Inhumation dans le cimetière communal

Les cimetières communaux font partie du domaine public de la commune, étant affectés à l'usage du public.

L'article L.2213-9 du CGCT prévoit notamment que dans l'exercice de son pouvoir de police, il n'est pas permis au maire d'établir des distinctions ou des prescriptions particulières à raison des croyances ou du culte du défunt. Néanmoins, une circulaire du 14 février 1991 autorisait les maires à créer ou à maintenir dans les cimetières communaux des « espaces » ou des « carrés confessionnels » notamment des carrés musulmans ou des carrés juifs, sous réserve que la neutralité générale du cimetière soit respectée. Cette circulaire a été remplacée par une circulaire du ministre de l'Intérieur du 19 février 2008, reprenant son contenu et encourageant les maires à aménager, en fonction des demandes, des espaces confessionnels.

L'inhumation a lieu en terrain commun (appelé également « fosse commune ») ou dans une concession privée à usage individuel ou familial.

■ a – Le terrain commun

En vertu de l'article L. 2223-3 du Code général des collectivités locales, la sépulture en terrain commun (également appelée « service ordinaire » ou encore « service normal ») dans le cimetière d'une commune est due :

- aux personnes décédées sur son territoire, quel que soit leur domicile,
- aux personnes domiciliées sur son territoire,
- aux personnes non domiciliées et non décédées sur son territoire, mais qui y ont droit à une sépulture de famille,
- aux Français établis hors de France n'ayant pas une sépulture de famille dans la commune et qui sont inscrits sur la liste électorale de celle-ci.

En dehors de ces quatre cas, le maire peut refuser l'inhumation en terrain commun d'une personne sur le territoire de sa commune.

L'inhumation en terrain commun est régie par les articles R. 2223-3 et suivants du Code général des collectivités territoriales. Contrairement aux clichés que l'on conserve du passé, cette inhumation n'a pas lieu dans une fosse commune, elle est individuelle ; chaque inhumation a lieu dans une fosse séparée, à une certaine distance des autres, mise gratuitement à disposition par la commune. A l'expiration d'un délai de cinq ans, la fosse peut être ouverte pour une nouvelle sépulture et les restes qui s'y trouvent peuvent être exhumés.

L'article L. 2223-12 CGCT dispose :

« Tout particulier peut, sans autorisation, faire placer sur la fosse d'un parent ou d'un ami une pierre sépulcrale ou autre signe indicatif de sépulture. »

Par ailleurs « le maire peut fixer des dimensions maximales des monuments érigés sur les fosses ». (cf. art. L.2223-12-1 du CGCT créé par l'article 18 de la loi du 19 décembre 2008).

Au plan pratique, il y a peu de chance pour que des monuments soient édifiés sur terrain commun compte tenu du caractère très temporaire de ce type de sépulture.

■ b – La concession funéraire

La concession funéraire est un contrat aux termes duquel le concédant (la commune) accorde un droit de superficie sur un terrain dépendant du domaine public au concessionnaire (le fondateur) désirant y fonder sa sépulture et celle de sa famille. L'offre de concessions funéraires n'est pas une obligation pour la commune. L'article L. 2223-13 du Code général des collectivités locales dispose en effet que « lorsque l'étendue des cimetières le permet, il peut être concédé des terrains aux personnes qui désirent y fonder leur sépulture et celle de leurs enfants ou successeurs ».

Contrairement à l'inhumation en terrain commun, la loi n'indique pas qui sont les personnes qui peuvent prétendre à acheter une concession dans un cimetière communal. En effet, le Code général des collectivités territoriales prévoit :

- d'une part, l'obligation pour la commune d'inhumer quatre catégories de personnes (voir supra, article L.2223-3 : il s'agit de l'inhumation en terrain commun),
- et d'autre part, la faculté d'accorder des concessions (L. 2223-13), sans préciser qui sont les personnes pouvant y prétendre.

Certaines communes ont interprété les textes en estimant que seules les personnes disposant du droit d'être inhumées sur leur territoire en vertu de l'article L. 2223-3 du CGCT pouvaient prétendre à y obtenir une concession.

D'autres accordent des concessions à des personnes ne bénéficiant d'aucun droit à inhumation en terrain commun. Les décisions donnent raison aux secondes et tort aux premières.

Le refus opposé par le maire pour délivrer une concession dans le cimetière communal doit être motivé. Dès lors qu'il existe des places disponibles et que le demandeur démontre un certain lien avec la commune dans laquelle il sollicite une concession, le maire est tenu de lui octroyer une parcelle (Rép. min. n° 38996 : JOAN Q 13 mars 2000, p. 1670).

Le Conseil d'Etat semble ne retenir pour seul motif valable d'une décision de refus que l'absence de place disponible dans le cimetière (CE, sect., 5 déc. 1977, Cne de Bachy c/ M^{me} SALUDEN-LANIEL)

La concession est accordée par le maire au nom de la commune, sur demande. Il existe quatre catégories de concessions, énumérées par l'article L. 2223-14 du Code général des collectivités territoriales :

- concessions temporaires de 15 ans ou plus,
- concessions trentenaires,
- concessions cinquantenaires,
- concessions perpétuelles.

Le contrat de concession donne lieu au versement d'un capital fixé par le conseil municipal.

Les concessions non perpétuelles sont renouvelables moyennant le paiement d'une nouvelle redevance. A défaut, le terrain concédé fait retour à la commune afin d'être affecté à une nouvelle sépulture. Elle ne peut cependant reprendre le terrain que deux années révolues après l'expiration de la période pour laquelle le terrain a été concédé.

Dans l'intervalle de ces deux années, les concessionnaires ou leurs ayants-cause peuvent user de leur droit de renouvellement (L. 2223-15 du CGCT). Les concessions sont également convertibles en concessions de plus longue durée (L. 2223-16 du CGCT).

L'article L. 2223-17 du Code général des collectivités locales dispose que : « lorsque, après une période de trente ans, une concession a cessé d'être entretenue, le maire peut constater cet état d'abandon par procès-verbal porté à la connaissance du public et des familles.

Si, trois ans après cette publicité régulièrement effectuée, la concession est toujours en état d'abandon, le maire a la faculté de saisir le conseil municipal, qui est appelé à décider si la reprise de la concession est prononcée ou non.

Dans l'affirmative, le maire peut prendre un arrêté prononçant la reprise par la commune des terrains affectés à cette concession ».

Le titulaire d'une concession peut y construire un caveau, monument et tombeau à sa convenance (article L. 2223-13 al. 1 du CGCT). L'article L. 2223-12-1 du CGCT (concernant l'inhumation en terrain commun) qui dispose que « le maire peut fixer des dimensions maximales des monuments érigés sur les fosses » sera nous semble-t-il évidemment applicable ici aussi puisqu'il figure dans les dispositions générales.

L'inhumation de chaque corps dans la concession a lieu, au gré des titulaires, soit à l'intérieur d'un caveau de maçonnerie, soit en pleine terre. L'utilisation de caveaux au-dessus du sol (dits « en enfeux ») est possible (Rép. min. n° 37899, JOAN Q 15 juillet 1996, p. 3860), elle peut être interdite ou règlementée pour des motifs de police (CE 18 mars 1932, Lebon 345, DH 1932).

L'article R 2223-8 du CGCT prévoit qu'« aucune inscription ne peut être placée sur les pierres tumulaires ou monuments funéraires sans avoir été préalablement soumise à l'approbation du maire ». Il est admis que le maire ne pourrait s'y opposer que pour des raisons d'ordre public, et que cette disposition s'applique aux inscriptions autres que celles simplement indicatives de l'identité des défunts inhumés.

Le titulaire d'une concession funéraire transmet les droits qu'il tient de son contrat à ses héritiers. Il suffira à ces derniers d'apporter la justification de leur qualité, par la production d'un acte de notoriété.

Dans une parenthèse fiscale, notons à ce sujet que la valeur vénale d'une concession funéraire est soumise aux droits de mutation à titre gratuit en fonction du lien de parenté existant entre les parties. Les droits de mutation sont liquidés sur la base, s'il s'agit d'une concession funéraire perpétuelle, du prix fixé par l'autorité communale pour une concession de l'espèce en vigueur au jour de la mutation ; s'il s'agit d'une concession autre que perpétuelle (temporaire, trentenaire ou cinquantenaire), du prix fixé par l'autorité communale pour une telle concession en vigueur à la date de la mutation, retenu dans la proportion de la durée restant à courir, à cette date, de la concession concernée sur la durée initiale de ladite concession (Rép. min. n° 35508 : JOAN Q 30 juin 2009, p. 6503).

La transmission par décès des droits résultant d'un contrat de concession n'est pas prévue par les textes. Cependant, diverses réponses ministérielles ainsi que la jurisprudence ont dégagé de grands principes, et la matière a fait l'objet de divers articles par Monsieur Damien DUTRIEUX, consultant au CRIDON Nord-Est, dont une étude parue dans *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 46, 17 novembre 2000, p. 1655, à laquelle nous nous référons ici.

Il convient de distinguer selon que la dévolution de la concession s'effectue ab intestat ou en vertu d'une disposition testamentaire.

Lorsque le titulaire du contrat de concession décède ab intestat, ou lorsqu'il a désigné ses héritiers par testament, mais sans faire mention du contrat de concession, une indivision forcée naît entre ses héritiers. Chacun des héritiers co-indivisaires, devenus nouveaux co-titulaires de la concession, bénéficie du droit à l'inhumation. Chacun a vocation à être inhumé dans la concession, et chacun d'entre eux peut également y faire inhumer son conjoint et ses enfants (Rép. min. n° 46115 : JOAN Q 8 juin 1992 p. 2595) sans que les autres membres de l'indivision ne puissent venir s'y opposer ou n'aient à donner leur accord préalable à l'inhumation de ces personnes. Le nombre de places étant limité, les inhumations se feront dans l'ordre des décès, chacun des indivisaires pouvant renoncer à ses droits au profit des autres.

Enfin, une réponse ministérielle précise que :

« les collatéraux des titulaires décédés d'une concession funéraire, dans la mesure où ils n'auraient pas la qualité d'héritiers ou n'auraient pas bénéficié d'une donation expresse du bien considéré, n'auraient pas droit à être inhumés dans cette concession funéraire. » (Rép. min. n° 46116 : JOAN, 22 juin 1992, p. 2789).

Toute décision relative à la concession doit recevoir l'accord unanime de tous les coindivisaires : ainsi, l'inhumation d'une tierce personne, n'appartenant pas à la famille, devra recueillir l'accord de tous (CE, sect, 11 oct. 1957,

Consorts Hérial) sauf si le fondateur de la sépulture avait préalablement autorisé l'inhumation de cette personne. Effectivement, le titulaire de la concession demeure le régulateur du droit à inhumation dans la concession (Rép. min. n° 47006 : JOAN Q 26 oct 1992, p. 4919). Le premier titulaire de la concession peut donc exclure expressément certains membres de sa famille, ou à l'inverse prévoir que seules certaines personnes pourront y être inhumées, y compris des personnes n'appartenant pas à la famille mais avec lesquelles le concessionnaire est uni par des liens d'affection (Rép. min. n° 21280 : JOAN Q 22 janv. 1990, p. 368). L'autorisation par le titulaire d'inhumer une personne étrangère à la famille (est considéré comme tel un concubin) doit être expresse. A défaut, après son décès, l'accord des co-titulaires s'imposera.

Il a été jugé que la propriété du tombeau ne se transmet qu'aux héritiers « naturels » (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 1970 : JCP G 1972, II, 17004, note P. OURLICA). Cependant, le concessionnaire pour léguer la concession. La Cour de cassation a en effet jugé qu'aucune disposition de la loi n'interdit de donner ou léguer à un héritier par le sang une concession funéraire déjà utilisée, et que l'affectation familiale dont le caveau est grevé n'implique pas que tous les membres de la famille aient un droit acquis à y être inhumés (Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1973 : Defrénois 1974, art. 30603 p. 508-515, note M. MÉLIN). Le titulaire du contrat de concession peut donc choisir parmi ses héritiers, celui qui lui succédera dans les droits qu'il tient de son contrat de concession, il peut également désigner les personnes qui pourront y être inhumées. Cependant, le légataire ne peut être un étranger à la famille que dans l'hypothèse où la concession n'a pas encore été utilisée (Rép. min. n° 28641 : JOAN, 5 août 1991, p. 3165). Un tombeau ne devient en effet sépulture que par la première inhumation qui y est faite.

Dans le même esprit, en matière de donation de concession funéraire, une réponse ministérielle récente confirme la jurisprudence existant en la matière : « le concessionnaire ne peut céder sa concession, après qu'une inhumation a été effectuée, qu'à un héritier par le sang. En revanche (...) une donation à un tiers reste possible lorsque la concession n'a pas été utilisée » (Rép. min. n° 70602 : JOAN Q, 20 mars 2007, p. 2937).

Une dernière réponse ministérielle visant le notaire a été faite sur la question des recours d'une commune en cas d'abandon de propriété ou de concession funéraire (Rép. min. à M. Éric RAOULT n° 48222, JOAN Q 25 mai 2010 page : 5 841). A propos des concessions funéraires délaissées, il est rappelé que deux procédures de reprise, qui dispensent les communes de rechercher des héritiers, sont d'ores et déjà prévues : la reprise administrative des concessions parvenues à terme et non renouvelées dans un délai de deux ans, et la reprise des emplacements concédés après mise en œuvre d'une procédure de

constatation d'état d'abandon. Il est rappelé également que « Lors du règlement d'une succession comportant des biens immobiliers, un notaire a la possibilité d'alerter le maire de la commune concerné sur l'existence d'un bien tombé en déshérence ».

• 2° Inhumation sur un terrain privé

Cette possibilité est prévue par l'article L 2223-9 du Code général des collectivités territoriales en vertu duquel « toute personne peut être enterrée sur une propriété particulière, pourvu que cette propriété soit hors de l'enceinte des villes et des bourgs et à la distance prescrite », c'est-à-dire à plus de 35 mètres d'une habitation. Elle doit être autorisée par le préfet du département, laquelle autorisation est strictement personnelle et ne peut être délivrée qu'après le décès, après avis d'un hydrogéologue agréé (article R 2213-32 CGCT).

Dans un arrêt du 11 avril 1938, la chambre civile de la Cour de cassation a indiqué que :

« les tombeaux et le sol sur lequel ils sont élevés, que ce soit en cimetière public ou en cimetière privé, sont en dehors des règles du droit sur la propriété et la libre disposition des biens et ne peuvent être considérés comme ayant une valeur appréciable en argent... Cette sépulture par son inaliénabilité et son incessibilité se trouve réservée de droit, ainsi que la voie d'accès qui en est l'accessoire. »

Bien que hors du commerce, la sépulture appartenant à une indivision permet aux membres de cette indivision d'abandonner les droits qu'ils détiennent sur celle-ci entre eux (Cass. 1^{re} civ. 17 mai 1993, Defrénois 1993, art 35617, obs. G. Champenois). Mais l'abandon des droits au profit d'un tiers n'est pas possible. Dans l'hypothèse où une sépulture existe sur un terrain privé, la vente ne concerne pas la sépulture puisque, hors du commerce, elle n'est pas vendue en même temps que la propriété, et toute intervention du nouveau propriétaire sur cette sépulture est interdite. De plus, la propriété se trouve grevée d'un droit de passage pour la famille de la personne inhumée, le nouveau propriétaire ne peut lui interdire l'accès à la tombe. Il appartient donc en pareil cas au notaire d'attirer l'attention des parties à l'acte de vente des conséquences de la présence d'une sépulture sur une propriété privée, et notamment informer :

- le vendeur : qu'il reste propriétaire de la sépulture, et par conséquent responsable des dommages que le monument funéraire peut causer à autrui,
- l'acquéreur : que l'assiette de la sépulture ne lui est pas transmise avec le surplus de la propriété, laquelle en outre est grevée d'un droit de passage pour permettre d'y accéder.

Afin d'éviter tout litige, il sera utile de prévoir, préalablement à la vente, un bornage qui permettra aux deux parties de déterminer exactement les futures limites séparatives de propriété, et de dessiner les contours de la ser-

itude de passage. Une autre solution, beaucoup plus simple, serait de procéder à l'exhumation des corps avant la vente. Elle se heurte toutefois à deux difficultés.

D'une part, l'exhumation ne pouvant être demandée que par le parent le plus proche du défunt (article R 2213-40 CGCT).

Article R2213-40, modifié par décret n° 2006-938 du 27 juillet 2006 - art. 1 (JORF 29)

« Toute demande d'exhumation est faite par le plus proche parent de la personne défunte. Celui-ci justifie de son état civil, de son domicile et de la qualité en vertu de laquelle il formule sa demande.

L'autorisation d'exhumer un corps est délivrée par le maire de la commune où doit avoir lieu l'exhumation.

L'exhumation est faite en présence d'un parent ou d'un mandataire de la famille. Si le parent ou le mandataire dûment avisé n'est pas présent à l'heure indiquée, l'opération n'a pas lieu, mais les vacations prévues par l'article L. 2213-14 sont versées comme si l'opération avait été exécutée. »

Est-ce le parent le plus proche stricto sensu, ou est-ce le parent vivant le plus proche? L'article ne précisant rien, c'est la première interprétation qui semble s'imposer. Mais alors, cette demande peut s'avérer impossible lorsque la sépulture est très ancienne. En effet, il conviendrait au préalable d'effectuer des recherches afin de connaître avec exactitude, d'abord l'identité des personnes inhumées; puis celle de ses « parents » qui en réalité seront très éloignés si l'inhumation a eu lieu au cours des siècles passés. Peut-on imaginer dans la pratique de mandater un généalogiste pour retrouver de très lointains cousins afin de leur faire demander une exhumation? Par ailleurs, l'article R 2213-40 du CGCT exige que l'exhumation soit faite en présence d'un parent ou d'un mandataire de la famille. Qui acceptera de se déplacer et de consacrer du temps à cette opération? Certes, un généalogiste, mandataire des parents qu'il aura retrouvés, pourra exécuter cette tâche. Cependant, le coût d'une telle intervention, certes très utile sur le plan théorique, risque de décourager vendeur et acquéreur.

D'autre part, en cas de conflit entre les membres de la famille, le maire refusera l'exhumation. Le juge saisi du litige refusera le plus souvent l'exhumation; il considère que seuls, la démonstration du non-respect de la volonté du défunt ou du caractère provisoire de la sépulture, l'autorisent à ordonner l'exhumation, et qu'à défaut de cette démonstration « la paix des morts ne doit pas être troublée par les divisions des vivants et leurs convenances personnelles » (voir étude de Monsieur Damien DUTRIEUX, cité supra, « L'inhumation en terrain privé », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n° 49, 8 décembre 2006, 1370).

B/ La crémation

Régie par les articles R 2213-34 et suivants du Code général des collectivités territoriales, ce procédé connaît en France une progression importante. Elle a été rendue possible dans notre pays le 27 avril 1889, date de parution du règlement d'administration publique consécutif à la loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles. En 1975, 2 100 crémations ont eu lieu (soit 0,4 % des obsèques), contre 142 000 en 2007 (soit 28 % des obsèques). Elle est beaucoup plus développée en milieu urbain qu'en milieu rural et son augmentation au fil des trente dernières années s'explique par une levée des blocages culturels et psychologiques. A titre de comparaison, ce procédé représente 43 % des obsèques en Allemagne, 73 % en Grande-Bretagne, 75 % en Suisse, 32 % aux Etats-Unis, 51 % en Chine, et 99,7 % au Japon.

Elle est **autorisée par le maire de la commune** du lieu du décès ou du lieu de la mise en bière, sur justification de la volonté précise du défunt ou de toute personne qui a qualité pour pourvoir aux funérailles et justifie de son état civil et de son domicile.

Signalons cependant que la crémation peut être rendue impossible, malgré la volonté du défunt, dans le cas de survenance du décès à l'étranger : s'agissant du rapatriement de la dépouille d'un autre pays de l'Union européenne, un accord du Conseil de l'Europe du 26 octobre 1973 (entré en vigueur le 10 juin 2000 et ratifié à ce jour par quinze Etats membres de l'Union) impose le recours à un cercueil métallique, hermétiquement clos, lui-même placé dans un cercueil en bois, rendant ainsi impossible la crémation en raison de la présence de métal. Une réponse ministérielle du 16 mars 2010 précise toutefois qu'en ce cas,

«... il appartient à la famille de solliciter auprès du procureur de la République une autorisation permettant le transfert du corps dans un cercueil en bois conforme aux prescriptions fixées par l'article R 2213-25 du CGCT. En outre, si le défunt a exprimé sa volonté de faire l'objet d'une crémation, le juge d'instance est également compétent pour intervenir... » (Rép. Min n° 63310, JOAN Q, 16 mars 2010).

Après incinération du corps, les cendres du défunt sont recueillies dans une urne munie extérieurement d'une plaque métallique portant l'identité du défunt et le nom du crématorium (CGCT art. L. 2213-38-1), laquelle urne est remise à toute personne qui a qualité pour pourvoir aux funérailles (CGCT article R 2213-39, alinéa 1^{er}). Il s'agit là des proches du défunt, de sa famille. Cette notion est sujette à interprétation et peut prêter à discussion, et l'on ne saurait trop insister sur l'opportunité de consigner ses volontés dans un testament.

L'urne peut être déposée dans le cimetière communal, après autorisation délivrée par le maire du lieu du dépôt, dans une sépulture, dans une case de

colombarium, elle peut également être scellée sur un monument funéraire, ou déposée et enfouie à l'intérieur du cimetière communal, dans le sol des urnes funéraires, nommé « jardin d'urnes » (R 2213-39 alinéa 2 CGCT).

La famille peut également, si telle est la volonté exprimée par le défunt, conserver ou inhumer l'urne dans une propriété privée, ou la disperser en pleine nature, pourvu que cela ne soit pas sur la voie publique. Dans tous les cas, une déclaration doit être faite préalablement auprès du maire de la commune du lieu de dépôt, d'inhumation de l'urne ou de la dispersion des cendres (R 2213-39 alinéa 3 CGCT).

Des litiges peuvent survenir entre les proches du défunt quant au mode de conservation des cendres, ou quant à leur devenir. Antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 19 décembre 2008, il a été jugé tantôt que celles-ci pouvaient être partagées et recueillies dans plusieurs urnes afin d'être confiées à des membres de la famille différents, tantôt que ce procédé n'était pas légal, l'article R 2213-38 évoquant le recueil des cendres dans une urne.

La question s'est posée encore de savoir si les cendres de plusieurs personnes pouvaient être conservées dans une même urne...

La loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 a introduit de nouvelles dispositions concernant le droit de la crémation afin de résoudre les difficultés liées à l'absence de statut pour les cendres.

Elle a notamment introduit un nouvel article dans le Code civil, ainsi rédigé :

Article 16-1-1 : « le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort.

Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence »

Les cendres ont désormais le même statut que le cadavre.

Le nouvel article L. 2223-18-1 du Code général des collectivités territoriales précise que dans l'attente d'une décision relative à la destination des cendres, l'urne cinéraire est conservée au crématorium pendant une période qui ne peut excéder un an. A la demande de la personne ayant qualité pour pourvoir aux funérailles, l'urne peut être conservée, dans les mêmes conditions, dans un lieu de culte, avec l'accord de l'association chargée de l'exercice du culte. Au terme de ce délai et en l'absence de décision de la personne ayant qualité pour pourvoir aux funérailles, les cendres sont dispersées dans l'espace aménagé à cet effet du cimetière de la commune du lieu du décès ou dans l'espace le plus proche aménagé à cet effet.

L'article L. 2223-18-2 précise que les cendres sont, dans leur totalité, soit conservées dans l'urne cinéraire, soit dispersées dans un espace aménagé à cet effet d'un cimetière, soit dispersées en pleine nature. Il n'est donc plus possible de partager les cendres entre plusieurs parents ou proches.

Afin de prévenir la survenance d'un conflit entre les membres de la famille du défunt, les uns connaissant la volonté de celui-ci d'avoir recours à la crémation, les autres l'ignorant et/ou s'y opposant, toute personne optant pour cette modalité de sépulture devrait, ainsi que l'article 3 de la loi du 15 novembre 1887 le permet, rédiger un écrit manifestant clairement sa volonté. Ce testament, prouvant ses intentions, sera remis le moment venu par sa famille ou ses proches au maire de la commune qui délivrera son autorisation sans difficulté. De même, il sera utile que cette personne précise en outre à qui elle souhaite que soit confiée l'urne après la crémation, et la destination qu'elle souhaite donner à ses cendres.

Chapitre 2 – La vie privée dépendante

S'il y a un tiers, il y a donc un binôme. Celui-là peut être de deux sortes :

- Ou bien l'un et l'autre des membres auront opéré un choix réciproque (relation choisie), ce qui entraînera une égalité entre les deux membres (Section 1 Dans le cadre d'un binôme égalitaire)
- Ou bien l'un des membres aura besoin de l'autre, la tierce personne. L'individu dont la vie privée est étudiée, sera alors en situation d'infériorité (Section 2 Dans le cadre d'un binôme inégalitaire).

1. Dans le cadre d'un binôme égalitaire

Il s'agira des individus mariés ou partenaires ou concubins (1.1). Selon qu'il y a un mariage ou non la discrétion au sein du couple, ou sur la vie privée de l'autre, est-elle la même ? Cela se vérifie surtout à l'occasion des crises que traversent parfois ces couples (1.2). La vie privée de l'individu sera dans ces deux hypothèses différente de celle de l'individu solitaire.

1.1 Le couple uni

Le mariage nous retiendra (1), le pacs sera évoqué (2).

1.1.1 – Le mariage

1.1.1.1 L'institution du mariage : un ensemble de droits et de devoirs

Le mariage est un engagement duquel découle un ensemble de devoirs et de droits réciproques définis aux articles 212 à 215 du Code civil : la fidélité, l'assistance, la communauté de vie et le respect du conjoint. Ces quatre points sont les fondations de l'institution.

• 1° Les époux se doivent l'un à l'autre *fidélité*

L'adultère fut jusqu'en 1975 un délit pénal et un délit civil. Depuis, il ne constitue plus qu'un manquement aux obligations nées du mariage, il n'est plus qu'une faute civile. Il peut être une cause de divorce, si, conformément aux critères de l'article 242 du Code civil, il caractérise « une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage » et, ainsi, rend « intolérable le maintien de la vie commune ». Mais l'infidélité n'est pas, en elle-même, une cause de divorce. Ce devoir de fidélité est aujourd'hui, dans nos sociétés occidentales, désacralisé, en raison d'une certaine libéralisation des mœurs, d'une perte d'influence du sentiment religieux, du développement de la contraception. Citons néanmoins Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS : « qu'une obligation de fidélité découle du mariage paraît une évidence : indépendamment de sa dimension sociale et morale, elle n'est que l'autre face du caractère monogamique du mariage. Que les sociétés occidentales acceptent largement l'adultère n'y change rien : le mariage est précisément un engagement (une joyeuse ou une douloureuse ascèse, selon les cas), librement consenti de se donner en exclusivité. Le reste n'est que défaillances humaines ou petits

arrangements : ils ne sauraient faire oublier le principe, quand bien même appellerait-on à la rescousse liberté individuelle et respect de la vie privée ».
(*La Famille*, Defrénois, 3^e édition).

S'il est un délit civil, l'adultère pourrait fort bien, sur la base de l'article 1382 du Code civil, obliger celui à l'origine du dommage causé à autrui par sa faute, à le réparer. La Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur ce point : une épouse trompée demandait réparation à la maîtresse de son mari, au motif que :

« commet une faute envers l'épouse celle avec qui le mari commet l'adultère lorsqu'elle ne peut ignorer qu'il s'agit d'un homme marié et que leur relation est de nature à détruire le couple légitime en risquant d'entraîner le divorce ou au moins d'y contribuer dans une large mesure, a fortiori lorsqu'elle agit à cette fin ».

La Cour de cassation a confirmé l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Grenoble (CA Grenoble, 11 septembre 1995) laquelle avait estimé que la rupture du couple ne pouvait pas être imputée à la maîtresse. Le tiers « complice » de l'adultère n'étant pas la cause de la rupture du couple, il n'existait donc pas de lien de causalité pouvant donner lieu à réparation du préjudice (Cass. Civ. 2^e, 4 mai 2000, *La Semaine Juridique*, Edition générale n° 29, 19 juillet 2000, II 10356, note Thierry GARE). A contrario, la solution aurait pu être différente s'il avait été établi que l'adultère était la cause directe de la rupture du couple légitime.

Une convention de séparation amiable n'est pas permise par la loi. Une clause dispensant les époux de leur devoir de fidélité dans une convention temporaire dans une procédure de divorce, ne l'est pas plus : elle est contraire au caractère d'ordre public des droits et devoirs du mariage.

L'infidélité sera plus ou moins sanctionnée par les juges, en fonction du degré de désagrégation du couple, de son caractère éventuellement ostentatoire et insultant pour l'époux qui en est victime. L'adultère, s'il est bien une violation d'un devoir né du mariage, ne constitue pas, pour autant, une faute : le juge devra apprécier, en outre, si au sens de l'article 242 du Code civil, il est une violation grave, ou répétée, et s'il rend intolérable le maintien de la vie commune. Le devoir de fidélité ne disparaît, certes, qu'à la dissolution du mariage, et l'adultère est en tout état de cause, même si les époux sont séparés, une violation d'un devoir du mariage ; mais il ne devrait pas justifier qu'un divorce soit prononcé pour faute à l'encontre de l'époux qui s'en rend coupable alors que le lien conjugal est à l'agonie, au cours d'une procédure de divorce par exemple, ou alors que les époux vivent séparément depuis de nombreuses années. On ne peut plus en effet, en pareilles circonstances, qualifier de « grave » cette violation des devoirs et obligations nés du mariage, ni estimer qu'elle rend intolérable le maintien de la vie commune puisque les époux ne cohabitent plus.

• 2° Les époux s'obligent mutuellement à une *communauté de vie*

Le temps où le mari choisissait la résidence des époux est révolu. Depuis trente-cinq ans, la comparution d'une femme mariée dans un acte n'a plus à être rédigée selon cette ancienne formule : « Madame X, épouse de Monsieur Y, avec lequel elle demeure à ... » Le lieu de résidence, depuis la loi du 11 juillet 1975, est choisi d'un commun accord, et les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni (article 215 alinéa 3 du Code civil). Désormais, nous écrivons « Madame X, demeurant à ..., épouse de Monsieur Y ».

Plus progressiste encore, l'article 108 du Code civil dispose que « le mari et la femme peuvent avoir un domicile distinct, sans qu'il soit pour autant porté atteinte aux règles relatives à la communauté de vie ».

Il convient ici de souligner que la notion de « communauté de vie » à laquelle font référence les articles 108 et 215 du Code civil n'a pas la même signification que celle contenue dans l'article 515-4 du Code civil, lequel, en disposant que « les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune » impose que les partenaires aient un même domicile.

Néanmoins, la possibilité pour les époux d'avoir un domicile distinct ne les dispense pas du devoir de cohabitation. Une convention de séparation amiable, en dehors de toute procédure de séparation de corps ou de divorce, est de nul effet. Il a été jugé que « la possibilité pour les époux d'avoir des domiciles différents, au sens de l'article 108, ne les dispense pas de l'obligation de communauté de vie édictée par l'article 215 et qui comprend notamment le devoir de cohabitation » (Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1980). Ainsi, dans l'institution du mariage, l'obligation de cohabiter est en quelque sorte l'obligation d'avoir des rapports sexuels, elle correspond à une volonté de vivre ensemble, d'emprunter un même chemin de vie, et peu importe à cet égard le lieu de résidence.

En vertu du troisième alinéa de l'article 215, les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Cette disposition, si bien connue des notaires, s'applique tant que persistent les liens du mariage et même si celui-ci est en péril imminent : l'obligation de rechercher le consentement du conjoint reste de rigueur même après une ordonnance de non conciliation rendue dans le cadre d'une procédure de divorce et attribuant la jouissance du logement familial à l'un des deux époux (CA Colmar, 11 juin 1974 – CA Aix en Provence, 22 février 1982).

• 3° Les époux se doivent *secours et assistance*

Le devoir de secours est d'ordre économique : un époux dans le besoin doit pouvoir compter sur l'aide de son conjoint pour subvenir à ses besoins élémentaires.

Le devoir d'assistance résulte de l'obligation de communauté de vie : chaque époux doit pouvoir, en cas de détresse morale ou de maladie, recevoir aide psychologique et matérielle de son conjoint. Chacun des époux est en droit d'attendre le soutien de l'autre et doit pouvoir « se reposer » moralement sur son conjoint.

• 4° **Les époux se doivent respect**

Cette obligation, nouvellement inscrite dans l'article 212 du Code civil, résulte de la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple.

1.1.1.2 Mariés mais néanmoins libres : le mariage n'est pas une aliénation

Les époux conservent une liberté, dont le territoire est délimité par les frontières que constituent les quatre obligations fondatrices du mariage énumérées ci-dessus.

Chacun conserve le droit au respect de sa vie privée. Un époux étalant sur la place publique la vie privée du couple, violant le secret de la correspondance de son conjoint, commettrait une faute.

Chacun reste libre d'exercer telle activité professionnelle de son choix, de s'engager dans la vie associative, de ses déplacements, de l'exercice de sa religion...

Chacun conserve la liberté de son corps : chacun décide seul des traitements médicaux ou interventions chirurgicales qui le concernent. Il n'y a pas lieu de solliciter l'autorisation de son conjoint pour donner son sang ou un organe de son vivant, pour une contraception, une interruption volontaire de grossesse.

Cette liberté est cependant toute relative : en cas de désaccord entre eux, l'un des époux peut certes passer outre l'avis de son conjoint et agir comme bon lui semble. Il y a fort à parier cependant qu'une telle manifestation d'autonomie risque inéluctablement de rendre intolérable le maintien de la vie commune et de mettre ainsi en péril le maintien du lien conjugal. Que penser, en effet, dans l'hypothèse d'un conjoint en désir d'enfant confronté au recours à la contraception de son épouse, refusant, elle, toute idée de progéniture ?

Historiquement, le mariage a pour racine la fondation d'une famille dont il est le socle. Le droit naturel de transmettre la vie paraît implicitement reconnu par l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, lequel précise qu'« à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ». Néanmoins, donner naissance à des enfants (dans la mesure où le couple n'est pas victime de stérilité de l'un de ses membres), n'est pas un devoir né du mariage, même si, implicitement, la loi associe au mariage l'idée d'une descendance ; ainsi l'article 213 du Code civil prévoit que « les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ». Le devoir de

cohabitation, l'une des quatre obligations nées du mariage, dont il a été question supra, est un devoir d'entretenir des relations sexuelles, mais pas celui de donner naissance à des enfants, de sorte que l'interruption volontaire de grossesse ou la contraception ne nécessitent pas l'accord du conjoint.

Dans un tout autre domaine, celui du don de gamètes (spermatozoïdes ou ovocytes) dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, notons que l'article L. 1244-2 du Code de la santé publique prévoit que le donneur, s'il fait partie d'un couple, doit recevoir le consentement de l'autre membre du couple. Il en est de même des deux membres du couple receveur.

1.1.1.3 Liberté des conventions matrimoniales

A l'Est de l'Europe, certains systèmes législatifs imposent à leurs nationaux un régime matrimonial type. Le principe a pour mérite la simplicité, mais il attente à la liberté individuelle. En France, celui de la liberté des conventions matrimoniales laisse aux futurs époux la possibilité de choisir les règles qui gouverneront leurs rapports patrimoniaux. Ce principe est consacré par l'article 1387 du Code civil qui dispose que « la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos... » Au stade de la naissance du couple marié, la liberté des futurs époux est grande : ils peuvent opter pour tel régime de leur choix, sans qu'il y ait lieu de considérer si leur choix est compatible avec l'intérêt de la famille (à la différence du changement de régime matrimonial) : ainsi, deux personnes ayant des enfants issus d'une précédente union peuvent fort bien adopter le régime de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au profit du conjoint survivant. En outre, leur choix n'est pas limité à l'un des trois régimes matrimoniaux décrits par le Code civil : ils peuvent s'inspirer d'un droit étranger, déclarer vouloir se soumettre à un régime matrimonial étranger, construire un modèle « sur-mesure », ou combiner les règles applicables à chacun des trois modèles (séparation de biens avec société d'acquêts, participation aux acquêts avec exclusion des biens professionnels...). La loi prévoit néanmoins un modèle type (dit régime légal) pour ceux qui n'auront pas jugé utile d'y déroger.

Mais le contrat de mariage peut également contenir d'autres accords sans rapport avec l'organisation des règles pécuniaires qui gouverneront le futur ménage. Il peut contenir une reconnaissance de dette née entre les époux avant le mariage, à l'époque de leur concubinage. Il peut contenir la reconnaissance d'un enfant naturel, le notaire ne devra pas omettre en ce cas de procéder à la publicité de cette reconnaissance auprès de l'officier de l'Etat-civil.

Les futurs époux peuvent-ils, dans leur contrat de mariage, prévoir à l'avance le nom de famille des enfants à qui ils donneront naissance ? L'article 311-21 du Code civil dispose que :

« lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend... le nom de son père si la filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre ».

Si l'attribution à l'enfant de deux patronymes accolés ne peut résulter que d'une déclaration conjointe à l'officier d'état civil au jour de la déclaration de sa naissance, cette déclaration ne peut-elle pas résulter de l'exécution d'un engagement conventionnel, pris à l'avance par les futurs époux dans leur contrat de mariage ? La rédaction de l'article 311-21 du Code civil semble toutefois indiquer que la décision des parents ne peut se faire qu'au moment de la naissance.

Les conventions « extrapatrimoniales » contenues dans le contrat de mariage sont toutefois encadrées par la loi et supportent certaines limites. Ainsi, l'article 1387 du Code civil prévoit que les conventions des futurs époux ne doivent pas être contraires aux bonnes mœurs. Plus généralement, le contrat de mariage ne doit pas contrevenir à l'ordre public : ainsi le contrat de mariage ne pourrait pas, par exemple, restreindre la capacité de l'un des époux, ou stipuler une clause d'inaliénabilité non motivée par un intérêt légitime et non limitée dans le temps.

L'article 1388 dispose que « les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle ». S'agissant des devoirs et droits résultant du mariage, ils ne peuvent ainsi pas s'exonérer des règles de l'article 212 du Code civil imposant le respect, la fidélité, le devoir de secours et d'assistance, ni de celles de l'article 213 leur imposant d'assurer ensemble la direction morale et matérielle de la famille, à pourvoir à l'éducation des enfants et à préparer leur avenir, ni de celles de l'article 215 leur imposant une communauté de vie et de choisir ensemble leur résidence familiale. Enfin, l'article 226 du Code civil prévoit que les règles dites « du régime primaire » « sont applicables, par le seul effet du mariage, quel que soit le régime matrimonial des époux ».

La limitation de la liberté contractuelle des futurs époux est ainsi définie de manière négative : ce qui n'est pas interdit est par conséquent autorisé. Un contrat de mariage peut ainsi prévoir les modalités de calcul de la contribution de chacun aux charges du ménage, il pourrait indiquer le pays dans lequel les futurs époux résideront, fixer le sort de la bague de fiançailles en

cas de rupture, qu'elle soit bijou de famille ou non, décider de modalités particulières de liquidation du régime matrimonial et notamment prévoir des règles différentes en cas de dissolution par divorce ou par décès. Il a été jugé que les futurs époux peuvent convenir que celui qui s'enrichirait au détriment de la communauté ne serait pas tenu à récompense (Paris, 26 févr. 1923, Gaz. Pal., 1923 1. 422), et de même, convenir d'un mode de calcul des récompenses différent de celui prévu par la loi (Civ. 1^{re} 28 juin 1983, D. 1984, 254 note G. Morin, JCP 1985, II 20330, note J.-F. Pillebout).

1.1.1.4 Changement de régime matrimonial

La loi du 13 juillet 1965 a porté un terme au principe séculaire, développé par la jurisprudence, puis consacré en 1804 par le Code civil, de l'immutabilité des conventions matrimoniales. La modification était cependant soumise à l'homologation du tribunal. La loi du 23 juin 2006 a prévu la possibilité d'un changement purement conventionnel, le contrôle judiciaire n'étant plus nécessaire que dans certains cas.

• Conditions de fond : délai et motifs

L'article 1397 du Code civil maintient l'impossibilité de modifier le régime matrimonial au cours des deux premières années, période à l'issue de laquelle le changement devient possible.

Comme par le passé, le changement de régime matrimonial ne peut intervenir que s'il est justifié par l'intérêt de la famille. A dessein, la loi ne donne pas de définition de la notion « d'intérêt de la famille », dont les frontières sont souples et modulables et peuvent évoluer avec le couple, son environnement économique, son âge, etc... L'homologation judiciaire n'étant plus systématique, il appartient au notaire d'évaluer, avec les parties, si la modification envisagée est effectivement motivée par l'intérêt de la famille, abordé sous un angle économique ou familial, et de permettre à ses clients d'apprécier les avantages attendus de cette modification, confrontés éventuellement à ses inconvénients. Le contrôle a posteriori du juge n'intervient plus que dans des cas limités.

• Contenu

Les époux ont une grande liberté d'action : ils ont la faculté de modifier leur régime matrimonial sur un point très particulier, se contenter d'y faire une simple adjonction, tout comme ils peuvent également changer radicalement leur convention initiale.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi 2006-728 du 23 juin 2006, complétée par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, l'acte comportant adoption d'un nouveau régime matrimonial doit contenir la liquidation du régime matrimonial modifié, si elle est nécessaire. Autrefois, la liquidation était effectuée à la fin du processus de modification, après l'homologation judiciaire. Désormais, si elle est nécessaire, elle doit être concomitante et contenue dans

l'acte modificatif. C'est au notaire qu'il appartient de juger si la liquidation est effectivement nécessaire, étant précisé que liquider n'est pas partager. Si la liquidation est « nécessaire », il suffit de lister les éléments d'actif et de passif, de procéder au calcul des récompenses ou des créances entre époux éventuelles... L'indivision pourra être maintenue, temporairement ou pour un plus long terme, de sorte que l'information des enfants majeurs ou des créanciers ne leur permettra pas, à ce stade, d'apprécier réellement si le projet de modification des époux risque de porter atteinte à leurs droits.

- **Parties à l'acte et information des tiers**

Ce sont les époux, seuls, qui sont parties à l'acte de changement du régime matrimonial, étant précisé toutefois que si l'un des époux est soumis au régime de la tutelle ou de la curatelle, le changement sera préalablement soumis à l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille (article 1397 alinéa 7 du Code civil, issu de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007).

Néanmoins, la loi impose l'information de diverses catégories de personnes :

- Les enfants majeurs des époux.
- Les personnes intervenues au contrat de mariage initial, telles par exemple que les parents des époux qui y auraient consenti une donation.

Par la notification qui leur est faite de l'acte modificatif (article 1300 du Code de procédure civile).

Les créanciers sont également informés de la modification par la publication d'un avis dans un journal d'annonces légales.

- **Droit d'opposition**

Les enfants majeurs, les personnes intervenues au contrat de mariage initial ainsi que les créanciers des époux peuvent notifier leur opposition à la modification, par notification au notaire qui a établi l'acte. Le notaire doit alors en informer les époux. (Articles 1397 alinéas 2 et 3 du Code civil, article 1300-1 du Code de procédure civile).

Une réponse ministérielle précise que :

« l'opposition au changement de régime matrimonial formée par un enfant majeur placé sous un régime de protection, en ce qu'elle ne constitue pas un acte de disposition engageant le patrimoine de la personne protégée, ne doit pas faire l'objet d'une autorisation préalable du juge des tutelles ou du conseil de famille, le tuteur pouvant agir seul, conformément aux intérêts de l'enfant majeur. » (Rép. min. n° 28468, JOAN Q 12 mai 2009, p. 4665).

Le délai d'opposition de trois mois court à compter de la notification ou de la parution dans un journal d'annonces légales.

- **Homologation**

L'homologation de l'acte de changement de régime matrimonial demeure nécessaire, comme par le passé, lorsqu'une opposition a été formée dans les

trois mois dans les cas visés aux deuxième et troisième alinéas de l'article 1397 du Code civil, ou lorsque les époux ou l'un d'eux ont des enfants mineurs. La demande d'homologation est portée devant le Tribunal de Grande Instance de la résidence de la famille (article 1300-4 du Code de procédure civile), elle relève de la matière gracieuse, et la requête doit être accompagnée d'une copie authentique de l'acte qui modifie ou change entièrement le régime matrimonial (article 1302 du Code de procédure civile).

- **Publicité et opposabilité**

Il est fait mention de la modification sur la minute du contrat de mariage modifié (article 1397 alinéa 8 du Code civil)

Le changement a effet entre les parties à la date de l'acte ou du jugement qui le prévoit, et, à l'égard des tiers, trois mois après que mention en a été portée en marge de l'acte de mariage. Toutefois, en l'absence même de cette mention, le changement n'en est pas moins opposable aux tiers si, dans les actes passés avec eux, les époux ont déclaré avoir modifié leur régime matrimonial (article 1397 alinéa 6 du Code civil).

La mention en marge de l'acte de mariage est requise par le notaire qui adresse à l'officier d'état-civil un extrait de l'acte, et un certificat établi par lui précisant la date de réalisation des formalités d'information et de publication de l'avis dans un journal d'annonces légales, et attestant de l'absence d'opposition (article 1300-2 du Code de procédure civile).

Le notaire doit enfin publier l'acte de changement de régime matrimonial à la conservation des hypothèques, le cas échéant. Le délai de publication court à compter de l'expiration du délai de trois mois pour former opposition prévu aux deuxième et troisième alinéas de l'article 1397 du Code civil. L'acte soumis à publicité est accompagné du certificat visé à l'article 1300-2 (article 1300-3 du Code de procédure civile). Si l'acte de changement a donné lieu à homologation, le délai court à compter du jour où la décision d'homologation a acquis force de chose jugée (article 1303 du Code de procédure civile).

1.1.2 – Le pacte civil de solidarité

1.1.2.1 *Définition du PACS: contrat ou institution?*

Le PACS est avant tout un contrat par lequel deux personnes physiques, de même sexe ou de sexe opposé, s'obligent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques (article 515-4 du Code civil).

Ce contrat ne crée pas de liens de famille ni de liens d'alliance entre chacun des partenaires et la famille de l'autre.

Cependant, bien que de nature contractuelle, le PACS créée entre les partenaires un lien personnel d'une nature particulière, qui ne peut pas être limité à une simple relation contractuelle mise en place dans un but d'organisation

patrimoniale. Il relève de plus en plus de l'état des personnes, il se trouve placé dans le Code civil au livre « Des personnes ». Le PACS tend à devenir un statut, ce n'est pas un simple acte privé. Conclure un PACS, c'est consacrer une relation personnelle préexistante et affirmer devant la Société une vie de couple. La déclaration conjointe de PACS est effectuée au greffe du tribunal d'instance du lieu de résidence des partenaires et est consignée sur un registre. La conclusion d'un PACS n'est donc pas un acte d'état civil. Mais la publicité du PACS, organisée depuis la loi du 23 juin 2006, est assurée par les actes de l'état-civil : en effet, la mention du PACS est portée en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire (article 515-3-1 du Code civil). Après de nombreux débats, le législateur a écarté l'argument selon lequel une telle mention porterait atteinte au respect de la vie privée. Plus encore, il a décidé que non seulement la mention de la conclusion du PACS, mais encore l'identité du partenaire co-contractant seraient inscrites en marge de l'acte de naissance, laissant ainsi aux tiers la possibilité de connaître l'orientation sexuelle du partenaire pacsé.

Pendant un an après l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006 (soit du 1^{er} janvier 2007 au 31 décembre 2008), les nouvelles mesures en matière de publicité ne s'appliquaient qu'aux PACS conclus à compter de sa date d'entrée en vigueur (1^{er} janvier 2007) ; toutefois, les partenaires engagés dans les liens d'un PACS conclu sous l'empire de la loi du 15 novembre 1999 pouvaient faire connaître leur accord pour une publicité immédiate par déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance du lieu de son enregistrement. Passé ce délai d'un an, soit à compter du 1^{er} janvier 2008, le greffier du tribunal d'instance du lieu d'enregistrement du PACS devait adresser d'office à l'officier d'état-civil détenteur de l'acte de naissance de chaque partenaire, dans un délai maximum de six mois, un avis de mention de la déclaration de PACS ainsi que des éventuelles conventions modificatives intervenues.

Les personnes qui ont conclu un PACS postérieurement à la loi du 23 juin 2006, soit à compter du 1^{er} janvier 2007, l'ont fait en connaissance de cause et restaient libres de ne pas se pacser s'ils souhaitaient éviter de porter leur orientation sexuelle à la connaissance des tiers par l'indication de l'identité de leur partenaire. En revanche, celles engagées dans un PACS sous l'empire de l'ancienne loi, se sont ainsi vu imposer, a posteriori, une atteinte au respect de leur vie privée. Ces personnes n'avaient pour seule solution que celle de rompre leur PACS pour éviter toute publicité.

1.1.2.2 Contenu et effets du PACS

• Contenu

Article 515-1 du Code civil : « un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ».

Les parties à ce contrat peuvent donc stipuler toutes conventions ayant pour but de régir les modalités de leur vie commune, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Sur le plan patrimonial, à défaut de convention, les partenaires liés par un PACS conclu après l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 1986, soit à compter du 1^{er} janvier 2007, sont soumis au régime de la séparation de biens, qui est le « régime légal » (article 515-5 du Code civil, calqué sur l'article 1536 relatif au régime conventionnel de la séparation de biens des personnes mariées).

Les partenaires engagés dans les liens d'un PACS avant le 1^{er} janvier 2007 sont soumis au régime de l'indivision des biens, de même que ceux engagés postérieurement à cette date et ayant expressément opté pour ce régime.

- **Effets**

Article 515-4 du Code civil :

« les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproque. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives.

Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives ».

1.2 Le couple en crise – le divorce

La législation actuelle du divorce, résultant de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, est le fruit d'une lente évolution. Introduit en France par la loi du 20 septembre 1792, le divorce était alors possible en de nombreuses circonstances, y compris pour consentement mutuel. La loi, très permissive, accordait automatiquement le divorce à l'issue d'une période de six mois de séparation de fait. Le Code civil conserva l'institution tout en restreignant les causes le rendant possible.

Il fut effacé du droit français pendant la Restauration par la loi du 8 mai 1816 (loi de BONALD), puis réintroduit sous la Troisième République par la loi du 27 juillet 1884 (loi NAQUET) qui le rendit de nouveau possible, uniquement pour faute, et dans un cadre très strict. Cette sévérité fut assouplie au fil des ans, jusqu'à la loi du 2 avril 1941 qui, dans un but de réduire le nombre de divorces, interdit la faculté de divorcer pendant les trois premières années du mariage et enferma la cause le rendant possible dans un cadre plus strict. L'impossibilité triennale fut supprimée par une ordonnance du 12 avril 1945.

La loi du 11 juillet 1975, voulant adapter la réglementation du divorce à l'évolution des mœurs, vint élargir l'éventail des cas de divorce : au divorce pour faute vint s'ajouter le divorce sur requête conjointe, le divorce sur

double aveu et le divorce pour rupture de la vie commune. Cette loi innovante donna naissance à un nouveau magistrat, le juge aux affaires matrimoniales, et introduisit, dans les conséquences du divorce, la prestation compensatoire. La loi du 26 mai 2004 actuellement en vigueur conserve le pluralisme des cas de divorce, tout en simplifiant la procédure de divorce pour tendre à la rendre plus rapide et plus souple.

L'article 229 du Code civil dispose que :

« le divorce peut être prononcé en cas :

- soit de consentement mutuel,
- soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage,
- soit d'altération définitive du lien conjugal,
- soit de faute. »

Il existe ainsi quatre cas de divorce que l'on peut « ranger » dans deux catégories : celle du divorce par consentement mutuel (1) d'une part, et celle des divorces contentieux (2) d'autre part, regroupant les trois dernières causes visées à l'article 229 du Code civil, dont la procédure est commune dans sa première phase. Les débats sur la cause, les conséquences du divorce et les mesures provisoires ne sont pas publics (article 248 du Code civil). Cette disposition préserve ainsi le respect de la vie privée des époux.

Cependant, l'engagement des époux dans une procédure de divorce est susceptible de les exposer à des atteintes à leur vie privée en de multiples occasions, leur fréquence variant selon qu'il s'agit d'un divorce sur requête conjointe ou d'un divorce contentieux.

Par ailleurs, il y a tout le *non dit* : les petits arrangements financiers, qui n'apparaissent pas forcément au grand jour, ou que les futurs ex-époux ne veulent pas révéler (frais ou autre raison). Et cependant il faudra que l'ensemble du règlement du divorce ne soit pas remis en cause par le juge. Le notaire aura donc un rôle important à jouer, tout en respectant la vie privée du couple. Son habitude de ces situations lui permettra intuitivement de déceler ce non dit. Les conventions relatives au divorce et à ses conséquences devront donc être rédigées de façon que l'intrusion judiciaire ne déséquilibre pas le tout.

1.2.1 - Le divorce par consentement mutuel

Il résulte de l'article 230 du Code civil que :

« le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce. »

1.2.1.1 *Demande en divorce et comparution des parties*

L'exigence d'avoir été marié pendant au moins six mois, posée par la loi de 1975, a disparu. La demande en divorce est présentée par les avocats

respectifs des parties, ou par un avocat choisi d'un commun accord (article 250 alinéa 1 du Code civil).

Le juge aux affaires familiales, après avoir enregistré la demande de divorce, convoque les conjoints à une audience au moins quinze jours à l'avance (article 1092 du Code de procédure civile). Les époux doivent impérativement être présents. En cas d'empêchement avéré de l'un des époux, le juge peut soit délivrer une commission rogatoire prévue en cas de déplacement trop difficile ou trop onéreux, soit se déplacer personnellement auprès d'une partie qui est dans l'impossibilité de se déplacer (articles 730 et 196 du Code de procédure civile).

Conformément à l'article 250 alinéa 2 du Code civil,

« le juge examine la demande avec chacun des époux, puis les réunit. Il appelle ensuite le ou les avocats. »

1.2.1.2 Le contrôle du juge et prononcé du divorce

Conformément à l'article 232 du Code civil, le juge doit s'assurer de la volonté réelle de divorcer des époux, et vérifier que leurs intérêts et ceux de leurs enfants sont suffisamment préservés par la convention réglant les effets du divorce. Si ces deux conditions sont réunies, il homologue la convention et, par la même décision, il prononce le divorce (articles 250-1 du Code civil et 1099 alinéa 3 du Code de procédure civile).

• 1° Contrôle de la réalité du consentement

Le juge cherche à vérifier la sincérité du consentement des époux, il doit par cette audition « acquérir la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle, et que leur consentement est libre et éclairé » (article 232 du Code civil). Les motifs ayant conduit les époux à demander le divorce ne sont pas pris en considération et n'ont pas à être exposés au juge. Seule compte la volonté de divorcer, peu importent les raisons à l'origine de la demande.

• 2° Contrôle de la convention

Le juge examine également le contenu de la convention des époux réglant les conséquences du divorce :

- tant sur le plan patrimonial : pension alimentaire due aux enfants, existence ou non d'une prestation compensatoire, conditions de sa révision, sort des donations et avantages matrimoniaux, liquidation du régime matrimonial et conditions du partage,

- que sur le plan familial : usage par l'épouse du nom de son ex-mari, lieu de résidence de chacun et attribution définitive du logement familial, conditions d'exercice de l'autorité parentale et lieu de résidence des enfants.

Les époux disposent d'une grande liberté pour organiser dans cette convention la conséquence de leur divorce. La mission du juge est de veiller qu'elle respecte leurs intérêts respectifs et ceux de leurs enfants. Le juge pourra

refuser de l'homologuer et par conséquent, refuser de prononcer le divorce, « s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux » (article 232 alinéa 2 du Code civil).

Le juge attire l'attention des époux sur l'importance des engagements pris par eux, notamment quant à l'exercice de l'autorité parentale. Il peut faire supprimer ou modifier les clauses de la convention qui lui paraîtraient contraires à l'intérêt des enfants ou de l'un des époux, avec l'accord des parties et en présence du ou des avocats. Une circulaire du 23 novembre 2004 précise que dans l'hypothèse d'une modification de la teneur de la convention au cours de l'audience, une attention toute particulière doit être appelée sur la concordance des termes entre la convention modifiée et l'acte liquidatif éventuellement joint. S'il s'agit d'un acte notarié, le prononcé du divorce ne peut intervenir qu'après la mise en conformité de cet acte par le notaire, ce qui implique que le juge devra laisser un délai aux parties pour faire modifier la convention, et ne pourra l'homologuer qu'une fois la modification effectuée.

Si le juge estime que les intérêts des enfants ou de l'un des époux ne sont pas suffisamment préservés, il peut refuser d'homologuer la convention, et, par suite, de prononcer le divorce. Il rend une ordonnance d'ajournement qui précise les conditions ou garanties auxquelles seront subordonnés l'homologation de la nouvelle convention et le prononcé du divorce (article 1100 du Code de procédure civile). Cette ordonnance précise également les mesures provisoires que les parties s'accordent à prendre, à condition que ces dispositions soient conformes à l'intérêt des enfants (article 250-2 du Code civil). Pour permettre aux parties de mettre au point ces mesures provisoires, il peut accorder une suspension d'audience : ce n'est pas le juge, en effet, qui décide des mesures provisoires, mais les époux, qui doivent pour ce faire pouvoir disposer de temps pour convenir de leur teneur. Les époux disposent ensuite d'un délai de six mois pour présenter au juge une nouvelle convention.

1.2.1.3 Indivisibilité du divorce et de la convention homologuée

• 1° Le principe

Le prononcé du divorce et l'homologation de la convention ont un caractère indissociable. Par conséquent, la convention réglant les effets du divorce ne peut plus être remise en cause postérieurement au prononcé du divorce pour motif de rescision pour lésion, vice du consentement, ou atteinte à la vie privée.

Ainsi, une ex-épouse n'a pas pu invoquer la nullité d'une clause, comme portant atteinte à sa vie privée, prévoyant le versement d'une soulte à son ex-mari, uniquement dans le cas où elle ne vivrait plus seule dans l'immeuble commun qui lui avait été attribué aux termes de la convention. Son ex-mari a pu exiger le paiement de la soulte prévue par la convention après avoir fait constater que son ex-épouse vivait avec un tiers (Cass. 2^e civ. 2 avril 1997).

Il convient de préciser que la licéité de la clause de remariage-concubinage assortissant la durée de versement de la prestation compensatoire est désormais admise dans le cadre du divorce par consentement mutuel. En effet, l'article 278 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 26 mai 2004, dispose que les époux :

« peuvent prévoir que le versement de la prestation cessera à compter de la réalisation d'un événement déterminé ». *Le remariage ou le concubinage font partie de ces événements* (Répertoire Civil, Dalloz, Divorce 1°, n° 430, Elisabeth Fortis, professeur à l'Université de Paris X – Nanterre).

De même, il serait licite de prévoir, par exemple, que le versement de la prestation compensatoire cessera :

- concernant le débiteur : en cas d'invalidité, licenciement, départ en retraite...
- concernant le créancier : en cas de remariage, concubinage, fin de chômage, extinction d'un usufruit permettant au créancier nu-propriétaire d'encaisser un revenu qui, à l'époque du divorce, lui échappait...

• 2° Atténuations

L'article 279 alinéa 2 du Code civil prévoit que la convention peut être modifiée par une nouvelle convention entre les ex-époux, également soumise à homologation.

Par ailleurs, les époux ont la faculté de prévoir dans la convention :

« que chacun d'eux pourra, en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties, demander au juge de réviser la prestation compensatoire. » (article 279 alinéa 3 du Code civil)

En tout état de cause, à défaut d'accord entre les ex-époux pour soumettre au juge une nouvelle convention soumise à homologation, ou s'ils n'ont pas prévu dans la convention la possibilité de solliciter une révision de la prestation compensatoire en cas de changement important dans leurs ressources ou leurs besoins, il reste possible de demander une révision de la prestation compensatoire dans les cas suivants :

– lorsque la prestation compensatoire consiste en un versement de capital étalé sur une période maximum de 8 années, le débiteur, en cas de changement important de sa situation, peut demander le versement du capital sur une durée totale supérieure à 8 ans ; le débiteur peut également se libérer à tout moment du solde du capital indexé (article 275 du Code civil) ;

– lorsque la prestation compensatoire a été fixée sous forme d'une rente, elle peut être révisée, suspendue ou supprimée en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties (article 276-3 du Code civil) ;

– lorsque la prestation compensatoire a été fixée sous forme d'une rente, son débiteur peut à tout moment saisir le juge d'une demande de substitution

d'un capital, le créancier peut former la même demande s'il établit qu'une modification de la situation du débiteur permet cette substitution (article 276-4 du Code civil).

D'autre part enfin, le décès de l'un des ex-époux aura pour conséquence de modifier les stipulations de la convention concernant le paiement de la prestation compensatoire, sauf si les époux en ont disposé autrement aux termes mêmes de la convention. Ainsi, à défaut de stipulation contraire dans la convention réglant les effets du divorce, ou à défaut de décision contraire des héritiers, les principes suivants, résultant des articles 280 à 280-2 du Code civil, sont applicables :

- quelle que soit sa forme, le paiement de la prestation compensatoire est prélevé sur la succession, dans la limite de l'actif successoral, et en cas d'insuffisance, par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émolument,

- si la prestation a été fixée sous forme d'un capital payable à terme (maximum huit ans, article 275 du Code civil), le solde du capital indexé devient immédiatement exigible,

- si la prestation a été fixée sous forme d'une rente, il lui est substitué un capital immédiatement exigible,

- les pensions de réversion éventuellement versées du chef du conjoint décédé sont déduites de plein droit du montant de la prestation compensatoire, lorsque celle-ci, au jour du décès, prenait la forme d'une rente.

1.2.2 – Les divorces contentieux

La loi du 26 mai 2004 organise trois types de divorces contentieux pour lesquels le juge aura à trancher un litige, portant soit sur la cause du divorce, soit sur ses conséquences. Il s'agit :

- du divorce accepté,
- du divorce pour altération définitive du lien conjugal,
- du divorce pour faute.

La loi nouvelle a atténué la frontière entre divorce par consentement mutuel et divorces contentieux en permettant, dans les divorces contentieux, la conclusion de conventions portant sur la liquidation de leur régime matrimonial et sur les conséquences du divorce, soumises à l'homologation du juge (article 268 du Code civil). Les règles de procédure applicables de la requête initiale à l'assignation sont communes aux trois divorces contentieux.

1.2.2.1 Des règles de procédure communes jusqu'à l'assignation

• 1° La requête initiale

Le débat sur les causes du divorce n'apparaît qu'après l'assignation en divorce. Dès lors, la requête initiale ne doit pas en faire mention.

L'article 251 du Code civil dispose que « l'époux qui forme une demande en divorce présente, par avocat, une requête au juge, sans indiquer les motifs du divorce ». La requête initiale précise les mesures provisoires sollicitées par l'époux demandeur (article 1106 du Code de procédure civile).

L'article 257 du Code civil lui permet également de demander des mesures d'urgence :

« le juge peut prendre, dès la requête initiale, des mesures d'urgence. Il peut à ce titre, autoriser l'époux demandeur à résider séparément, s'il y a lieu avec ses enfants mineurs. Il peut aussi, pour la garantie des droits d'un époux, ordonner toutes mesures conservatoires telles que l'apposition de scellés sur les biens communs. Les dispositions de l'article 220-1 et les autres sauvegardes instituées par le régime matrimonial demeurent cependant applicables. »

En cas de violences conjugales mettant en danger le conjoint, un ou plusieurs enfants, l'article 220-1 du Code civil permet au juge d'attribuer au conjoint demandeur la jouissance du logement conjugal, de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution aux charges du mariage. L'époux qui sollicite des mesures d'urgence doit se présenter en personne lors du dépôt de sa requête (article 1106 du Code de procédure civile). Le juge statue sur les mesures urgentes sans avoir entendu l'époux défendeur. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours (article 1107 du Code de procédure civile).

• 2° L'audience de conciliation

Contrairement à ce que cette terminologie peut évoquer, le but de cette audience n'est pas de réconcilier les époux et de les faire renoncer à l'idée du divorce, mais plutôt, selon les termes de l'article 252 du Code civil, de « concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences ». Il doit amener les époux à s'accorder sur la procédure qu'ils vont adopter et tenter de leur faire établir un consensus sur les conséquences du divorce.

L'époux défendeur est convoqué à une audience de conciliation par lettre recommandée avec avis de réception et par lettre simple, au moins quinze jours avant la date fixée, accompagnée d'une copie de l'ordonnance fixant l'audience et d'une notice d'information sur le déroulement de l'audience. Cette lettre de convocation précise en outre à son destinataire qu'il doit se rendre à l'audience en personne, seul ou assisté d'un avocat, l'assistance d'un avocat étant obligatoire pour accepter, lors de l'audience, le principe de la rupture du mariage (article 1108 du Code de procédure civile). Le greffe avise l'avocat de l'époux qui a engagé la procédure.

Le juge entend personnellement chacun des époux séparément, puis les réunit en sa présence. Les avocats sont ensuite appelés à assister et à participer à l'entretien. Si l'époux qui n'a pas formé la demande ne se présente pas à

l'audience ou se trouve hors d'état de manifester sa volonté, le juge s'entretient avec l'autre conjoint et l'invite à la réflexion (article 252-1 du Code civil).

Les causes du divorce ne pouvant pas être évoquées dans la première phase de la procédure, l'article 252-4 du Code civil précise que :

« ce qui a été dit ou écrit à l'occasion d'une tentative de conciliation, sous quelque forme qu'elle ait eu lieu, ne pourra pas être invoqué pour ou contre un époux ou un tiers dans la suite de la procédure. »

Cette disposition a pour finalité d'éviter que les faits évoqués lors de la tentative de conciliation ne soient repris ultérieurement pour justifier une demande en divorce pour faute. Dans le même esprit, le juge doit inciter les époux à régler les conséquences du divorce à l'amiable lorsqu'il constate que le demandeur maintient sa demande (article 252-3 du Code civil).

L'ordonnance de non conciliation est susceptible d'appel dans les quinze jours de sa notification, mais seulement quant à la compétence et aux mesures provisoires (article 1112 du Code de procédure civile).

• 3° Les mesures provisoires

Lors de l'audience de conciliation, le juge prescrit, en considération des accords éventuels des époux, les mesures nécessaires pour assurer leur existence et celle des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée (article 254 du Code civil). Il peut notamment, en vertu de l'article 255 du Code civil :

- Proposer aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder. La médiation pourra porter sur le choix du type de divorce, sur les accords concernant les conséquences patrimoniales ou familiales du divorce.

- Enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation. Le but n'est pas d'obliger les conjoints d'avoir recours à la médiation, mais de les informer de son utilité, dans l'espoir qu'ils consentiront à y avoir recours.

- Statuer sur les modalités de la résidence séparée des époux.

- Attribuer à l'un d'eux la jouissance du logement et du mobilier du ménage ou partager entre eux cette jouissance, en précisant son caractère gratuit ou non et, le cas échéant, en constatant l'accord des époux sur le montant d'une indemnité d'occupation.

En vertu de la jurisprudence, l'indemnité est due à compter de la date de l'assignation en divorce, date à laquelle le divorce prend effet dans les rapports patrimoniaux des époux. Cependant, le juge peut en décider autrement dans l'ordonnance de non-conciliation. Il peut en effet décider que l'époux attributaire du logement familial sera redevable d'une indemnité, même pour la période antérieure à l'ordonnance de non conciliation si les époux étaient

déjà séparés de fait. Le montant de l'indemnité d'occupation ne peut être fixé par le juge qu'en cas d'accord des époux. Il ne peut pas se substituer à eux. A défaut d'accord, l'ordonnance ne pourra que préciser le caractère onéreux de la jouissance du logement familial, sans fixer le montant de l'indemnité.

Si les époux résident encore ensemble à l'époque de l'ordonnance, le juge fixe un délai pour quitter les lieux à l'époux non attributaire du logement. A l'issue de ce délai, il pourra faire l'objet d'une expulsion par recours aux forces de police.

- Ordonner la remise des vêtements et objets personnels.
- Fixer la pension alimentaire et la provision pour frais d'instance que l'un des époux devra verser à son conjoint, désigner celui ou ceux des époux qui devront assurer le règlement provisoire de tout ou partie des dettes.
- Accorder à l'un des époux des provisions à valoir sur ses droits dans la liquidation du régime matrimonial si la situation le rend nécessaire.
- Statuer sur l'attribution de la jouissance ou de la gestion des biens communs ou indivis autres que le logement et le mobilier du ménage, sous réserve des droits de chacun des époux dans la liquidation du régime matrimonial.
- Désigner tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux.
- Désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager.

S'agissant des mesures provisoires concernant les enfants mineurs, les règles ordinaires relatives à l'autorité parentale s'appliquent. Sauf motif grave, l'autorité parentale ainsi que l'administration légale continueront à être exercées par les deux parents. Le juge statue sur le lieu de résidence des enfants : au domicile de l'un des deux parents, ou en alternance au domicile de chacun des parents. Le juge peut ordonner une enquête sociale ou une enquête médico-psychologique s'il s'estime insuffisamment informé, ou si l'un des conjoints la demande (article 1072 du Code de procédure civile), afin d'obtenir des informations sur les conditions matérielles et morales d'accueil des enfants par chaque parent. Le juge peut aussi décider d'auditionner l'enfant afin de recueillir son avis, dès lors qu'il est capable de discernement (article 388-1 du Code civil et articles 338-1 à 12 du Code de procédure civile). L'audition peut également être demandée par les parents ou par l'enfant mineur lui-même. Dans ce dernier cas, l'audition est de droit, sauf si le juge estime que l'enfant n'est pas capable de discernement.

Les mesures provisoires sont exécutoires de droit à titre provisoire (article 1074-1 du Code de procédure civile). Elles sont susceptibles d'appel dans le délai de quinze jours à compter de la signification de l'ordonnance

de non conciliation (article 1112 du Code de procédure civile), mais ne peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation en raison de leur caractère provisoire, ni de recours en révision car leur modification peut toujours être demandée. L'article 1118 du Code de procédure civile prévoit en effet que :

« en cas de survenance d'un fait nouveau, le juge peut, jusqu'au dessaisissement de la juridiction, supprimer, modifier ou compléter les mesures provisoires qu'il a prescrites. »

Sauf modification, les mesures provisoires s'appliquent « jusqu'à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée » (article 254 du Code civil). Elles tombent automatiquement si l'instance n'est pas introduite dans un délai de trente mois suivant le prononcé de l'ordonnance de non conciliation (article 1113 du Code de procédure civile), et ce délai n'est pas prolongé en cas d'appel.

1.2.2.2 Les règles de procédure applicables de l'assignation jusqu'au prononcé du divorce

Le choix du cas de divorce intervient après l'achèvement de la première phase de procédure s'étendant de la requête initiale à l'ordonnance de non conciliation. Les époux vont devoir opter pour un divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal, ou pour faute. Cependant, si lors de l'ordonnance de non conciliation, les époux ont accepté le principe de la rupture du mariage et le prononcé du divorce sur le fondement de l'article 233 du Code civil, l'instance ne peut être engagée que sur ce fondement (articles 257-1 alinéa 2 du Code civil et 1123 du Code de procédure civile). Au cours des trois mois qui suivent l'ordonnance de non conciliation, seul l'époux qui a déposé la requête initiale peut assigner (article 1113 du Code de procédure civile). Passé ce délai, l'assignation sera délivrée par l'époux le plus diligent. L'autre époux peut déposer une demande dite « reconventionnelle », sur l'un des trois cas de divorce contentieux. Si les époux s'accordent sur le choix d'un divorce pour altération définitive du lien conjugal, ils saisissent le juge par requête conjointe.

Quelle que soit la procédure choisie, la demande en divorce ne sera recevable que si elle comporte une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux (article 257-2 du Code civil).

D'autre part, les époux peuvent conclure, pendant l'instance en divorce, une convention de liquidation de leur régime matrimonial (article 265-2 du Code civil). Cette faculté est la reprise, pour tout type de régime matrimonial, de l'ancien article 1450 du Code civil qui ne concernait que le régime de la communauté. Sous l'empire de la nouvelle loi, lorsque les époux sont mariés sous un régime de communauté, le premier alinéa de l'article 1451 du Code civil dispose que :

« les conventions passées en application de l'article 265-2 sont suspendues, quant à leurs effets, jusqu'au prononcé du divorce ; elles ne peuvent être exécutées, même dans les rapports entre époux, que lorsque le jugement a pris force de chose jugée. »

A contrario, on en déduit que si les époux sont mariés sous un régime séparatiste, la convention peut prendre effet immédiatement. Cette convention de liquidation anticipée n'est pas, contrairement à la convention de divorce par consentement mutuel, soumise à homologation. Elle est communiquée au juge afin que celui-ci ait une connaissance complète du dossier et de toutes les données relatives aux conséquences du divorce convenues par les époux. Néanmoins, il n'a pas la possibilité d'exiger une modification sur tel ou tel point. Dans la mesure où la convention prend effet immédiatement dans le cas d'époux mariés sous un régime de séparation de biens ou de participation aux acquêts, puisque le premier alinéa de l'article 1451 ne leur est pas applicable, il sera dans certains cas préférable de reporter les effets de la convention à la date du jugement divorce, ou d'assortir la convention d'une condition suspensive du prononcé du divorce.

Par ailleurs, la mise au point de la liquidation du régime matrimonial fait partie d'une négociation globale des conséquences du divorce qui, dans l'esprit des époux, forme un tout indissociable. Tel époux renoncera peut-être dans l'état liquidatif, à une récompense que lui doit la communauté, ou à une créance à l'encontre de son conjoint, eu égard à la prestation compensatoire qu'il espère recevoir. Or, c'est le juge qui statue en dernier lieu sur le principe et sur le montant de cette prestation. Aussi, l'équilibre global peut se trouver remis en cause par une décision du juge, au sujet de cette prestation, qui serait contraire à l'accord des parties. Afin d'éviter un bouleversement des conséquences du divorce, contraire à la volonté initiale des parties, ne serait-il pas possible que les époux subordonnent leur accord relatif à la liquidation du régime matrimonial à un plancher, ou au contraire à un plafond concernant la prestation compensatoire ? Ainsi, tel époux accepterait de payer une soulte de X euros, sous la condition expresse que la prestation compensatoire qu'il doit par ailleurs n'excède pas telle somme. A l'inverse, tel époux accepte de « se contenter » d'une soulte de X euros, à condition de recevoir une prestation compensatoire d'un montant minimum de X euros.

Dans le même ordre d'idée, il pourra également être judicieux de prévoir que l'intégralité des engagements pris par les époux dans la convention est subordonnée à son homologation par le juge.

Il conviendra alors d'établir la convention de liquidation du régime matrimonial sur le fondement de l'article 268 du Code civil, lequel dispose que :

« les époux peuvent, pendant l'instance, soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant **tout ou partie** des conséquences du divorce. Le juge, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue les conventions en prononçant le divorce » (article 268 du Code civil).

Il s'agira en ce cas du même type de convention que celle conclue dans le cadre d'une procédure de divorce par consentement mutuel. Ce type de convention peut être établi tant pour la liquidation du régime matrimonial que pour fixer le montant de la prestation compensatoire (voir article 279-1 du Code civil renvoyant à l'article 268).

La convention établie sur le fondement de l'article 268 du Code civil sera ainsi particulièrement utile lorsque la liquidation du régime matrimonial et la fixation de la prestation compensatoire sont intimement liées.

Il convient enfin de préciser, s'agissant particulièrement des régimes communautaires, que « l'un des époux peut demander que le jugement de divorce modifie la convention si les conséquences du divorce fixées par ce jugement remettent en cause les bases de la liquidation et du partage » (article 1451 alinéa 2 du Code civil).

La demande de modification de la convention de liquidation anticipée prévue par l'article 1451 alinéa 2 du Code civil ne concerne, en raison de sa position dans le Code civil, que les conventions concernant la liquidation d'un régime matrimonial de communauté de biens. Cette demande de modification n'est possible que si le jugement de divorce, statuant sur ses conséquences, remet en cause les bases de la liquidation-partage. Il n'est pas possible de demander une révision générale de l'accord intervenu. Ainsi par exemple, le juge pourrait mettre à la charge de l'un des époux une prestation compensatoire le contraignant, par manque de liquidités ou de possibilités de recours au crédit, de vendre un bien reçu dans la convention de partage. En ce cas, l'époux débiteur pourra demander au juge la modification de la convention afin que le bien à lui initialement attribué, qu'il va devoir vendre pour s'acquitter de la prestation compensatoire, soit plutôt attribué à son conjoint, contrairement aux prévisions initiales du contrat.

Cependant, si la demande de modification est accueillie favorablement par le juge, elle risque de mécontenter l'autre ex-conjoint. Là encore, le recours à une convention de l'article 268 du Code civil s'avèrera particulièrement utile. En effet, la volonté des deux parties préside à sa conclusion. Par la suite, soit le juge l'homologue, soit au contraire il refuse de l'homologuer, de sorte que, ce dernier cas échéant, les époux devront à nouveau se rapprocher pour trouver une nouvelle entente, d'un commun accord. Ce procédé évitera une demande de modification unilatérale sur les bases de l'article 1451 deuxième alinéa 2.

Précisons enfin que les parties peuvent choisir de changer de procédure à tout moment, en première instance ou en appel.

Ils pourront ainsi passer :

- d'un divorce pour acceptation du principe de la rupture, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, à un divorce par consentement mutuel (article 247 du Code civil),
- d'un divorce pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, à un divorce pour acceptation du principe de la rupture (article 247-1 du Code civil).

• **1° Le divorce sur acceptation du principe de la rupture du mariage**

Ce type de divorce, prévu par l'article 229 alinéa 3 du Code civil, peut être comparé à l'ancien divorce « sur demande acceptée », encore appelé divorce « sur double aveu ». Cependant, ce type de divorce reposait sur la reconnaissance mutuelle par les deux époux des faits rendant intolérables le maintien de la vie commune.

Sous l'empire de la loi du 26 mai 2004, nulle mention n'est faite aux causes du divorce. Il suffit que le juge constate l'accord des époux sur le principe du divorce, sans considération de l'origine des faits à l'origine de la rupture du mariage. Le débat ne portera que sur les conséquences du divorce.

L'acceptation du principe de la rupture du mariage peut intervenir :

a) Au cours de la tentative de conciliation : les époux doivent en ce cas être chacun assistés d'un avocat. L'accord est consigné dans un procès-verbal établi par le juge, signé par les époux et leurs avocats, lequel procès-verbal sera annexé à l'ordonnance de non conciliation. Cet accord est définitif et n'est pas susceptible d'appel.

b) Après l'ordonnance de non conciliation et avant l'assignation : les époux déposent alors une requête conjointe, à laquelle ils annexent une déclaration écrite et signée, manifestant l'accord de chacun quant à l'acceptation du principe du divorce.

c) Après l'assignation : les époux doivent alors produire des conclusions concordantes et y annexer une déclaration écrite et signée, manifestant leur accord.

Si le juge est convaincu que chaque époux a donné librement son accord, il prononce le divorce et statue sur ses conséquences (article 234 du Code civil). Le jugement n'est susceptible d'appel qu'en ce qui concerne les conséquences du divorce.

• **2° Divorce pour altération définitive du lien conjugal**

Ce type de divorce, prévu par l'article 229 alinéa 4 du Code civil, s'apparente à l'ancien divorce « pour rupture de la vie commune » lequel, innovation de la loi de 1975, avait été comparé, avec excès, à la répudiation. Sous l'empire

de l'ancienne loi, le demandeur devait justifier d'une séparation de fait, ou d'une altération des facultés mentales de son conjoint, de plus de six ans, et le prix de sa « libération » consistait à assumer toutes les conséquences matérielles du divorce.

Le nouveau divorce pour altération définitive du lien conjugal continue de permettre à un époux d'obtenir le divorce alors que son conjoint n'y consent pas et n'a commis aucune faute. Contrairement à ce qui était prévu dans l'ancien divorce pour rupture de la vie commune, le devoir de secours cesse dès le prononcé du divorce, le demandeur n'a plus à supporter seul les conséquences du divorce, et le défendeur ne peut plus s'y opposer au motif que le prononcé du divorce aurait pour lui des conséquences d'une exceptionnelle dureté. Il peut néanmoins demander des dommages et intérêts s'il subit des conséquences d'une particulière gravité du fait de la dissolution du mariage (article 266 du Code civil).

L'altération définitive du lien conjugal peut être invoquée dès l'assignation ou en cours d'instance, à titre principal ou à titre reconventionnel. Si, en réponse à une assignation en divorce pour altération définitive du lien conjugal, le défendeur forme une demande reconventionnelle en divorce pour faute, le demandeur peut également invoquer les fautes de son conjoint pour modifier le fondement de sa demande (article 247-2 du Code civil).

L'altération définitive du lien conjugal résulte de deux hypothèses évoquées par les articles 238 et 247-2 du Code civil :

a) La cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce. La séparation doit être effective au moment de l'assignation, par conséquent la requête initiale peut être déposée antérieurement à l'expiration de la période de deux ans prévue par la loi. Cette séparation doit être effective, les époux ne doivent plus cohabiter. Elle doit être continue : une réconciliation et une reprise de la vie commune au cours de cette période interrompent le délai.

b) Si le demandeur a été débouté d'une demande en divorce pour faute, et si le défendeur dépose une demande reconventionnelle en divorce pour altération définitive du lien conjugal (article 246 auquel renvoie l'article 238 du Code civil). En ce cas, aucune condition de durée de la séparation de fait n'est exigée.

La séparation doit être effective, matérielle.

Notons qu'il ne sera pas toujours aisé de rapporter la preuve de la séparation dans la mesure où l'article 108 du Code civil précise que « le mari et la femme peuvent avoir un domicile distinct sans qu'il soit pour autant porter atteinte aux règles relatives à la communauté de la vie ». Ainsi, ne pas vivre sous le même toit ne signifie pas automatiquement que les époux sont

séparés. Le juge devra s'attacher à rechercher si en réalité les époux ont manifesté la volonté de mettre fin à leur vie commune, révélant ainsi leur volonté de rupture, et si leur séparation, en plus d'être géographique, est également affective.

La recherche de la preuve est d'autant plus difficile que l'article 252-4 du Code civil interdit d'invoquer dans la suite de la procédure ce qui a été dit ou écrit à l'occasion d'une tentative de conciliation. De même, si le juge a ordonné une enquête sociale, l'article 373-2-12 du Code civil précise que celle-ci ne peut être utilisée dans le débat sur la cause du divorce.

L'article 259 du Code civil indique que les faits invoqués en tant que causes de divorce ou comme défense à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l'aveu.

A défaut de preuve matérielle et tangible, telle qu'un certificat de concubinage, le fait d'avoir deux domiciles n'étant pas en soit révélateur d'une séparation, et à défaut d'aveu, l'époux qui allègue une séparation prolongée pourra avoir recours au témoignage. L'avocat sollicite généralement la production d'attestations émanant du cercle familial ou de personnes proches, étant précisé que les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux (article 259 alinéa 2). La jurisprudence étend cette interdiction aux enfants nés d'un premier lit, aux conjoints des descendants, même divorcés, et aux concubins des descendants.

L'avocat pourra également orienter son client vers un agent de recherche privée (dont la profession est désormais régie par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003), lequel établira un rapport de ses constatations objectives, laissant entrevoir la réalité de la séparation.

Ces modes de preuve pourront également être utilisés pour démontrer la faute, dans le cadre d'une procédure de divorce pour faute.

• 3° Divorce pour faute

1) La définition de la faute

L'article 242 du Code civil dispose que « le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune. »

La gravité d'un seul fait suffira à justifier une demande en divorce pour faute, tandis que des agissements légers ne pourront constituer une faute qu'en raison de leur fréquence et de leur répétition.

Le ou les faits reprochés doivent avoir été accomplis pendant le mariage, mais le juge pourra retenir des faits antérieurs au mariage, dès lors que l'auteur les aura sciemment cachés, s'il est établi que l'autre conjoint ne se serait pas engagé dans les liens du mariage s'il en avait eu connaissance.

De même, la faute peut résulter d'un comportement postérieur à la rupture de la vie commune, et même concomitant à la procédure de divorce, après le prononcé de l'ordonnance de non conciliation, les devoirs et obligations nés du mariage ne prenant fin qu'à la dissolution du mariage.

La syntaxe de l'article 242 du Code civil impose le cumul d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage imputables à l'un des conjoints, et le caractère intolérable du maintien de la vie commune. Néanmoins, la jurisprudence récente de la Cour de cassation n'exige plus des juges du fond qu'ils procèdent à une vérification poussée du cumul des deux critères constitutifs de la faute (Cass. 1^{re} civ. 11 janvier 2005 – 5 arrêts).

L'appréciation du caractère fautif des griefs reprochés relève de l'appréciation souveraine du juge, et il est vain de donner une définition précise de la faute. Sa définition résulte certes d'un fait objectif, mais il convient de l'apprécier dans un contexte propre à celui des époux. En considération d'un fait déterminé, la solution et la qualification de faute pourra varier en fonction du milieu dont sont issus les époux, de leur origine socio-culturelle, de leurs habitudes passées, d'une permissivité plus ou moins grande de leur mode de vie, de leur connivence éventuelle...

La plupart des cas évoqués devant les tribunaux relève cependant de la violation des devoirs fondamentaux du mariage : l'obligation de vie commune, les devoirs de secours et d'assistance, la fidélité et le respect du conjoint.

Nous citerons ici pêle-mêle divers exemples, en précisant qu'ils ne sont pas en eux-mêmes constitutifs d'une faute : une relation adultérine, une amitié envahissante, une relation dévorante avec la belle-famille de celui qui s'en estime victime, une pratique religieuse excessive, la privation de liberté et d'initiative, la gestion exclusive de l'argent du ménage, une addiction à l'alcool, à une drogue ou au jeu, une attitude brutale et autoritaire, humiliante, vexatoire, méprisante, offensante, la violence et les coups et blessures, une pratique excessive du sport, des absences inopinées, prolongées et non expliquées, la non recherche de travail, des pratiques sexuelles « non conformistes », les excès sexuels ou au contraire le refus de toute relation sexuelle, l'homosexualité, le transsexualisme, la conception d'un enfant malgré le refus du conjoint, des dépenses exorbitantes eu égard aux revenus du ménage, une cupidité excessive, le refus pour la femme de suivre son mari muté à l'étranger, le déplacement autoritaire du domicile conjugal, l'absence d'hygiène et de soins, le refus de soigner une maladie, ...

La liste pourrait continuer à l'infini. Notons, pour l'anecdote, que le fait de ne pas aimer sa femme n'est pas une faute (Cass. 2^e civ., 2 février 1972).

2) La réconciliation efface la faute

L'article 244 alinéa 1 du Code civil dispose que « la réconciliation des époux intervenue depuis des faits allégués empêche de les invoquer comme cause de divorce. » Lorsque l'époux victime d'une faute a accordé son pardon, il ne peut plus arguer de cette faute comme motif de divorce. Le juge doit tenter d'apprécier si l'époux qui pardonne est sincère, que son pardon n'est pas feint ni causé par une motivation autre qu'une réelle volonté de pardon (cupidité, crainte de violences, volonté de protéger les enfants...). Par ailleurs, l'époux pardonné doit de son côté avoir accepté le pardon et tenté sincèrement de modifier la conduite qui lui était reprochée. La réconciliation peut être prouvée par tous moyens. Le troisième alinéa de l'article 244 du Code civil précise que :

« le maintien ou la reprise temporaire de la vie commune ne sont pas considérés comme une réconciliation s'ils ne résultent que de la nécessité ou d'un effort de conciliation ou des besoins de l'éducation des enfants. »

S'il estime que la réconciliation était réelle, le juge déclare alors la demande irrecevable. Une nouvelle demande peut cependant être formée en raison de faits survenus ou découverts depuis la réconciliation, les faits anciens pouvant alors rappelés à l'appui de cette nouvelle demande (article 244 alinéa 2).

3) La faute peut être excusable

Le juge peut estimer que la faute alléguée est excusable, soit en raison de particularités inhérentes à son auteur (troubles de la personnalité, maladie, traumatismes psychiques...), soit en raison de l'environnement du couple (les injures d'un conjoint sont excusables par la présence de la belle-mère au foyer!), soit en raison de fautes émanant de l'époux qui se prétend victime (ainsi, on ne saurait reprocher un adultère à un époux abandonné par son conjoint antérieurement).

4) La preuve de la faute

C'est sur le terrain de la recherche de la preuve de la faute que les risques de violation de la vie privée sont les plus importants. Conformément à l'article 259 du Code civil, la preuve de la faute est rapportée par tous moyens, y compris l'aveu. Le témoignage écrit, sous forme d'attestations, est d'un usage fréquent. La loi prohibe cependant, ainsi qu'il a été évoqué plus haut, le témoignage des descendants, y compris le témoignage indirect des enfants (le fait de rapporter leurs propos), l'interdiction s'étendant à la correspondance des enfants. Rappelons qu'un rapport d'enquête sociale ne peut pas être utilisé (article 373-2-12), ni les déclarations ou écrits lors de l'audience de conciliation (article 252-4). Un certificat médical attestant de blessures résultant de coups ne constitue pas une preuve suffisante, puisqu'il ne permet pas de déterminer l'identité de

l'auteur. Les éléments de preuve obtenus par violence ou par fraude ne peuvent pas être versés aux débats (article 259-1 du Code civil).

Concernant les lettres missives, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé dans un arrêt du 13 mai 2008 que l'ingérence que constitue la production d'une correspondance n'était pas, sauf entrée en possession irrégulière de ladite correspondance, disproportionnée au but poursuivi. Le principe d'inviolabilité de la correspondance ne s'applique pas en matière de divorce, sauf si l'époux qui verse des courriers au débat les a obtenus par fraude. Ainsi, des lettres missives qu'un époux se serait procurées en les interceptant avant qu'elles ne soient parvenues à son conjoint ne pourraient pas constituer une preuve régulière, puisqu'une telle captation serait constitutive d'une infraction de suppression de correspondance.

Les courriels sont, depuis la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information, assimilés comme du courrier papier (article 1316-3 du Code civil). La jurisprudence a assimilé les SMS (short message service) émis par téléphone portable aux courriers électroniques (Cass. 1^{re} civ., 17 juin 2009). Pour qu'un sms puisse constituer une preuve, il sera constaté par un huissier qui devra interroger l'opérateur, sur autorisation du juge.

La possession d'un document strictement personnel comme un journal intime, constitue une violation de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, hormis l'hypothèse d'une remise volontaire par son auteur (TGI Caen, ord. JAF, 9 juin 2000). La solution est identique s'agissant de photographies ou de cassettes vidéo. Les enregistrements faits à l'insu de leur auteur sont irrecevables, il s'agirait d'écoutes clandestines que l'huissier ne pourrait valablement retranscrire. Cependant, cette règle ne vaut que pour les conversations téléphoniques, mais non pour les messages laissés sur un répondeur.

La preuve de la fraude incombe à l'époux qui en est victime : c'est à l'époux destinataire de la lettre qu'il appartient de rapporter la preuve de l'appréhension frauduleuse par son conjoint (Cass. civ. 28 avril 1949 - Cass. 2^e civ., 29 mars 1966) ; en matière de courriels, c'est à l'époux qui prétend que son conjoint a détourné son code secret d'accès à sa messagerie personnelle et reproduit sa correspondance sur son imprimante à son insu, d'en apporter la preuve. L'époux qui se borne à prétendre que son conjoint lui a dérobé son journal intime doit en apporter la preuve (Cass. 2^e civ., 6 mai 1999). Certaines décisions refusent cependant de tenir compte d'un journal intime, estimant que ce type de document est par nature personnel, non destiné à être lu par une personne autre que son auteur, et qu'il n'a pu être porté à la connaissance du conjoint que de façon déloyale (CA Paris 9 septembre 1999).

Il arrive que les avocats concluent en se fondant sur le rapport d'un agent de recherche privée, dont l'activité est désormais encadrée par la loi. Le rapport du détective doit être objectif, les moyens apportés proportionnés et légaux. Le rapport, employé comme moyen de preuve, fait foi s'il respecte les obligations d'objectivité, de proportionnalité et de légalité des moyens d'investigation utilisés.

Le recours au constat d'huissier est lui aussi fréquent, notamment pour constater l'adultère. C'est la force probante d'un acte authentique qui est recherchée dans le recours à l'huissier. Un constat peut être effectué par l'huissier dans un lieu public, il requiert en revanche l'autorisation de l'occupant des lieux et/ou du juge pour être valablement opéré dans un lieu privé.

5) l'intérêt de rapporter la preuve de la faute

Le prononcé du divorce aux torts exclusifs n'a plus de conséquence sur les donations et avantages matrimoniaux. Tout comme le divorce prononcé sur d'autres fondements, il est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage et sur les donations de biens présents. Il emporte en revanche, tout comme les autres cas de divorce, révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux et des dispositions à cause de mort, accordés par un époux envers son conjoint par contrat de mariage ou pendant l'union, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis (article 265 du Code civil). De même, qu'il soit prononcé pour faute ou sur une autre cause, le divorce est sans incidence sur les droits que l'un ou l'autre des époux tient de la loi ou des conventions passées avec des tiers (article 265-1). Il est notamment sans incidence sur la réversion du service d'une pension de retraite. La question d'abandonner le divorce pour faute a été évoquée lors de l'élaboration de la loi du 26 mai 2004.

Prouver la faute du conjoint revêt cependant divers intérêts :

- la faute permet d'obtenir le divorce qui ne serait pas possible sur d'autres fondements : refus de l'autre conjoint d'accepter le principe du divorce, absence de réunion des conditions permettant d'établir l'altération définitive du lien conjugal,

- la reconnaissance de la faute par la justice permet d'avoir un effet psychologique apaisant pour l'époux victime, de même que pour son conjoint dans le cas d'un divorce aux torts partagés, sa faute étant en quelque sorte « expliquée » par celle de l'autre,

- elle permet à l'époux victime, lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint, d'obtenir des dommages-intérêts en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage (article 266 alinéa 1 du Code civil). Les dommages intérêts sont

destinés à réparer un préjudice différent du préjudice matériel dont la réparation est prévue par l'octroi d'une prestation compensatoire. Ils ont vocation à réparer principalement le préjudice moral subi en raison de la rupture. Ils sont fixés en considération du préjudice, sans lien avec les ressources du débiteur. Ils ne peuvent être demandés qu'à l'occasion de l'action en divorce (article 266 alinéa 2). En outre, l'époux victime peut également obtenir réparation du préjudice résultant des faits constitutifs de la faute à l'origine du divorce, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil : il s'agit d'un autre préjudice, différent de celui résultant de la rupture du mariage. Cette réparation peut être demandée au moment du divorce, et même postérieurement, à la différence des dommages intérêts prévus par l'article 266 du Code civil.

2. Dans le cadre d'un binôme inégalitaire

Tous les citoyens étant égaux, inutile de le rappeler, cette hypothèse ne peut recouvrir à l'évidence que le cas des personnes protégées. Nous rappellerons les régimes de protection, minorité (2.1) et majeurs protégés (2.2).

Mais il faudra conserver à l'esprit – et cela est sans doute nouveau pour le juriste professionnel – que la personne protégée, quand c'est possible, est de plus en plus impliquée dans les décisions la concernant, elle ou son patrimoine. Et cela est normal, puisque sa vie privée est en cause. Le tiers choisi pour l'assister ou la représenter devra – professionnel ou non professionnel – être conscient du devoir de discrétion, dont on parle peu dans les textes, mais qui s'impose, et dont il est investi. Le notaire pourra par ses conseils rappeler certaines obligations en ce sens.

2.1 La minorité

La relation avec le tiers, la plupart du temps ses parents, sera analysée aussi bien quant à sa personne, (l'autorité parentale 2.1.1) que quant à ses biens (l'administration légale 2.1.2). Cependant il pourra arriver que le tiers soit moins proche, et même non parent, donc non investi de l'autorité parentale (2.1.3).

2.1.1 – La vie privée du mineur au regard de sa personne : l'autorité parentale

La dernière définition de l'autorité parentale, issue de la loi du n° 2002-305 du 4 mars 2002, résulte du premier alinéa de l'article 371-1 du Code civil, lequel précise, dans son deuxième alinéa, à qui appartient cette autorité et en précise la finalité :

« L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant, pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne... »

L'autorité parentale est donc une fonction, que la loi reconnaît appartenir en principe aux seuls père et mère, conjointement, et à eux seuls. Il s'agit d'une mission temporaire qui cesse à la majorité ou à l'émancipation de l'enfant, mais également évolutive : le troisième alinéa de l'article 371-1 du Code civil précise que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ».

La fonction de protection reconnue aux parents, exercée sous le contrôle de la société, vise la garde de l'enfant et l'obligation de subvenir à ses besoins matériels, sa surveillance, la protection de sa santé, le développement de sa personnalité par son éducation scolaire, professionnelle, religieuse, politique et morale, dont l'orientation est laissée à la discrétion des père et mère.

2.1.1.1 Exercice de l'autorité parentale par les deux parents

• 1° Le principe

Il n'y a plus lieu de distinguer les différents cas d'établissement du lien de filiation, les notions de filiation légitime ou naturelle ont disparu. Le principe est consacré par l'article 372 alinéa 1 du Code civil : « les père et mère exercent en commun l'autorité parentale », et il s'applique aussi bien aux enfants issus d'un couple marié qu'aux enfants issus d'une famille naturelle. Dans ce dernier cas toutefois, la règle vaut pour les enfants nés antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, à condition qu'ils aient été reconnus par leur père et mère dans l'année de leur naissance.

Cette règle vaut pour :

- l'enfant issu d'un couple marié, ou ayant fait l'objet d'une légitimation par mariage subséquent ou d'une légitimation post nuptias.
- l'enfant dont les parents ne sont pas mariés (articles 310-1 et 372 du Code civil), mais à condition qu'il ait été reconnu par ses deux parents dans l'année de sa naissance, et ce quelle que soit la date de la naissance. L'exigence, posée par la loi du 8 janvier 1993, d'une cohabitation des deux parents à l'époque de la reconnaissance concomitante, ou lors de la seconde reconnaissance, a été supprimée par la loi du 4 mars 2002, y compris pour ce qui concerne les enfants nés avant son entrée en vigueur. Cette simplification allège le travail de recherche du notaire : compte tenu de la forte croissance du nombre d'enfants nés hors mariage, il est heureux qu'il n'ait plus dorénavant qu'à vérifier que la reconnaissance a bien eu lieu dans l'année de la naissance, et qu'il ne soit plus nécessaire de savoir, en outre, si les deux parents cohabitaient au moment de cette reconnaissance.
- l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière par un couple marié (article 358 du Code civil)
- l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption simple : les adoptants sont, en vertu de l'article 365 alinéa 1 du Code civil, seuls investis à l'égard de l'adopté

de tous les droits d'autorité parentale. Les parents de l'adopté simple, bien que le lien avec la famille d'origine soit maintenu, perdent tout droit. Ce point pose notamment problème aux couples « homoparentaux » : un homme ou une femme, qui souhaite élever son enfant avec son compagnon du même sexe, et reconnaître des droits à ce dernier, a comme unique solution le recours à la délégation de l'autorité parentale. En effet, consentir à une adoption simple par son compagnon lui fait perdre sa propre autorité parentale, ce qui rend cette solution inenvisageable.

En revanche pour les couples mariés, en cas d'adoption simple de l'enfant du conjoint, le parent par le sang exerce seul l'autorité parentale, à moins que le parent par le sang et l'adoptant ne fassent une déclaration conjointe aux fins d'exercice en commun de cette autorité devant le greffier en chef du tribunal de grande instance.

Les conséquences de la séparation des parents sont envisagées par les articles 373-2 et suivants du Code civil. La notion de séparation est comprise dans un sens large et comprend tout type de parents séparés : parents divorcés, parents mariés mais séparés de fait, concubins séparés. Le principe, posé par le premier alinéa de l'article 373-2 du Code civil, est que la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'autorité parentale. Les parents continuent, malgré la séparation, à exercer conjointement l'autorité parentale. Toutefois, si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents.

Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

• **2° L'organisation conventionnelle des modalités d'exercice de l'autorité parentale**

L'article 373-2-7 du Code civil, issu de la loi du 4 mars 2002, dispose que : les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement. »

La possibilité de conclure des accords était antérieurement réservée aux époux divorçant sur requête conjointe. Elle est désormais étendue à tous les types de divorce et peut également être envisagée en cas de séparation de fait de tout couple de parents, qu'ils soient mariés ou simplement concubins. Il semble qu'une telle convention peut également être conclue en dehors de

toute séparation du couple (voir l'étude de Madame Muriel REBOURG, « Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant » in *Droit de la famille*, n° 7, juillet 2004, étude 17). Ainsi, un couple de parents, mariés ou non, pourrait pendant la vie commune et en dehors de tout conflit établir une convention afin de prévoir, par exemple, dans quelle religion sera élevé l'enfant, quel type d'enseignement lui sera donné, les proportions dans lesquelles chacun participera à son entretien (ou les modalités de calcul de cette contribution), l'organisation de la gestion de son patrimoine si l'enfant dispose d'un capital ou de revenus. Ce même couple pourrait également, par avance, organiser les modalités de garde de l'enfant en cas de séparation, entrevoir ses relations avec d'autres membres de la famille, tels que grands-parents, beaux parents... envisager le financement de ses études au-delà de sa majorité... Tout est imaginable, dès lors que la convention des parents ne contrevient pas aux règles d'ordre public. Certes, le recours à ce type de convention laisse deviner une volonté exacerbée des parents de vouloir organiser la vie familiale et prévenir à l'avance les conflits éventuels. Probablement peu répandues dans la pratique, l'utilité de telles conventions n'est cependant pas négligeable.

- Le contenu de la convention

Les modalités d'exercice de l'autorité parentale

Ainsi que nous l'avons souligné dans les lignes qui précèdent, le principe est celui de l'exercice en commun de l'autorité parentale, quel que soit le statut conjugal des parents, qu'ils partagent une vie commune ou qu'ils soient séparés. La convention doit respecter les règles d'ordre public, et il ne semble pas que les parents pourraient, par convention, déroger à ce principe et décider d'écarter l'exercice en commun de l'autorité parentale, afin de la confier à un seul des deux parents. La convention pourrait-elle prévoir une répartition des responsabilités entre les deux parents, attribuer par exemple les décisions relatives au choix de la religion à l'un, les décisions relatives au choix du système scolaire au second ? En tout état de cause, les parents peuvent décider conjointement et fixer dans leur convention leur choix commun quant à l'éducation religieuse, la désignation d'un type d'établissement scolaire, le mode de garde, le partage des vacances scolaires, leur consentement pour le recours à une lourde intervention chirurgicale, etc. Cette convention pourra être très utile lorsque l'un des parents, en raison de son activité professionnelle, est contraint de travailler au loin pour de longues périodes, ou est appelé à de nombreux et fréquents déplacements.

La contribution à l'entretien de l'enfant

Par convention, les parents ne peuvent pas s'exonérer de ce devoir parental, en raison du principe de l'indisponibilité des obligations alimentaires.

En revanche, ils peuvent, par contrat, fixer l'importance de la contribution de chacun, en déterminer les formes. A ce sujet, les articles 373-2-2 et 373-2-3 du Code civil prévoient diverses possibilités : versement d'une pension alimentaire, versement d'une somme d'argent entre les mains d'un organisme accrédité chargé d'accorder en contrepartie à l'enfant une rente indexée, l'abandon de biens en usufruit ou l'affectation de biens productifs de revenus.

- L'homologation de la convention parentale

La convention ainsi conclue produit ses effets entre les parents, et l'homologation par le juge, si les conditions sont réunies (intérêt de l'enfant + libre consentement des parents) lui donnera force exécutoire. L'accord parental homologué sera opposable aux tiers... à la condition qu'elle leur soit produite ! A défaut de porter la convention à leur connaissance, les tiers s'en tiendront à la présomption d'accord en matière d'actes usuels.

Il sera utile de conseiller le dépôt de la copie exécutoire du jugement d'homologation au rang des minutes d'un notaire qui ensuite pourra délivrer des copies authentiques de l'acte de dépôt chaque fois que les parents auront besoin de faire valoir l'existence de leur accord auprès d'un tiers.

2.1.1.2 Exercice unilatéral de l'autorité parentale

- 1° Etablissement tardif de la filiation de l'enfant

◊ Conformément à l'alinéa 2 de l'article 372 du Code civil, lorsque la filiation à l'égard de l'un des parents n'est pas établie dans l'année de la naissance, ou lorsque la filiation de l'enfant est judiciairement déclarée à l'égard d'un parent, l'autorité parentale est alors exercée par celui des deux parents qui a reconnu l'enfant en premier, à moins d'une déclaration conjointe des parents devant le greffier en chef du tribunal de grande instance, ou sauf décision contraire du juge aux affaires familiales (article 372 alinéa 3).

- 2° Décès, ou privation sur la base de l'article 373 du Code civil

En cas de décès de l'un des deux parents, le parent survivant demeure seul investi de l'autorité parentale. De même, lorsque l'un des deux parents est privé de son autorité parentale en vertu de l'article 373 du Code civil parce qu'il est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause, l'article 373-1 du Code civil dispose que l'autre parent exerce seul l'autorité parentale. Cet exercice unilatéral a lieu de plein droit, sans nécessité de le demander en justice. Ce parent sera néanmoins contraint de prouver aux tiers qu'il exerce seul l'autorité parentale, et se trouvera ainsi dans l'obligation de dévoiler un aspect de sa vie privée en produisant par exemple un jugement démontrant que l'autre parent se trouve hors d'état de manifester sa volonté.

- **La tutelle testamentaire**

Rappelons que lorsque l'autorité parentale est confiée à un seul des deux parents, par suite du prédécès de l'autre, ce parent dispose, en vertu de l'article 403 du Code civil, du droit individuel de choisir un tuteur, sous la forme d'un testament ou par déclaration spéciale devant notaire. Cette désignation s'impose au conseil de famille, à moins que l'intérêt du mineur commande de l'écarter. Le tuteur désigné par le père ou la mère n'est pas tenu d'accepter la tutelle.

Jusqu'à la réforme du 5 mars 2007, nous avions l'habitude de conserver dans nos études des testaments, généralement olographes, dans lesquels des parents confiaient la tutelle de leur enfant mineur à telle personne.

L'article 403, tout en consacrant « un droit individuel de choisir un tuteur », prévoit une nouvelle modalité pour exercer ce choix, par « une déclaration spéciale devant notaire ». Il sera opportun de développer et de promouvoir cette « déclaration spéciale », l'acte authentique étant toujours préférable à l'acte sous seing privé. Les termes de l'article 403, prévoyant que « cette désignation ne peut être faite que dans la forme d'un testament ou d'une déclaration spéciale devant notaire » amènent à conclure que la déclaration spéciale n'est pas un testament et, par conséquent, qu'elle n'a pas à être reçue par deux notaires ou en présence de deux témoins instrumentaires. La « déclaration spéciale » permet ainsi d'allier la sécurité de l'acte authentique à la confidentialité, en évitant le recours à un autre notaire ou à des témoins.

- **3° Droits du parent qui n'exerce pas l'autorité parentale**

Outre un droit de visite et d'hébergement et son devoir de surveillance, le parent non titulaire de l'autorité parentale conserve néanmoins les prérogatives fondamentales attachées à cette autorité, qui sont le droit de consentir au mariage, à l'adoption et à l'émancipation. En effet, ces trois prérogatives sont accordées aux « père et mère » de l'enfant, et peu importe à cet égard qu'ils soient titulaires de l'autorité parentale. Ainsi, en ce qui concerne le consentement au mariage, en cas de désaccord, il suffit qu'un seul des père et mère donne son consentement pour que le mariage puisse être célébré, et ce même si le consentement provient de celui des deux parents non titulaire de l'autorité parentale (article 148 du Code civil).

S'agissant de l'adoption de l'enfant mineur, le consentement des deux parents est nécessaire, l'article 348-6 du Code civil prévoyant la possibilité pour le juge de passer outre le refus, s'il l'estime abusif, du parent qui se serait désintéressé de l'enfant au risque de compromettre sa santé ou sa moralité.

S'agissant enfin de l'émancipation, l'article 413-2 prévoit que le juge des tutelles peut prononcer l'émancipation, à la demande des père et mère ou de l'un d'eux. Peu importe par conséquent que la demande soit formulée

par celui des deux parents non titulaire de l'autorité parentale. Cependant, si la demande est présentée par un seul des deux parents, le juge se prononcera après avoir entendu l'autre, à moins que ce dernier soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

2.1.1.3 Perte, délégation et retrait de l'autorité parentale

• 1° Perte de l'autorité parentale

Conformément à l'article 373 du Code civil,

« est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause. »

Cette perte est en principe automatique, elle a lieu de plein droit, dès qu'est constatée l'une des situations de fait, objectives, visées par l'article 373, rendant toute manifestation de volonté impossible. Cependant, si l'absence n'est pas contestable et permet ipso facto d'affirmer que le parent absent ne peut pas s'exprimer, il sera parfois nécessaire d'avoir recours au juge afin qu'il prenne parti et indique si dans telle ou telle situation objective, le parent se trouve effectivement hors d'état de manifester sa volonté. Ainsi par exemple, une mesure d'incapacité signifie-t-elle nécessairement que le parent qui en est frappé n'est plus en mesure de s'exprimer et, par conséquent, se trouve privé de l'autorité parentale ?

• 2° Délégation de l'autorité parentale

La délégation de l'autorité parentale peut être totale ou partielle, et résulte d'un jugement rendu par le juge aux affaires familiales. Elle a lieu au profit d'un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, ou d'un établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

Le juge aux affaires familiales peut être saisi par les père et mère, ensemble ou séparément, lorsque les circonstances l'exigent. Ainsi, deux parents exerçant ensemble l'autorité parentale, peuvent demander conjointement au juge de déléguer leur autorité au profit d'un tiers ; en revanche, si l'autorité parentale n'appartient qu'à un seul parent, celui-ci est seul habilité à demander au juge une délégation, il doit seulement avertir l'autre parent au titre de son droit de surveillance, lequel pourra s'opposer à la délégation.

• 3° Retrait de l'autorité parentale

La loi prévoit, dans un but de protection de l'enfant, la possibilité de retirer l'autorité parentale dans deux hypothèses :

– article 378 du Code civil : « peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale par une disposition expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit

commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant. »

– article 378-1 du Code civil: « peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant. »

2.1.2 – La vie privée du mineur au regard de ses biens: l'administration légale

Bien que l'article 371-1 du Code civil ne l'indique pas, le rôle de protection des parents touche non seulement la personne, mais également les biens de l'enfant. L'article 389 du Code civil établit en effet un parallèle entre la notion d'autorité parentale et celle d'administration légale en posant le principe que « si l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, ceux-ci sont administrateurs légaux. Dans les autres cas, l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce l'autorité parentale. »

Les deux sujets sont par conséquent intimement liés. Le notaire chargé d'établir un acte dans lequel un mineur est partie devra obligatoirement, lorsqu'il se demandera quelle est la personne habilitée à le représenter, se poser la question de savoir qui exerce l'autorité parentale. Quand il aura identifié le(s) titulaire(s) de cette autorité, il devra alors déterminer si la convention projetée peut être conclue par le(s) seul(s) détenteur de cette autorité, ou si la nature, l'importance ou la gravité de l'opération nécessite un contrôle par une autorité supérieure à celle des parents.

Nous envisagerons enfin les cas dans lesquels la loi, ou encore l'expression de la volonté permet d'écarter les règles posées par les articles 371-1 et 389 du Code civil et d'attribuer des pouvoirs de représentation du mineur quant à son patrimoine, à une personne autre que son père ou sa mère. Lorsque les parents exercent conjointement l'autorité parentale, l'administration légale des biens du mineur est alors dite « pure et simple » (article 389-1 du Code civil). A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant. Parallèlement, s'agissant des biens du mineur, l'article 389-4 du Code civil dispose que dans l'administration légale pure et simple, chacun des parents est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation (sur la définition des actes d'administration, voir *infra*).

Le raisonnement a contrario conduit donc à poser le principe que les actes non usuels, s'agissant de la personne du mineur, de même que les actes de disposition, s'agissant de ses biens, nécessitent l'accord des deux parents.

2.1.2.1 Deux types d'administration légale

• 1° L'administration légale pure et simple

L'article 389-1 du Code civil dispose que l'administration légale est pure et simple lorsque les deux parents exercent en commun l'autorité parentale. Peu importe que ces parents forment un couple uni, marié ou non, ou qu'ils soient séparés. Il suffit qu'ils exercent conjointement l'autorité parentale.

Les deux parents co-titulaires de l'autorité parentale ont des droits égaux et concurrents. Chacun est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation (article 389-4 du Code civil). Il s'agit ici des actes usuels, « couverts » par une présomption d'accord entre les deux parents. Le respect de la vie privée prévaut sur l'intérêt du mineur : les tiers n'ont pas à s'interroger sur le consentement de l'autre parent.

En revanche, les deux parents accomplissent ensemble les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille ; à défaut d'accord entre eux, l'acte doit être autorisé par le juge des tutelles (article 389-5 alinéas 11 et 2 du Code civil). Cependant, même d'un commun accord, les parents ne peuvent ni vendre de gré à gré, ni apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur, ni contracter d'emprunt en son nom, ni renoncer pour lui à un droit, sans autorisation du juge des tutelles. La même autorisation est requise pour le partage amiable, et l'état liquidatif doit être approuvé par le juge des tutelles (article 389-5 alinéa 3 du Code civil).

• 2° L'administration légale sous contrôle judiciaire

Lorsqu'un seul des deux parents est titulaire de l'autorité parentale, l'administration légale repose sur lui seul. L'article 389-6 du Code civil précise que ce parent doit se pourvoir d'une autorisation du juge des tutelles pour accomplir les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec une autorisation. Il peut faire seul les autres actes.

2.1.2.2 Des pouvoirs respectant la distinction actes d'administration/actes de disposition

Les articles 389-4 et 389-5 du Code civil, dans le cadre de l'administration légale pure et simple, et l'article 389-6, dans le cadre de l'administration légale sous contrôle judiciaire, déterminent les actes qui peuvent être accomplis par l'administrateur légal seul, ou avec une autorisation. Ils renvoient par analogie de raisonnement à l'article 504 du Code civil, en vertu duquel le tuteur accomplit seul les actes conservatoires et les actes d'administration, ainsi qu'à l'article 505 du même code qui impose au tuteur de se pourvoir d'une autorisation pour les actes de disposition.

- **1° Actes d'administration**

Les actes d'administration peuvent être accomplis par l'administrateur légal seul. Rappelons cependant que l'administrateur légal ne peut, seul, donner à bail un immeuble du mineur pour une durée de plus de neuf ans (articles 1718 et 504 du Code civil) et que les baux ne conféreront au preneur à l'encontre du mineur devenu majeur ou émancipé aucun droit au renouvellement et aucun droit au maintien dans les lieux à l'expiration du bail, nonobstant toutes dispositions légales contraires (article 456 alinéa 3 du Code civil), à moins que le bail n'ait été consenti avant « l'ouverture de la tutelle » (par exemple dans le cas où le mineur a reçu un bien loué par succession) et renouvelé par le « tuteur ».

Dans l'administration légale pure et simple, la loi pose le principe que chacun des deux parents, lorsqu'il agit seul dans le cadre de l'accomplissement d'un acte d'administration, est censé avoir l'accord de l'autre. Aussi, le tiers cocontractant n'a pas à demander au père ou à la mère qui agit seul de justifier qu'il agit avec l'accord de l'autre parent, cet accord est présumé exister. Il s'agit cependant d'une présomption simple, et la loi ne fait aucunement allusion à la bonne ou mauvaise foi du tiers cocontractant comme en matière de droit des sociétés dans le cadre des pouvoirs du gérant par exemple. Aussi, la prudence recommandera au notaire chargé de la rédaction d'un acte qualifié « d'administration » pour le compte d'un enfant mineur, de s'assurer de l'accord des deux parents, quand bien même la loi présume son existence.

- **2° Actes de disposition**

- a – Actes de disposition que les administrateurs légaux peuvent faire conjointement

L'article 389-5 du Code civil dispose que « dans l'administration légale pure et simple, les parents accomplissent ensemble les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille ». Il renvoie aux articles 505 à 508-1 du Code civil.

Il s'agit de l'emprunt, l'aliénation ou la constitution de droits réels concernant un immeuble ou fonds de commerce, valeurs mobilières et autres droits incorporels, ou encore meubles précieux ou qui constitueraient une part importante du patrimoine de l'enfant, l'introduction d'une action en justice.

- b – Actes nécessitant l'accord du juge des tutelles

Dans l'administration légale sous contrôle judiciaire, il s'agit de tous les actes que l'administrateur ne peut accomplir seul, c'est-à-dire tous les actes de disposition.

Dans l'administration légale pure et simple, il s'agit, en vertu de l'article 389-5 alinéas 2 et 3 :

- des actes qui pourraient être accomplis par les parents ensemble, mais pour lesquels les deux administrateurs s'opposent,
- la vente de gré à gré ou l'apport en société d'un immeuble ou fonds de commerce, l'emprunt, la renonciation à un droit, et enfin le partage amiable et l'état liquidatif.

• **3° Une définition revue et corrigée**

Il sera désormais plus aisé de définir la frontière entre actes d'administration et actes de disposition grâce au décret numéro 2008-1484 du 22 décembre 2008 pris pour l'application de la loi du 5 mars 2007 portant réforme du droit des majeurs protégés.

A cet égard, nous renvoyons le lecteur au décret reproduit en annexe.

2.1.3 – L'administration des biens du mineurs par un tiers non investi de l'autorité parentale

Il ne s'agit pas ici de développer la possibilité légale qu'offre l'art. 373-4 C.c.⁹ qui met en jeu un tiers qui pourra partager une partie de la vie de l'enfant, au travers de la surveillance et l'éducation de celui-ci. Nous étudierons en revanche, des possibilités contractuelles, d'aboutir à ce même type de relation. Dans les deux hypothèses on peut s'interroger sur la nécessaire discrétion que devra garder ce tiers qui s'occupe de l'enfant d'une façon plus ou moins proche. Nous retiendrons le tiers désigné par libéralité en vertu de l'art. 389-3 al.3 C.c. et le mandat à effet posthume pour un tiers. Ce dernier outil peut concerner les majeurs protégés ou des héritiers pleinement capables. Il n'empêche que les règles particulières de ce l'emporteront sur les règles protectrices des mineurs (cf. art. 812-1 C.c.).

2.1.3.1 *L'article 389-3 alinéa 3 du Code civil*

L'article 389-3 alinéa 3 du Code civil dispose que

« ne sont pas soumis à l'administration légale, les biens qui auraient été donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils seraient administrés par un tiers. Ce tiers administrateur aura les pouvoirs qui lui auront été conférés par la donation ou le testament ; à défaut ceux d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire. »

Cette faculté est très séduisante pour des grands-parents, en mauvais termes avec un enfant, qui souhaitent transmettre un bien à des petits-enfants mineurs, sans que leur enfant ait un droit de regard sur la gestion de ce bien. De même,

9• Article 373-4 : « Lorsque l'enfant a été confié à un tiers, l'autorité parentale continue d'être exercée par les père et mère ; toutefois, la personne à qui l'enfant a été confié accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation.

Le juge aux affaires familiales, en confiant l'enfant à titre provisoire à un tiers, peut décider qu'il devra requérir l'ouverture d'une tutelle. »

un parent divorcé peut vouloir exclure son ex-conjoint de la gestion des biens que ses enfants mineurs recueilleront dans sa succession, pour en confier l'administration à son nouveau conjoint, par exemple, ou toute autre personne.

S'agissant d'une libéralité consentie par les grands-parents ou toutes autres personnes que les parents du mineur, la donation ou le legs consenti sous la condition d'administration par un tiers se heurte naturellement à la réserve héréditaire du disposant.

S'agissant d'une libéralité consentie par un parent du mineur, la clause d'administration par un tiers peut-elle produire son effet sur l'intégralité du patrimoine transmis, ou au contraire est-elle limitée à la quotité disponible ?

En effet, l'enfant, héritier ab intestat, a pour vocation de recueillir l'intégralité des biens de son père ou de sa mère. N'y a-t-il donc pas abus, pour un parent, de rédiger un testament par lequel il institue son enfant légataire universel (alors que sans testament, l'enfant recueillera de toute façon la totalité de la succession), à seule fin d'exclure l'autre parent de son rôle d'administration légale par le biais de la condition d'administration par un tiers ?

Ce débat a fait l'objet d'une étude par Monsieur le professeur Jean HAUSER, professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux, parue au répertoire du notariat, *Defrénois* n° 01/09, 38875.

La Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 27 juin 1933, interprète l'ancien article 387 du Code civil (repris par l'article 389-3 alinéa 3 du Code civil) de façon très restrictive et indique que

« cette disposition exceptionnelle s'applique seulement aux biens que les mineurs tiennent de la volonté des disposants ; qu'en ce qui concerne les biens compris dans la réserve, la transmission s'en effectue par la volonté de la loi et que l'ascendant donateur ne peut, par des clauses de la donation ou du testament, modifier les conditions et les effets légaux de cette transmission. »

Depuis 1933, dans d'autres arrêts, rendus il est vrai en matière de régimes matrimoniaux, dans le cadre de litiges quant à la validité de clauses d'inclusion ou d'exclusion de communauté, la Cour de cassation (notamment *Cass. civ. 1^{re}*, 10 juin 1975, *JCP*, G, III, 18141, note SAVATIER, *Defrénois* 75, art.30.986, note Morin) a posé le principe que « les règles impératives protectrices des droits de l'héritier réservataire ne peuvent être invoquées que par ce dernier ou ses ayants cause lorsqu'il a été porté atteinte à la réserve », et que l'unique limite est « l'atteinte à la réserve, qui peut seulement être invoquée par l'héritier gratifié ».

Par analogie, on peut donc penser qu'une clause d'administration par un tiers, visant l'intégralité du patrimoine du disposant, et non pas limitée à la quotité disponible, devrait produire ses effets, d'autant plus qu'il n'y pas réellement d'atteinte à la réserve, dans la mesure où la clause d'administration par un tiers ne dévie pas la dévolution du cours prévu par la loi : l'enfant

mineur recevra bien sa réserve. La seule restriction apportée par la clause concerne l'administration des biens, que le disposant souhaite confier à une personne autre que l'administrateur légal. Ce dernier, si l'on s'en tient à la jurisprudence de la Cour de cassation, n'est pas fondé à invoquer l'atteinte à la réserve, qui ne peut être invoquée que par l'enfant gratifié.

La doctrine semble majoritairement se rallier à ce point de vue, de même que quelques décisions rendues en première instance. Il serait heureux que la Cour de cassation puisse effacer les doutes qui demeurent, afin que le recours à l'article 389-3 alinéa 3 du Code civil puisse avoir lieu plus fréquemment et sans crainte d'invalidation ultérieure.

2.1.3.2 Le mandat à effet posthume

La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions a créé un nouvel outil, intégré dans les articles 812 à 812-7 du Code civil : le mandat à effet posthume.

Toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés.

Les héritiers, ou leurs représentants légaux si les héritiers sont incapables, seront ainsi, selon les termes de la convention passée entre le défunt et le mandataire, plus ou moins écartés de la gestion et de l'administration des biens successoraux.

L'article 812 du Code civil précise que le mandataire agit pour le compte et dans l'intérêt des héritiers. En conséquence, il n'agit pas au nom de ceux-ci. Il s'agit donc d'un mandat sans représentation. Les héritiers sont dessaisis de la gestion des biens visés par la convention, laquelle est confiée au mandataire posthume. Le mandataire va exercer les prérogatives d'administration des biens successoraux pour le compte des héritiers, mais en son propre nom. Il sera seul partie aux contrats ayant pour objet la gestion de ces biens. Concernant la gestion d'une entreprise individuelle, il aura seul la qualité d'exploitant. Il sera par conséquent personnellement créancier et débiteur à l'égard des tiers, qui n'auront aucun lien contractuel avec les héritiers. Si les actes du mandataire n'engagent pas les héritiers, le patrimoine successoral ainsi géré ne pourra pas être le gage des créanciers, même si leur créance résulte de la gestion des biens soumis au pouvoir du mandataire. L'activité du mandataire, cependant, si elle s'avère malheureuse, peut entraîner des conséquences néfastes sur le patrimoine géré en son nom, pour le compte des héritiers. Il devra par conséquent répondre personnellement de sa gestion.

La loi, en créant ce nouveau mandat, porte ainsi atteinte à trois principes de notre droit des libéralités, puisqu'elle permet la conclusion d'un pacte sur

succession future entre le futur défunt et son mandataire, lequel pacte, lors de sa mise en œuvre, portera atteinte à la saisine des héritiers, ainsi qu'à leur réserve (puisque en principe celle-ci est exclusive de toute charge).

Le mandat à effet posthume est un mandat forcé : les héritiers n'ont pas la possibilité de révoquer le mandat conclu par leur auteur, ils n'ont pas, eux, la qualité de mandant. A la différence d'un mandat ordinaire, les héritiers ne recueillent pas la qualité de mandant qui appartenait à leur auteur : ils n'ont pas d'autre choix que de se soumettre à la gestion du mandataire, ou de se défaire des biens qui y sont soumis.

Aussi, la loi exige-t-elle qu'un intérêt sérieux et légitime préside à la conclusion d'un tel contrat. Cet intérêt sérieux et légitime, au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, doit être précisément motivé dans la convention, et pourra ainsi, faire l'objet d'un contrôle du juge. L'atteinte à la saisine des héritiers et ainsi à l'exercice autonome de leur droit de propriété ne se justifie que si elle vise à résoudre une difficulté, qu'il convient d'expliquer dans la convention, que cette difficulté réside chez le ou les héritiers, ou qu'elle soit liée à la nature des biens transmis.

Concernant la difficulté pouvant résulter des héritiers, le mandataire peut souhaiter mettre en place un mandat à effet posthume parce qu'il sera un régime transitoire, après son décès, dans l'attente de la mise en place d'un régime de protection de l'un des héritiers, par exemple, ou pour résoudre une mésentente ou une opposition d'intérêts entre héritiers. Ainsi, l'on peut imaginer qu'un tel mandat soit mis en place par un parent d'enfants mineurs issus de plusieurs unions, redoutant, après son décès, une « bataille » entre les différents administrateurs légaux.

S'agissant des biens successoraux, la difficulté peut résulter du fait que la gestion des biens successoraux, ou de tel bien particulier, s'avère complexe, ou nécessite une compétence particulière dont ne dispose aucun des héritiers ou de leurs représentants légaux.

Selon les difficultés qu'appréhende le mandant, qu'elles tiennent à la personne de ses héritiers ou à la nature des biens transmis, le mandat pourra s'appliquer à tous les héritiers ou certains d'entre eux uniquement, à tous ses biens ou certains seulement, et, quel que soit la solution retenue, la motivation du mandant devra en tout état de cause être soigneusement expliquée.

Compte tenu de son caractère « extraordinaire », le mandat à effet posthume est nécessairement établi par acte authentique, l'acceptation du mandat sera le plus souvent concomitante au mandat lui-même, en tout état de cause, il doit être accepté par le mandataire du vivant du mandant, dans les mêmes formes. Mandant et mandataire pourront renoncer au mandat après avoir notifié leur décision à l'autre partie.

De même, le mandat est donné pour une durée qui ne peut excéder deux ans, prorogeable une ou plusieurs fois par décision du juge, saisi par un héritier ou par le mandataire. Toutefois, il peut être donné pour une durée de cinq ans, prorogeable dans les mêmes conditions, en raison de l'incapacité, de l'âge du ou des héritiers, ou de la nécessité de gérer des biens professionnels.

Cette durée légale est un maximum. Le mandataire pourra par conséquent stipuler un terme fixant une durée plus courte, dont l'arrivée entraînera alors l'extinction du mandat. Bien que la loi soit silencieuse à ce sujet, la convention pourrait très bien prévoir qu'à l'arrivée du terme, une demande de prorogation judiciaire puisse être formée par le ou les héritiers ou par le mandataire.

La demande de prorogation du mandat à effet posthume doit être portée devant le président du Tribunal de Grande Instance qui statuera par ordonnance sur requête. En tout état de cause, le mandat peut à tout moment faire l'objet d'une demande de révocation judiciaire, pour disparition de l'intérêt sérieux et légitime qui avait motivé sa conclusion.

La loi pose le principe de la gratuité du mandat, sauf clause contraire. Si la convention prévoit une rémunération au profit du mandataire, elle doit précisément la déterminer. Il s'agira d'une quote-part des revenus générés par l'administration du mandataire, ou en cas d'insuffisance ou en cas d'absence de revenus, elle pourra être complétée ou prendre la forme d'un capital.

La rémunération du mandataire est une charge de la succession qui ouvre droit à réduction en cas d'atteinte à la réserve. Elle peut faire l'objet d'une demande en révision en justice si elle s'avère excessive au regard de la durée ou de la charge résultant du mandat.

Le mandataire doit rendre compte de sa gestion chaque année ainsi qu'à la fin de son mandat.

L'article 812-4 du Code civil dispose que le mandat prend fin par l'un des événements suivants :

- L'arrivée du terme prévu.
- La renonciation du mandataire (en ce cas l'article 812-6 prévoit que le mandataire doit notifier sa décision aux héritiers intéressés et que, sauf convention contraire entre eux, la renonciation prend effet à l'issue d'un délai de trois mois à compter de la notification).
- La révocation judiciaire, à la demande d'un héritier intéressé ou de son représentant, en cas d'absence ou de disparition de l'intérêt sérieux et légitime ou de mauvaise exécution par le mandataire de sa mission,
- La conclusion d'un mandat conventionnel entre les héritiers et le mandataire titulaire du mandat à effet posthume.
- L'aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat.

- Le décès ou la mise sous mesure de protection du mandataire personne physique, ou la dissolution du mandataire personne morale.
- Le décès de l'héritier intéressé ou, en cas de mesure de protection, la décision du juge des tutelles de mettre fin au mandat.

2.2 Les majeurs protégés

La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des majeurs, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, consacre, relativement à la mise en place d'un régime de protection, des principes établis précédemment par la jurisprudence, auxquels le notaire doit veiller lorsqu'il est requis d'établir un acte auquel est partie une personne qui, en apparence, semble avoir besoin d'une protection.

Confronté à une personne présentant des troubles l'empêchant de pourvoir seule à ses intérêts, en raison d'une altération soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté, le notaire parfois se trouve dans la nécessité, afin d'accomplir sa mission, de conseiller la mise en place d'un régime de protection.

Il est utile à cet égard de rappeler que l'article 428 du Code civil prévoit que le régime de protection des majeurs est subsidiaire. Ainsi, une mesure de protection ne pourra être mise en place par le juge des tutelles que lorsqu'aucune autre solution existant déjà, résultant des règles de la représentation, des droits et devoirs entre époux et des règles des régimes matrimoniaux, n'apparaît comme suffisante.

Ainsi, par exemple, le mandat prend fin, en vertu de l'article 2003, du Code civil, par la mise sous tutelle du mandant. En revanche, il continue de produire ses effets par la mise sous sauvegarde de justice ou sous curatelle du mandant.

- **Pour les époux**, l'article 217 du Code civil dispose

« qu'un époux peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille. »

L'article 219 précise que

« si l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté, l'autre peut se faire habilitier par justice à le représenter, d'une manière générale, ou pour certains actes particuliers, dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial, les conditions et l'étendue de cette représentation étant fixées par le juge. »

Il est utile de préciser à cet égard que les règles du régime primaire énoncées ci-dessus peuvent trouver à s'appliquer, même si un régime de protection est déjà mis en place. Le recours aux articles 217 et 219 du

Code civil pour représenter un conjoint incapable majeur peut parfois s'avérer utile et plus rapide qu'une demande d'autorisation dans le cadre d'un régime général d'incapacité.

En vertu de l'article 1426 du même code ;

« si l'un des époux se trouve, d'une manière durable, hors d'état de manifester sa volonté, ou si sa gestion de la communauté atteste l'incapacité ou la fraude, l'autre conjoint peut demander en justice à lui être substitué dans l'exercice de ses pouvoirs... Le conjoint ainsi habilité par justice a les mêmes pouvoirs qu'aurait eus l'époux qu'il remplace ; il passe avec l'autorisation de justice les actes pour lesquels son consentement aurait été requis s'il n'y avait pas eu substitution... »

L'article 1429 du Code civil dispose enfin que :

« si l'un des époux se trouve, d'une manière durable, hors d'état de manifester sa volonté, ou s'il met en péril les intérêts de la famille, soit en laissant dépérir ses propres, soit en dissipant ou détournant les revenus qu'il en retire, il peut, à la demande de son conjoint, être dessaisi des droits d'administration et de jouissance qui lui sont reconnus par l'article précédent... A moins que la nomination d'un administrateur judiciaire n'apparaisse nécessaire, le jugement confère au conjoint demandeur le pouvoir d'administrer les propres de l'époux dessaisi, ainsi que d'en percevoir les fruits, qui devront être appliqués par lui aux charges du mariage et l'excédent employé au profit de la communauté. »

• **En matière d'indivision**, signalons enfin que le premier alinéa de l'article 815-4 du Code civil dispose que :

« si l'un des indivisaires se trouve hors d'état de manifester sa volonté, un autre peut se faire habilité par justice à le représenter, d'une manière générale ou pour certains actes particuliers, les conditions et l'étendue de cette représentation étant fixées par le juge. »

• **Le droit des sociétés** peut également servir dans notre situation à condition d'avoir été préventif. Ainsi, avant que de conseiller et d'inciter à la mise en place d'un régime de protection juridique des majeurs, le notaire doit, au préalable, vérifier dans l'arsenal législatif si une autre possibilité, d'une portée moins grave, permet de palier utilement l'empêchement de manifestation de la volonté.

2.2.1 – La mise en place de la mesure de protection

2.2.1.1 *La demande et la décision d'ouverture d'une mesure judiciaire de protection*

• a) **La demande proprement dite**

Le juge des tutelles doit être saisi par requête remise ou adressée au greffe de la juridiction de première instance (article 1217 du Code de procédure civile). Il résulte des articles 1218 et 1219 du Code de procédure civile que

la requête aux fins d'ouverture d'une mesure de protection d'un majeur comporte, à peine d'irrecevabilité :

– 1°) le certificat médical circonstancié prévu à l'article 431 du Code civil. Ce certificat doit décrire avec précision l'altération des facultés du majeur à protéger, donner au juge tout élément d'information sur l'évolution prévisible de cette altération, et préciser les conséquences de cette altération sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation du majeur dans les actes de la vie civile, tant patrimoniaux qu'à caractère personnel, ainsi que sur l'exercice de son droit de vote. Il doit également indiquer si l'audition du majeur est de nature à porter atteinte à sa santé, ou si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté. Le certificat est remis par le médecin au requérant sous pli cacheté, à l'attention exclusive du procureur de la République ou du juge des tutelles.

– 2°) l'identité de la personne à protéger et l'énoncé des faits qui appellent cette protection au regard de l'article 428 du même code (Article 1218 du Code de procédure civile).

La loi du 5 mars 2007 a supprimé la possibilité pour le juge des tutelles de se saisir d'office. L'ancien article 493 du Code civil prévoyait que l'ouverture de la tutelle était « prononcée par le juge des tutelles à la requête de la personne à protéger, de son conjoint..., de ses ascendants, de ses descendants, de ses frères et sœurs, du curateur ainsi que du ministère public » ; elle pouvait « être aussi ouverte d'office par le juge ».

Par le passé, cette possibilité d'auto-saisine par le juge était utile lorsque lui était signalée (éventuellement par le notaire) la nécessité de mise sous protection d'une personne vivant en grand isolement, sans entourage ni proches.

Cette faculté a été supprimée. Cependant la liste des personnes ayant qualité pour déposer une requête s'est allongée : le conjoint (à condition qu'une communauté de vie subsiste), le partenaire lié par un pacte civil de solidarité, mais aussi le concubin, tout parent ou allié, de même que toute personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables peuvent désormais saisir le juge des tutelles d'une demande de mise sous protection. De même, le mandataire spécial dans le cadre d'une sauvegarde de justice, le curateur, le tuteur ou le mandataire de protection future peuvent demander au juge de modifier la protection existante (article 430 du Code civil, premier alinéa).

A défaut de la présence d'au moins une de ces personnes ayant qualité dans l'entourage d'une personne qu'il estimerait vulnérable et pour laquelle il serait chargé d'instrumenter, le notaire pourra encore saisir le ministère public qui conserve la possibilité de requérir la mise en place d'une mesure de protection (article 430 du Code civil, deuxième alinéa).

Le juge des tutelles territorialement compétent est celui de la résidence habituelle de la personne à protéger, ou celui du domicile du tuteur (article 1211 du Code de procédure civile).

En vertu de l'article 1212 du même code, le juge des tutelles peut ordonner, à la demande de tout intéressé ou d'office, que l'examen de la requête donnera lieu à un débat contradictoire (article 1213 du Code de procédure civile). Le majeur à protéger peut faire le choix d'un avocat, ou demander à la juridiction saisie que le bâtonnier lui en désigne un d'office ; dans ce dernier cas, la désignation doit intervenir dans les huit jours de sa demande (article 1214 du Code de procédure civile).

• **b) L'instruction de la demande**

Le juge des tutelles procède tout d'abord à l'audition de la personne à protéger. Il ne peut statuer qu'après avoir entendu ou appelé la personne à protéger, sauf si celle-ci se trouve hors d'état de manifester sa volonté ou si l'audition est de nature à porter atteinte à sa santé (article 1220-3 du Code de procédure civile).

Le juge peut également procéder à l'audition des personnes énumérées à l'article 430 du Code civil, c'est-à-dire le conjoint, le partenaire avec qui la personne à protéger a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, tout parent ou allié, toute personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables. Cette audition est de droit lorsqu'elle est sollicitée par une personne demandant à exercer la mesure de protection (article 1220-4 du Code de procédure civile). L'audition a pour but de permettre au juge de se rendre compte par lui-même de l'opportunité de la mise sous protection. Cette audition a lieu au siège du tribunal, au lieu où réside habituellement la personne à protéger, dans l'établissement de traitement ou d'hébergement dans lequel elle se trouve, ou en tout autre lieu approprié. Le juge a la possibilité de se déplacer dans toute l'étendue du ressort de la Cour d'appel, ainsi que dans les départements limitrophes de celui où il exerce ses fonctions (articles 1220 et 1220-1 du Code de procédure civile). L'audition n'est pas publique. Elle peut avoir lieu en présence du médecin ou de toute autre personne si le juge l'estime opportun.

Le procureur de la République et, s'il en a été désigné un, l'avocat de la personne à protéger sont avertis de la date et du lieu d'audition.

Un procès-verbal de l'audition doit être établi.

Le juge peut également, soit d'office, soit à la requête des parties ou du ministère public, ordonner toute mesure d'instruction. Il peut notamment faire procéder à une enquête sociale ou à des constatations par toute personne de son choix (article 1221 du Code de procédure civile).

Au cours de l'instruction, le dossier peut être consulté au greffe du tribunal par :

- le requérant,
- le majeur à protéger sur demande écrite,
- les personnes énumérées à l'article 430 du Code civil (conjoint, partenaire, concubin, parents et proches) sur autorisation de la juridiction saisie et si elle justifie d'un intérêt légitime (article 1222 et 1222-1 du Code de procédure civile).

Les avocats de ces personnes bénéficient du même droit, dans les mêmes conditions. Lorsque la demande de consultation émane du majeur à protéger, le juge peut, par ordonnance motivée notifiée à l'intéressé, exclure tout ou partie des pièces de la consultation, si celle-ci est susceptible de lui causer un préjudice psychique grave (article 1222-1 alinéa 2 du Code de procédure civile). L'avocat du majeur à protéger peut également se faire délivrer copie de tout ou partie des pièces du dossier, mais il ne peut pas les communiquer à ses clients ou à des tiers (article 1223 du Code de procédure civile)

Un mois au moins avant la date fixée pour l'audience de jugement de la requête aux fins d'ouverture d'une mesure de protection d'un majeur, le dossier est transmis au procureur de la République. Au plus tard quinze jours avant cette date, le procureur de la République le renvoie au greffe avec, selon le cas, son avis ou ses conclusions sur l'opportunité et les modalités de la protection. Ces délais peuvent être réduits par le juge en cas d'urgence (article 1225 du Code de procédure civile).

• **c) La décision du juge des tutelles**

La requête aux fins d'ouverture d'une mesure de protection d'un majeur est caduque si le juge des tutelles ne s'est pas prononcé sur celle-ci dans l'année où il en a été saisi.

A l'audience, le juge entend le requérant, le majeur à protéger (sauf s'il considère qu'il n'y a pas lieu de l'entendre si son audition est de nature à porter atteinte à sa santé ou s'il est hors d'état de manifester sa volonté), ainsi que, le cas échéant, le ministère public (article 432 du Code civil et 1226 du Code de procédure civile). Les avocats des parties sont entendus. L'affaire est jugée en chambre du conseil. Le jugement est notifié par lettre recommandée ou par acte d'huissier de justice au requérant, à la personne chargée de la protection, et à la personne protégée elle-même, sauf, dans ce dernier cas si le juge estime que la notification est de nature à porter préjudice à sa santé ; la notification est alors faite à son avocat, ainsi qu'à la personne que le juge estime la plus qualifiée pour recevoir cette notification.

2.2.1.2 La mesure de protection judiciaire est temporaire

Le nouvel article 441 du Code civil prévoit que le juge des tutelles doit désormais fixer la durée de la mesure de protection, sans que celle-ci puisse excéder cinq ans. La mesure peut être renouvelée pour une même durée.

Néanmoins, si l'altération des facultés n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, le juge peut, par décision spécialement motivée et sur avis conforme du médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République, renouveler la mesure pour une durée plus longue.

A défaut de renouvellement, la mesure de protection prend fin par arrivée de son terme. Avis en est donné par le greffe du tribunal d'instance, saisi par tout intéressé, au greffe du tribunal de grande instance dans le ressort duquel est née la personne protégée.

Le notaire de la personne protégée devra donc en conséquence s'assurer du maintien ou du non maintien de la mesure de protection, auprès du greffe du tribunal d'instance. En effet, il semble que la mention du non renouvellement au répertoire civil n'est pas automatique, puisque l'avis est transmis par le greffe du tribunal d'instance saisi par tout intéressé. A contrario, l'on en déduit que si personne ne saisit le tribunal d'instance, l'avis de non renouvellement ne sera pas adressé au greffe du tribunal de grande instance et ne sera pas, par conséquent, porté à la connaissance des tiers.

Rappelons à ce sujet que la loi du 5 mars 2007 est applicable aux mesures de protection ouvertes avant le 1^{er} janvier 2009.

L'article 45-II de la loi dispose que :

« les articles 441 et 442 du Code civil sont applicables aux mesures ouvertes avant l'entrée en vigueur de la présente loi à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de la date de publication de celle-ci, sans préjudice des demandes de mainlevée qui pourront être présentées avant ce délai et de la révision des mesures faites à l'occasion d'une saisine du juge dans ces dossiers. A défaut de renouvellement dans le délai précité, les mesures prennent fin de plein droit. »

La loi du 5 mars 2007 ayant été publiée le 7 mars suivant, les mesures de protection mises en place sous l'empire de la loi ancienne viendront automatiquement à échéance le 7 mars 2012, sauf renouvellement par le juge.

2.2.2 - Les acteurs de la protection judiciaire

2.2.2.1 La désignation du curateur ou du tuteur

Le curateur est nommé par le juge des tutelles.

Le tuteur est nommé par le conseil de famille s'il est constitué, ou par le juge des tutelles.

Notons à ce sujet que le nouvel article 448 du Code civil prévoit désormais la possibilité pour une personne capable de désigner une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur ou de tuteur pour le cas où elle serait placée en curatelle ou en tutelle. Cette désignation s'impose au juge, sauf si la personne choisie par la personne dont la protection est devenue nécessaire refuse la mission qui lui est confiée.

Conformément à l'article 1255 du Code de procédure civile, cette désignation anticipée d'un curateur ou d'un tuteur ne peut être faite que par une déclaration devant notaire, ou par un acte écrit en entier, daté et signé de la main du majeur concerné.

Gageons que le notaire sera sollicité pour la rédaction de ce nouveau type d'acte et notre rôle de conseil nous invite à faire connaître cette faculté nouvelle auprès de nos clients, à titre subsidiaire, parallèlement à la promotion du nouveau mandat de protection future dont il sera question plus loin.

L'article 449 du Code civil précise qu'à défaut de désignation faite en application de l'article 448, le juge nomme comme curateur ou tuteur, le conjoint de la personne protégée, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, et à défaut, un parent, un allié ou une personne résidant avec le majeur protégé et entretenant avec lui des liens étroits et stables. Le juge prend en considération les sentiments exprimés par celui-ci, ses relations habituelles, l'intérêt porté à son égard et les recommandations éventuelles de ses parents et alliés ainsi que de son entourage.

La curatelle et la tutelle sont des charges personnelles (article 452 du Code civil) Le curateur et le tuteur peuvent toutefois s'adjoindre, sous leur propre responsabilité, le concours de tiers majeurs ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection juridique pour l'accomplissement de certains actes dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat (voir en annexe la reproduction du décret n° 2008-1484, article 3).

2.2.2.2 La possible division de la mesure de protection

Le nouvel article 447 du Code civil dispose, dans son deuxième alinéa, que le juge peut, en considération de la personne protégée, des aptitudes des intéressés et de la consistance du patrimoine à administrer, désigner plusieurs curateurs ou plusieurs tuteurs pour exercer en commun la mesure de protection. Chaque curateur ou tuteur est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu des autres le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation.

Ainsi, il est possible d'envisager que, distribuant les tâches, le juge attribue à un tuteur la mission de gérer par exemple le patrimoine immobilier

d'une personne, et à un autre son patrimoine financier, ou encore tel bien à un tuteur, et tel autre à un autre. Les possibilités sont infinies et permettent de prévoir un régime de protection «sur mesure» adapté à la personne.

Dans un autre ordre d'idée, le troisième alinéa permet au juge de diviser la mesure entre un curateur ou un tuteur chargé de la gestion de la personne, et un curateur ou un tuteur chargé de la gestion patrimoniale. Il peut également confier la gestion de certains biens à un curateur ou à un tuteur adjoint. Sauf décision contraire, les personnes ainsi désignées ne sont pas responsables l'une envers l'autre. Elles s'informent cependant des décisions qu'elles prennent.

Il s'agit là d'une disposition innovante dont on entrevoit l'intérêt notamment dans le cas des familles recomposées, permettant ainsi de réserver un traitement «à part» pour une partie du patrimoine de la personne protégée, évitant ainsi, par exemple, des conflits entre les enfants d'un premier lit et le nouveau conjoint.

Plus encore que par le passé, une lecture attentive du jugement de mise sous curatelle ou sous tutelle s'imposera au notaire chargé d'instrumenter pour la personne protégée.

2.2.2.3 La nomination d'un subrogé curateur ou d'un subrogé tuteur

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007, seule la nomination d'un subrogé tuteur était possible. Elle s'imposait dans le cadre d'une tutelle avec conseil de famille, mais elle n'était pas prévue dans le cas de l'administration légale sous contrôle judiciaire ou de la tutelle en gérance.

Le nouvel article 454 du Code civil dispose que le juge peut, s'il l'estime nécessaire, désigner un subrogé curateur ou un subrogé tuteur, dans la mesure du possible, dans une autre branche (maternelle ou paternelle) que celle dont est issu le curateur ou le tuteur.

Le subrogé curateur ou tuteur a une mission de surveillance, mais également, il assiste ou représente la personne protégée lorsque les intérêts de celle-ci sont en opposition avec ceux du curateur ou du tuteur (rôle de curateur ou de tuteur ad hoc). Il doit être informé et consulté par le curateur ou le tuteur avant tout acte grave accompli par celui-ci.

Rappelons-le encore, un examen tout particulier du jugement de mise sous protection s'avère indispensable.

2.2.3 – Protection de la personne vulnérable quant à sa personne

Bien que protégée, la personne vulnérable conserve la maîtrise de certaines décisions.

L'article 458 du Code civil dispose que :

« sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée.

Sont réputés strictement personnels, la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant, et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant. »

De même, l'article 459 du Code civil prévoit que :

« hors les cas prévus à l'article 458, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. »

L'article 459-2 du Code civil prévoit que :

« la personne protégée choisit le lieu de sa résidence. Elle entretient librement des relations personnelles avec tout tiers, parent ou non. Elle a le droit d'être visitée, et le cas échéant, d'être hébergée par ceux-ci. En cas de difficulté, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué statue. »

• Le mariage

Une personne sous curatelle ne peut se marier qu'avec l'autorisation de son curateur ou, à défaut, celle du juge. Le mariage d'une personne en tutelle n'est permis qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, et après audition des futurs conjoints et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage.

• Le divorce

Les majeurs protégés n'ont pas accès à toutes les procédures de divorce, il leur est interdit de divorcer par consentement mutuel ou par acceptation du principe de la rupture du mariage (article 249-4 du Code civil). Par conséquent, seul le recours au divorce pour faute ou pour altération du lien conjugal est possible.

Le majeur en curatelle exerce l'action lui-même, avec l'assistance de son curateur. Si la demande est formée contre lui, il se défend lui-même, toujours avec l'assistance de son curateur (articles 249 dernier alinéa, et 249-1 du Code civil).

S'agissant du majeur en tutelle, la demande est formée par le tuteur, avec l'autorisation du conseil de famille s'il a été institué, ou avec l'autorisation du juge des tutelles. Elle est formée après avis médical et, dans la mesure du possible, après audition de l'intéressé, selon le cas, par le conseil de famille ou le juge (article 249 premier alinéa du Code civil). Si la demande est formée contre lui, l'action est exercée par le tuteur (article 249-1 du Code civil).

Lorsqu'une personne est placée sous sauvegarde de justice, la demande ne pourra être organisée qu'après organisation de la tutelle ou de la curatelle (article 249-3 du Code civil).

• Le pacte civil de solidarité

La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, signer la convention par laquelle elle conclut un pacte civil de solidarité, ni la modifier

sans cette assistance. La conclusion d'un pacte civil de solidarité par une personne en tutelle est soumise à l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, après audition des futurs partenaires et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage. La personne sous tutelle est simplement assistée de son tuteur lors de la signature de la convention et de sa modification. Aucune assistance n'est requise lors de la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance.

La personne sous curatelle ou sous tutelle peut rompre le pacte seule, par déclaration conjointe ou par décision unilatérale. En cas de tutelle, la rupture unilatérale peut également intervenir sur l'initiative du tuteur, autorisé par le juge ou le conseil de famille, après audition de l'intéressé et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage. Dans la curatelle, l'assistance du curateur n'est requise que pour la signification de la rupture unilatérale visée à l'article 515-7 du Code civil et pour la liquidation des droits et obligations des ex-partenaires. Dans la tutelle, la formalité de signification de la rupture unilatérale est opérée à la diligence du tuteur.

Lors des opérations de liquidation, dans le cas où le partenaire sera également le curateur ou le tuteur, il y aura opposition d'intérêts. Le dernier alinéa de l'article 461 et de l'article 462 du Code civil n'indiquent pas la procédure à suivre alors, mais il semble vraisemblable qu'il conviendra de demander la nomination d'un subrogé curateur (ou curateur ad hoc) ou d'un subrogé tuteur (ou tuteur ad hoc).

2.2.4 - Protection de la personne vulnérable quant à son patrimoine

2.2.4.1 *Curatelle*

Les trois types de curatelle subsistent dans la nouvelle loi : la curatelle « ordinaire », la curatelle « allégée », la curatelle « renforcée ».

a) Curatelle « ordinaire » et règles communes aux trois types de curatelle

Article 467 du Code civil : la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge du conseil de famille.

Lors de la conclusion d'un acte écrit, l'assistance du curateur se manifeste par l'apposition de sa signature à côté de celle de la personne protégée. A peine de nullité, toute signification faite à cette dernière l'est également au curateur.

Article 468 du Code civil :

« les capitaux revenant à la personne en curatelle sont versés directement sur un compte ouvert à son seul nom et mentionnant son régime de protection, auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public.

La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire emploi de ses capitaux. Cette assistance est également requise pour introduire une action en justice ou y défendre. »

Article 470 du Code civil :

« la personne en curatelle peut librement tester sous réserve des dispositions de l'article 901 (insanité d'esprit, vice du consentement).

Elle ne peut faire de donation qu'avec l'assistance du curateur.

Le curateur est réputé en opposition d'intérêts avec la personne protégée lorsqu'il est bénéficiaire de la donation. »

Seule la donation est visée par la notion d'opposition d'intérêts. Doit-on comprendre le terme de « donation » comme une donation entre vifs de biens présents ? Le testament, de même qu'une donation entre époux consentie par une personne sous curatelle au profit de son conjoint qui est également son curateur nécessite-t-elle la nomination d'un curateur ad hoc ? Il serait prudent de le prévoir, par analogie de raisonnement avec ce qui est prévu pour la désignation du bénéficiaire dans un contrat d'assurance vie.

En effet, l'article L 134-2-1 du Code des assurances nous indique que la souscription ou le rachat d'un contrat d'assurance sur la vie, ainsi que la désignation ou la substitution du bénéficiaire ne peuvent être accomplis qu'avec l'assistance du curateur. En cas de refus de ce dernier, la personne sous curatelle peut demander l'autorisation au juge d'agir seul.

Lorsque le bénéficiaire du contrat est le curateur, il est réputé être en opposition d'intérêts avec la personne protégée ; un curateur ad hoc doit alors être désigné.

b) Curatelle allégée

Article 471 du Code civil : « (...) à tout moment, le juge peut, par dérogation à l'article 467, énumérer certains actes que la personne en curatelle a la capacité de faire seule... »

c) Curatelle renforcée

Article 471 du Code civil : « (...) à tout moment, le juge peut, par dérogation à l'article 467, énumérer certains actes que la personne en curatelle a la capacité de faire seule ou, à l'inverse, ajouter d'autres actes à ceux pour lesquels l'assistance du curateur est exigée. »

Article 472 du Code civil : « (...) le juge peut également, à tout moment, ordonner une curatelle renforcée. Dans ce cas, le curateur perçoit seul les revenus de la personne en curatelle sur un compte ouvert au nom de cette dernière. Il assure lui-même le règlement des dépenses auprès des tiers et dépose l'excédent sur un compte laissé à la disposition de l'intéressé ou le verse entre ses mains. »

2.2.4.2 Tutelle

L'article 473 du Code civil dispose que : « sous réserve des cas où la loi ou l'usage autorise la personne en tutelle à agir elle-même, le tuteur la représente dans tous les actes de la vie civile. Toutefois, le juge peut, dans le jugement

d'ouverture ou ultérieurement, énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire seule ou avec l'assistance du tuteur ».

Le tuteur agit tantôt seul, tantôt avec l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles.

a) Actes que le tuteur accomplit seul (article 504 du Code civil)

- actes conservatoires
- actes d'administration (*) nécessaires à la gestion du patrimoine,
- actions en justice pour faire valoir les droits patrimoniaux de la personne protégée,
- renouvellement des baux consentis avant l'ouverture de la tutelle,
- conclusion de nouveaux baux qui ne confèrent alors au preneur aucun droit à renouvellement ni aucun droit à se maintenir dans les lieux à l'expiration du bail,
- l'acceptation d'une succession à concurrence de l'actif net (article 507-1)

b) Actes nécessitant une autorisation (articles 505 à 508 du Code civil)

- les actes de disposition (*)
- la vente ou l'apport en société d'un immeuble, fonds de commerce, instruments financiers non admis à la négociation sur un marché réglementé,
- la transaction,
- le partage amiable,
- l'acceptation pure et simple d'une succession,
- la renonciation à une succession

c) Cas particulier des libéralités (article 476 du Code civil)

1° – Donations

La personne en tutelle peut, avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille, être assistée ou au besoin représentée par le tuteur pour faire des donations.

2° – Testaments

Elle ne peut faire seule son testament après l'ouverture de la tutelle qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille, à peine de nullité de l'acte. Le tuteur ne peut ni l'assister ni la représenter à cette occasion. Elle peut révoquer seule le testament fait avant ou après l'ouverture de la tutelle.

Le testament fait antérieurement à l'ouverture de la tutelle reste valable à moins qu'il ne soit établi que, depuis cette ouverture, la cause qui avait déterminé le testateur à disposer a disparu.

*• Actes d'administration et actes de disposition. Le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 pris pour l'application de la loi du 5 mars 2007 apporte une définition claire des actes d'administration et des actes de disposition. Nous le reproduisons en annexe.

3° – Contrats d'assurance-vie (article L 134-2-1 du Code des assurances)

La souscription ou le rachat d'un contrat d'assurance sur la vie ainsi que la désignation ou la substitution du bénéficiaire ne peuvent être accomplis qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille. Lorsque le bénéficiaire est le tuteur, il y a opposition d'intérêt avec le souscripteur, il conviendra alors de nommer un tuteur ad hoc.

4° – Les actes interdits (article 509 du Code civil)

L'article 509 du Code civil énumère enfin les actes que le tuteur ne peut en aucun cas accomplir, même avec l'autorisation du juge. Il s'agit :

- exception faite de la donation, des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée, tels que remise de dette, renonciation gratuite à un droit acquis, renonciation anticipée à l'action en réduction, mainlevée de sûreté avec ou sans paiement, constitution gratuite de servitude ou constitution gratuite de sûreté pour garantir la dette d'un tiers,
- de l'acquisition d'un tiers par le tuteur d'un droit ou d'une créance détenue contre la personne protégée,
- de l'exercice d'un commerce ou d'une profession libérale au nom de la personne protégée,
- de l'acquisition ou de la prise à bail par le tuteur de biens appartenant à la personne protégée (sauf, ainsi que le prévoit l'article 508, à titre exceptionnel, avec l'autorisation du conseil de famille ou du juge, et sous la condition que le tuteur n'exerce pas la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs),
- du transfert dans un patrimoine fiduciaire, des biens ou droits du majeur protégé.

Annexe

Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 pris pour l'application de la loi du 5 mars 2007

Article 1

Constituent des actes d'administration les actes d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénués de risque anormal.

Figure dans la colonne 1 du tableau constituant l'annexe 1 du présent décret une liste des actes qui sont regardés comme des actes d'administration.

Figure dans la colonne 1 du tableau constituant l'annexe 2 du présent décret une liste non exhaustive d'actes qui sont regardés comme des actes d'administration, à moins que les circonstances d'espèce ne permettent pas au tuteur de considérer qu'ils répondent aux critères de l'alinéa 1^{er} en raison de leurs conséquences importantes sur le contenu ou la valeur du patrimoine de la personne protégée, sur les prérogatives de celle-ci ou sur son mode de vie.

Article 2

Constituent des actes de disposition les actes qui engagent le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou l’avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire.

Figure dans la colonne 2 du tableau constituant l’annexe 1 du présent décret une liste des actes qui sont regardés comme des actes de disposition.

Figure dans la colonne 2 du tableau constituant l’annexe 2 du présent décret une liste non exhaustive d’actes qui sont regardés comme des actes de disposition, à moins que les circonstances d’espèce ne permettent pas au tuteur de considérer qu’ils répondent aux critères de l’alinéa 1^{er} en raison de leurs faibles conséquences sur le contenu ou la valeur du patrimoine de la personne protégée, sur les prérogatives de celle-ci ou sur son mode de vie.

Article 3

Les actes pour l’accomplissement desquels le curateur et le tuteur peuvent s’adjoindre le concours de tiers sont :

1° Les actes conservatoires qui permettent de sauvegarder le patrimoine ou de soustraire un bien à un péril imminent ou à une dépréciation inévitable sans compromettre aucune prérogative du propriétaire ;

2° Les actes d’administration énumérés dans la colonne 1 des tableaux constituant les annexes 1 et 2 du présent décret, sous réserve qu’ils n’emportent ni paiement ni encaissement de sommes d’argent par ou pour la personne protégée.

Article 4

La valeur maximale en capital des biens sur lesquels portent les actes qui peuvent être autorisés par le juge en suppléance du conseil de famille est fixée à la somme de 50 000 euros.

Les dispositions du présent article peuvent être modifiées par décret.

Annexe 1

Liste des actes regardés comme actes d’administration ou comme actes de disposition

Colonne 1 : Actes d’administration	Colonne 2 : Actes de disposition
I. • Actes portant sur les immeubles : • convention de jouissance précaire (<i>art. 426, al. 2, du c.c.</i>) ; • conclusion et renouvellement d’un bail de neuf ans au plus en tant que bailleur (<i>art. 595 et 1718 du c.c.</i> ou preneur ; • bornage amiable de la propriété de la personne protégée ;	I. • Actes portant sur les immeubles : • disposition des droits relatifs au logement de la personne protégée, par aliénation, résiliation ou conclusion d’un bail (<i>art. 426, al. 3, du c.c.</i>) ; • vente ou apport en société d’un immeuble (<i>art. 505, al. 3, du c.c.</i>) ; • achat par le tuteur des biens de la personne protégée, ou prise à bail ou à ferme de ces biens par le tuteur (<i>art. 508, al. 1, du c.c.</i>) ;

- travaux d'améliorations utiles, aménagements, réparations d'entretien des immeubles de la personne protégée ;
- résiliation du bail d'habitation en tant que bailleur ;
- prêt à usage et autre convention de jouissance ou d'occupation précaire ;
- déclaration d'insaisissabilité des immeubles non professionnels de l'entrepreneur individuel (art. 1526-1 du code de commerce) ;
- mainlevée d'une inscription d'hypothèque en contrepartie d'un paiement.

II. • Actes portant sur les meubles corporels et incorporels :

1° Sommes d'argent :

- ouverture d'un premier compte ou livret au nom ou pour le compte de la personne protégée (art. 427, al. 4, du c.c.) ;
- emploi et remploi de sommes d'argent qui ne sont ni des capitaux ni des excédents de revenus (art. 468 et 501 du c.c.) ;
- emploi et remploi des sommes d'argent non judiciairement prescrits par le juge des tutelles ou le conseil de famille (art. 501 du c.c.) ;
- perception des revenus ;
- réception des capitaux ;
- quittance d'un paiement ;
- demande de délivrance d'une carte bancaire de retrait.

2° Instruments financiers :

- résiliation d'un contrat de gestion de valeurs mobilières et instruments financiers (art. 500, al. 3, du c.c.).

- échange (art. 1707 du c.c.) ;
- acquisition d'immeuble en emploi ou remploi de sommes d'argent judiciairement prescrit (art. 501 du c.c.) ;
- acceptation par le vendeur d'une promesse d'acquisition (art. 1589 du c.c.) ;
- acceptation par l'acquéreur d'une promesse de vente (art. 1589 du c.c.) ;
- dation ;
- tout acte grave, notamment la conclusion et le renouvellement du bail, relatif aux baux ruraux, commerciaux, industriels, artisanaux, professionnels et mixtes, grosses réparations sur l'immeuble ;
- constitution de droits réels principaux (usufruit, usage, servitude...) et de droits réels accessoires (hypothèques...) et autres sûretés réelles ;
- consentement à une hypothèque (art. 2413 du c.c.) ;
- mainlevée d'une inscription d'hypothèque sans contrepartie d'un paiement.

II. • Actes portant sur les meubles corporels et incorporels :

1° Sommes d'argent :

- modification de tout compte ou livrets ouverts au nom de la personne protégée (art. 427, al. 1 et 2, du c.c.) ;
- ouverture de tout nouveau compte ou livret au nom ou pour le compte de la personne protégée (art. 427, al. 1 et 2, du c.c.) ;
- ouverture de tout compte, y compris d'un compte de gestion du patrimoine, auprès de la Caisse des dépôts et consignations (art. 427, al. 3, et art. 501, al. 4, du c.c.) ;
- lorsque la personne protégée a fait l'objet d'une interdiction d'émettre des chèques, fonctionnement de ses comptes sous la signature de la personne chargée de la mesure de protection et disposition par celle-ci de tous les moyens de paiement habituels (art. 427, al. 7, du c.c.) ;
- emploi et remploi des capitaux et des excédents de revenus (art. 468 et 501 du c.c.) ;
- à compter du 1^{er} février 2009 : contrat de fiducie par une personne sous curatelle (art. 468, al. 2, du c.c.) ;
- clôture d'un compte bancaire ;
- ouverture d'un compte de gestion de patrimoine ;
- demande de délivrance d'une carte bancaire de crédit.

2° Instruments financiers (au sens de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier) :

- conclusion d'un contrat de gestion de valeurs mobilières et instruments financiers (art. 500, al. 3, du c.c.) ;
- vente ou apport en société d'instruments financiers non admis à la négociation sur un marché réglementé (art. 505, al. 3, du c.c.) ;

3° Autres meubles, corporels et incorporels : • louage-prêt-emprunt-vente-échange-dation et acquisition de meubles d'usage courant ou de faible valeur ; • perception des fruits ; • location d'un coffre-fort.	• vente d'instruments financiers (<i>art. 505, al. 4, du c.c.</i>). 3° Autres meubles, corporels et incorporels : • aliénation des meubles meublant du logement ou résiliation ou conclusion d'un bail sur ces meubles (<i>art. 426, al. 3, du c.c.</i>) ; • vente ou apport d'un fonds de commerce en société (<i>art. 505, al. 3, du c.c.</i>) ; • louage-prêt-vente-échange-dation de meubles de valeur ou qui constituent, au regard de l'inventaire, une part importante du patrimoine du mineur ou du majeur protégé ; • vente-échange-dation d'un fonds de commerce ; • conclusion d'un contrat de location gérance sur un fonds de commerce.
III. • Actes relatifs aux groupements dotés de la personnalité morale :	III. • Actes relatifs aux groupements dotés de la personnalité morale : • candidature aux fonctions de gérant et d'administrateur ; • copropriété des immeubles bâtis : actes visés aux art. 25 à 28-1, 30, 35 et 38 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965.
IV. • Actes relatifs aux groupements dénués de personnalité morale : • en cas d'indivision légale : vente d'un bien indivis pour payer les dettes de l'indivision (<i>art. 815-3 [3°] du c.c.</i>).	IV. • Actes relatifs aux groupements dénués de personnalité morale : • communauté conjugale : actes qu'un époux ne peut pas faire seul ; • indivision conventionnelle : actes que le gérant ou l'un des coindivisaires ne peut pas faire seul ; • en cas de démembrement du droit de propriété : vente-échange-dation du droit démembré, actes auxquels les titulaires des droits démembrés doivent consentir conjointement, grosses réparations non urgentes.
V. • Actes à titre gratuit : • inventaire (<i>art. 503 du c.c.</i>) ; • acceptation d'une succession à concurrence de l'actif net (<i>art. 507-1 du c.c.</i>) ; • acceptation d'un legs universel ou à titre universel à concurrence de l'actif net (<i>art. 507-1 et 724-1 du c.c.</i>) ; • acte de notoriété (<i>art. 730-1 du c.c.</i>) ; • action interrogatoire à l'encontre des héritiers taissants (<i>art. 771, al. 2, du c.c.</i>) ; • mandat aux fins de partage (<i>art. 837 du c.c.</i>) ; • acceptation de legs à titre particulier et de donation non grevés de charge ; • délivrance de legs ; • déclaration de succession ; • attestation de propriété.	V. • Actes à titre gratuit : • donation consentie par une personne protégée majeure (<i>art. 470, al. 2 et 476, al. 1^{er} du c.c.</i>) ; • partage amiable (<i>art. 507 du c.c.</i>) ; • acceptation pure et simple d'une succession (<i>art. 507-1, al. 1^{er}, du c.c.</i>) ; • révocation d'une renonciation à une succession ou à un legs universel ou à titre universel (<i>art. 507-2 du c.c.</i>) ; • acceptation pure et simple d'un legs universel ou à titre universel (<i>art. 724-1 du c.c.</i>) ; • révocation d'une renonciation à un legs (<i>art. 724-1 du c.c.</i>) ; • choix par le donataire de rapporter en nature le bien donné (<i>art. 859 du c.c.</i>) ; • renonciation à une succession (<i>art. 507-1, al. 2, du c.c.</i>) ; • renonciation à un legs (<i>art. 724-1 du c.c.</i>) ;

	• renonciation à une action en réduction des libéralités excessives après le décès du prémourant (<i>art. 920 du c.c.</i>); • acceptation de legs à titre particulier et de donations grevées de charges; • renonciation à un legs universel grevé de charges; • révocation d'une donation entre époux (<i>art. 953 du c.c.</i>); • consentement à exécution d'une donation entre époux.
VI. • Actions en justice : • toute action en justice relative à un droit patrimonial de la personne sous tutelle (<i>art. 504, al. 2, du c.c.</i>); • tout acte de procédure qui n'emporte pas perte du droit d'action.	VI. • Actions en justice : • toute action en justice relative à un droit extrapatrimonial de la personne sous tutelle (<i>art. 475, al. 2, du c.c.</i>); • toute action en justice relative à un droit patrimonial ou extrapatrimonial de la personne en curatelle (<i>art. 468, al. 3, du c.c.</i>); • action par la personne chargée de la protection en nullité, rescision ou réduction, selon le cas, des actes accomplis par la personne protégée (<i>art. 465, al. 6, du c.c.</i>); • tout acte de procédure qui n'emporte pas perte du droit d'action.
VII. • Assurances : • conclusion ou renouvellement d'un contrat d'assurance de biens ou de responsabilité civile.	VII. • Assurances : • demande d'avance sur contrat d'assurance (<i>art. L. 132-21 du code des assurances</i>).
VIII. • Actes de poursuite et d'exécution : • mesures conservatoires (<i>art. 26, loi n° 91-650 du 9 juillet 1991</i>); • procédures d'exécution mobilière (<i>art. 26, loi n° 91-650 du 9 juillet 1991</i>).	VIII. • Actes de poursuite et d'exécution : • saisie immobilière (<i>art. 2206, al. 1, du c.c.</i> et 13 du décret n° 2006-236 du 27 juillet 2006).
IX. • Actes divers : • indivision légale : actes visés par l'article 815-3 (1° et 2°) du c.c. (acte d'administration des biens indivis et mandat général d'administration); • tout acte relatif à l'animal domestique de la personne protégée.	IX. • Actes divers : • transaction et compromis et clause compromissoire au nom de la personne protégée (<i>art. 506 du c.c.</i>); • changement ou modification du régime matrimonial (<i>art. 1397 du c.c.</i>); • souscription ou rachat d'un contrat d'assurance-vie et désignation ou substitution du bénéficiaire (<i>art. L. 132-4-1 du code des assurances et art. L. 223-7-1 du code de la mutualité</i>); • révocation du bénéfice non accepté d'un contrat d'assurance-vie (<i>art. L. 132-9 du code des assurances et art. L. 223-11 du code de la mutualité</i>); • confirmation de l'acte nul pour insanité d'esprit (<i>art. 414-2 du c.c.</i>); • confirmation d'un acte nul pour avoir été accompli par le tuteur ou le curateur seul (<i>art. 465, al. 8, du c.c.</i>); • convention d'honoraires proportionnels en toute ou partie à un résultat, indéterminés ou aléatoires.

Annexe 2

Liste des actes regardés comme des actes d'administration ou de disposition sauf circonstances d'espèce

Colonne 1 : Actes d'administration	Colonne 2 : Actes de disposition
I. • Actes portant sur les meubles corporels et incorporels : 1° Sommes d'argent : • paiements des dettes y compris par prélèvement sur le capital ; • octroi de délai raisonnable en vue du recouvrement de créances. 2° Instruments financiers (au sens de l'art. L. 211-1 du code monétaire et financier) : • actes de gestion d'un portefeuille, y compris les cessions de titres à condition qu'elles soient suivies de leur remplacement ; • exercice du droit de vote dans les assemblées, sauf ce qui est dit à propos des ordres du jour particuliers ; • demandes d'attribution, de regroupement ou d'échanges de titres ; • vente des droits ou des titres formant rompus ; • souscription à une augmentation de capital, sauf ce qui est dit sur le placement de fonds ; • conversion d'obligations convertibles en actions admises à la négociation sur un marché réglementé. 3° Autres meubles, corporels et incorporels :	I. • Actes portant sur les meubles corporels et incorporels : 1° Sommes d'argent : • prélèvement sur le capital à l'exclusion du paiement des dettes ; • emprunt de sommes d'argent ; • prêt consenti par la personne protégée. 2° Instruments financiers (au sens de l'art. L. 211-1 du code monétaire et financier) : • cession du portefeuille en pleine propriété ou en nue-propriété ; • acquisition et cession d'instruments financiers non inclus dans un portefeuille ; • nantissement et mainlevée du nantissement d'instruments financiers.
II. • Actes relatifs aux groupements dotés de la personnalité morale : • engagement de conservation de parts ou d'actions.	3° Autres meubles, corporels et incorporels : • cession de fruits ; • vente-échange-dation de droits incorporels ; • conclusion d'un contrat d'exploitation d'un droit ou d'un meuble incorporel. II. • Actes relatifs aux groupements dotés de la personnalité morale : • tout apport en société non visé à l'annexe 1 ; • détermination du vote sur les ordres du jour suivants : reprise des apports – modification des statuts – prorogation et dissolution du groupement – fusion – scission – apport partiel d'actifs – agrément d'un associé – augmentation et réduction du capital – changement d'objet social – emprunt et constitution de sûreté – vente d'un élément d'actif immobilisé – aggravation des engagements des associés ; • maintien dans le groupement ; • cession et nantissement de titres.

III. • Actes relatifs à la vie professionnelle : • conclusion et rupture d'un contrat de travail en qualité d'employeur ; • conclusion et rupture d'un contrat de travail en qualité de salarié ; • adhésion à un contrat d'assurance de groupe en cas de vie dont les prestations sont liées à la cessation d'activité professionnelle ou adhésion à un contrat de prévoyance complémentaire (sauf en matière d'assurance-vie : <i>art. L. 132-4-1 et L. 132-9 du code des assurances et arts. L. 223-7-1 et L. 223-11 du code de la mutualité</i>) ; • adhésion à un contrat d'assurance afférent au risque décès dans le cadre d'un contrat collectif (<i>art. L. 141-5 du code des assurances et L. 233-6 du code de la mutualité</i>).	III. • Actes relatifs à la vie professionnelle :
IV. • Assurances : • acceptation de la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie sans charge.	IV. • Assurances : • acceptation de la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie sans charge. • versement de nouvelles primes sur un contrat d'assurance-vie.
V. • Actes divers :	V. • Actes divers : • contrat de crédit

TITRE II – DROIT DU PATRIMOINE ET RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

« L'image d'un bien saisie par le droit ». Ce fut le titre d'une chronique de Jacques RAVANAS au recueil Dalloz ¹. Le patrimoine peut faire partie des éléments qu'une personne, le propriétaire ou sa famille, souhaite conserver secret. L'affaire CALVET ² a donné lieu à une jurisprudence intéressante en ce domaine. Dans quelle mesure le patrimoine en tant qu'entité permettant le respect de la vie privée, est-il objet d'une protection. Nous verrons dans un premier temps comment le notaire peut participer à cette protection. (Chapitre 1 Le principe et sa mise en œuvre). Mais les exceptions sont nombreuses, nous en relaterons les raisons (Chapitre 2 Les exceptions).

Chapitre 1 – Le principe et sa mise en œuvre

Observations préalables

« Le Savoir est lié au Pouvoir » selon le philosophe français Michel FOUCAULT. Les défenseurs de la vie privée voient en elle le moyen de lutter contre l'apparition d'une société de contrôle. Pourtant, le droit au respect de la vie privée est un droit reconnu tant au niveau national (1.1) que supra national (1.2).

Une protection juridique nationale

Le droit au secret de la vie privée permet à la personne d'avoir une vie intime et de s'épanouir librement. Ce respect ne vise pas seulement l'existence d'un droit au secret mais également son exercice plein et entier. Cette protection de la vie privée a été consacrée par la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 qui a donné naissance à l'article 9 du Code civil, lequel dispose que « chacun a droit au respect de sa vie privée ». Le Conseil constitutionnel a jugé utile d'intervenir dans la protection de ce droit. Ainsi, après avoir longtemps refusé de lui reconnaître une valeur constitutionnelle, il a fini par l'admettre dans une décision du 18 janvier 1995 en affirmant que « la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle ». Il est tentant de classer la liberté de la vie privée parmi les libertés fondamentales. Un flou subsiste néanmoins quant à la notion même de vie privée

1• D 2000 p. 10.

2• La Cour européenne des droits de l'homme le 21 janvier 1999 (D. 1999, Somm.272, obs. N. Fricero) décide, comme l'avait fait la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 20 oct. 1993, RTD civ. 1994.77, D. 1994.594, note Picod) que « les questions patrimoniales concernant une personne menant une vie publique, tel un dirigeant d'une grande entreprise, ne relèvent pas du domaine de la vie privée ». Cf. la note critique de Jean Hauser, professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV « Fortune cachée » in RTD Civ. 1999 p. 359.

et ses frontières. Il paraît en effet difficile d'enfermer cette notion dans un cadre précis, fixe et rigide. « La vie privée, c'est avant tout le secret, la discrétion »³. C'est aussi la liberté pour une personne de mener son existence comme elle l'entend. « La loi du 5 mars 2007 impose le respect dû à l'intimité de la vie privée de la personne notamment protégée et prévoit en conséquence l'encadrement strict de l'accès aux informations concernant sa situation patrimoniale »⁴. Ainsi, conformément à l'article 503 du Code civil, le tuteur ne doit transmettre l'inventaire du patrimoine de la personne protégée qu'au seul juge des tutelles ; néanmoins, en application de l'article 1253 du Code de procédure civile, cet inventaire peut être réalisé en présence de deux témoins majeurs qui peuvent être des proches du majeur protégé, ceux-ci pouvant alors en vérifier le caractère complet et exact. Cet inventaire peut également être établi par un professionnel, officier public ou ministériel. En outre, l'accès à ce compte par les proches du majeur qui ne sont pas chargés de la mesure de protection est possible avec l'autorisation du juge, sur justification d'un intérêt.

La détermination des éléments et des contours de ce concept paraît donc impossible. La vie privée est certes une notion juridique. Mais c'est une notion a priori imprécise. Actuellement, le droit au respect de la vie privée peut être bafoué par tout un panel de supports matériels et humains. Sa protection est donc ardue. Le droit à l'image des biens immobiliers en est une parfaite illustration. Chacun a, sur le fondement de l'article 9 du Code civil qui tend à devenir une « matrice des droits de la personnalité »⁵, le droit de s'opposer à la reproduction de l'image de son bien notamment immobilier. La solution est désormais acquise et la jurisprudence constante. « Le propriétaire d'une chose, qui ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci, ne peut s'opposer à l'utilisation du cliché par un tiers que si elle lui cause un trouble anormal »⁶. Le fait de nier l'existence d'un droit exclusif sur l'image de son bien n'a pas pour effet d'autoriser toute exploitation de celle-ci. Reste à délimiter ce que recouvre exactement la notion de trouble anormal. C'est un autre sujet.

Les juristes ont donc été amenés à une plus grande vigilance en matière de protection d'un droit qui n'est pas légalement défini. Le notaire, au même titre d'ailleurs que l'avocat ou le magistrat, doit veiller dans l'exercice de sa profession à ne pas outrepasser ses prérogatives et ne pas porter atteinte à la protection d'un droit dont la frontière entre le caractère public et privé est des plus incertaine. Officier public dont la mission d'authentification est de

3• Nizer, cité par R. Lindon, in « Les droits de la personnalité », Dalloz 1983, p. 257, n° 4.

4• Rép. min. Giudicelli, JO Sénat du 6 août 2009, p. 1948, n° 8647.

5• J. Ch. Saint-Pau, D. 1999, chron. p 541.

6• Cass. 1^{er} civ., 5 juillet 2005, Bull. civ. n° 02.21-452.

service public, le notaire n'en reste pas moins le confident familial naturel et nécessaire par excellence tenu au secret professionnel. Originellement, la loi de ventôse (L. 25 ventôse an XI, art.23) n'a pas imposé d'obligation générale au secret (c'était à l'époque une évidence). En revanche, le règlement national du 24 décembre 1979 énonce clairement que les notaires sont tenus au secret professionnel. Véritable trait d'union entre l'Etat et son client, le notaire doit faire preuve d'une transparence absolue concernant les informations du particulier en faveur de l'état et le respect de la vie privée de son client.

Une protection juridique internationale

Le respect de la vie privée est un droit de l'homme. Personnel, ce droit est reconnu à chacun. L'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 et l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, ratifiée par la France le 3 mai 1974, reconnaissent au respect de la vie privée le caractère de droit de l'homme. Ces textes sont directement applicables par les juridictions françaises.

Le juge national, lorsqu'il constate une contradiction entre les termes de la Convention européenne et ceux d'une norme nationale, doit faire prévaloir le texte international (Civ. 2^e, 3 juin 1975, Jacques Vabre et CE. Ass. 20 octobre 1989, Nicolo).

Cela observé, nous allons voir maintenant que cette protection de la vie privée par le notaire se fera, naturellement, au travers des actes (1) et des conseils (2).

1. Au travers des actes

Essentiellement deux actes nous retiendront à titre d'exemple, le testament et le mandat de protection future.

1.1 Le testament

Technique juridique ancestrale remontant à l'époque romaine, le testament permet à une personne de disposer librement et en toute sérénité de son patrimoine. «Acte unilatéral et solennel de dernière volonté révocable jusqu'au décès de son auteur, par lequel une personne dispose pour le temps où elle ne sera plus sous l'une des trois formes écrites prévues par la loi». Il est constitué dans sa source par une volonté unilatérale et peut contenir autant de dispositions patrimoniales qu'extrapatrimoniales, notamment les dernières volontés relatives aux funérailles.

Quatre formes testamentaires existent en droit positif français⁷.

⁷ En ce qui concerne le contenu, et notamment la question des funérailles, cf. supra 2^e Partie, Chapitre 1^{er}.

1.1.1 – En premier lieu, le testament olographe (article 970 du Code civil).

Incontestablement la forme de testament la plus utilisée en droit français. Réalisé librement par le testateur, il n'en reste pas moins soumis à des exigences requises *ad validitatem* : il doit en effet être écrit, daté et signé de la main de son auteur et ne doit contenir que les volontés de ce dernier. Le testament fait par plusieurs personnes, dit « conjonctif », est nul en droit français par opposition au droit allemand. En Allemagne, les couples mariés et concubins déclarés ont le droit de rédiger leurs dernières volontés dans un testament commun, le « *gemeinschaftliches testament* » (littéralement testament commun), institué à l'article 2265 du *Bürgerliches Gesetzbuch* (l'équivalent du Code civil français). Les dispositions rédigées communément sont dépendantes les unes des autres et ne peuvent être révoquées que du vivant de l'autre conjoint/concubin par voie notariée uniquement.

Respectueux de la protection de la vie privée, au même titre que son homologue allemand, le législateur français ne devrait-il pas lui aussi admettre un testament commun en droit positif français ? Ce positionnement a été anticipé par Monsieur Michel MATHIEU (diplômé d'Etudes supérieures de droit) en 2004, à l'occasion du 100^e Congrès des notaires de France. « Ce régime de testament établi en commun s'avère, selon lui, assez complexe en pratique et confère à l'intervention du notaire une vaste portée »⁸, tant sur les conseils donnés que sur la rédaction appropriée. Les deux intéressés connaissent le contenu des dernières volontés de l'autre ce qui porte directement atteinte au respect de la vie privée. Cependant, les conflits sont anticipés par une mise au point bilatérale immédiate des volontés. Le législateur allemand a su lier le respect de la vie privée de chacun et l'organisation successorale de ses concitoyens.

A y regarder de plus près, la pratique notariale allemande montre que la protection patrimoniale du client n'en est pas pour autant fragilisée. Un assouplissement de la prohibition des testaments conjonctifs serait un premier pas vers ce modèle de pragmatisme germanique.

Le but du notaire n'est-il pas d'allier sécurité et pacifisme juridiques ? N'est-il pas parfois plus opportun d'organiser l'avenir à deux plutôt que seul ?

Ne serait-il pas intéressant de créer un testament « *sui generis* » ayant la forme d'un contrat assorti d'une clause de confidentialité ? Révocable à tout moment comme il l'est aujourd'hui, qu'en serait-il des clauses particulières de ce nouveau testament et des éventuelles sanctions qui s'y rattachent ? Il est loisible d'envisager une clause pénale venant sanctionner l'inexécution de l'obligation

8• Michel Mathieu, « Le testament commun allemand : un exemple à suivre ? », JCPN éd. Notariale, 2004, article 1227, page 34.

de confidentialité. Par là même, la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle de chacun des rédacteurs ne fait aucun doute. Le débat reste ouvert.

A ce jour, aucune proposition de loi n'a été déposée pour la création de cet outil sui generis.

1.1.2 - Deuxième forme de testament, le testament par acte public, couramment appelé testament authentique (article 971 du Code civil).

Il est rédigé devant deux notaires ou un notaire assisté de deux témoins. Rédigé devant deux notaires, la sécurité juridique est garantie par le secret professionnel de ces derniers. En revanche, la présence de témoins enlève indubitablement au testament son caractère occulte et confidentiel. L'expression des dernières volontés du testateur constitue une information qui doit être gardée cachée car donnée en confidence.

Comment dès lors appliquer ce principe si des tiers participent à l'acte sans être soumis à une certaine confidentialité ?

Les témoins vérifient que le notaire retranscrit les dires du client. Ce dernier leur donne véritablement sa confiance en les choisissant.

Ne peuvent être pris pour témoins du testament par acte public, ni les légataires, à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ni les clerks des notaires par lesquels les actes seront reçus (article 975 du Code civil). Le témoin doit donc être apte à témoigner, c'est-à-dire jouir d'une pleine capacité et être en mesure de faire preuve d'indépendance vis-à-vis tant du notaire que du testateur ou des légataires. L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 3 février 2010⁹ apporte un éclairage quant à la définition de la notion de témoin dans un testament authentique.

La Cour de cassation rappelle ici expressément qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier, au cas par cas, selon les données de l'espèce, si le collaborateur en question est un simple stagiaire, qui peut donc assister le notaire lors de l'établissement du testament authentique ou, au contraire, un clerk au sens de l'article 975 susvisé. La prudence est de mise puisque le risque principal est la nullité absolue du testament.

Les témoins ne sont pas des professionnels juridiques. La règle du secret professionnel ne leur est donc pas applicable. Dès lors, une clause de confidentialité insérée dans le corps même du testament peut être la solution. Ne serait-il pas plutôt judicieux de créer un corps de règles assorti de sanctions particulières exclusivement applicables aux témoins ? Il serait plus simple de supprimer leur présence, véritable entrave à la confidentialité, lors de la rédaction du testament authentique.

⁹ Cass. 1^{re} civ, 3 févr. 2010, n° 09-10205.

1.1.3 – Troisième type de testament, le testament dit « mystique » (article 976 et suivants du Code civil). Du grec ancien : secret, caché.

Formellement, l'écrit est réalisé librement par le testateur de sa main ou à la machine puis cacheté et scellé dans une enveloppe par le notaire.

L'opacité des dernières volontés du client est théoriquement préservée et le respect de sa vie privée assurée jusqu'à son décès. Malheureusement, il est à ce jour bien trop souvent présenté comme dépassé ou « en totale désuétude »¹⁰. Il reste pourtant la forme testamentaire qui assure au maximum le respect de la vie privée du client et mérite, à juste titre, une réhabilitation juridique digne de ce nom.

1.1.4 – Enfin, seule et unique forme testamentaire non réglementée par le Code civil, le testament dit « International ».

Il résulte de la Convention de Washington du 26 octobre 1973 (applicable en France dès le 1^{er} décembre 1994)¹¹. Au départ utilisé pour lutter contre les problèmes de reconnaissance internationale des dispositions de dernières volontés, cet outsider des dispositions à cause de mort est apparu bénéfique aux illettrés et infirmes ne pratiquant pas (ou peu) le français et ne pouvant pas tester en la forme olographe. Sa dénomination internationale est pourtant bien trompeuse. L'article premier de ladite convention énonce en effet « qu'un testament est valable, en ce qui concerne la forme, quels que soient notamment le lieu où il a été fait, la situation des biens, la nationalité, le domicile ou la résidence du testateur, s'il est fait dans la forme du testament international (...) ». De fait, un citoyen français peut rédiger son testament international directement sur le sol français. Cet outil juridique présente malgré tout des inconvénients.

D'abord, « le testament doit être fait par écrit » (article 3 de la Convention susnommée). L'utilisation d'une machine est donc autorisée. Vient ensuite la question du support de l'écrit. « Le Conseil supérieur du notariat français fait actuellement la promotion d'une nouvelle technique de vente immobilière »¹² : la VNI ou « vente notariale interactive », qui n'est autre qu'un système de mise en vente en ligne sécurisée par le notaire.

1.1.5 – Conclusions – suggestion

Le 28 octobre 2008, Rachida DATI, alors Garde des Sceaux, ministre de la Justice, et Eric BESSON, secrétaire d'Etat chargé de la Prospective, de

10• Philippe Malaurie et Laurent Aynes, in « Les successions, Les libéralités », Defrénois 2^e éd., 2006, p 250.

11• www.unidroit.org

12• La Semaine Juridique Notariale et Immobilière (JCPN) n° 28 du 10 juillet 2009, article n° 1231, page 15 in La vente interactive (VNI) de Madame Laurence Mauger-Vielpeau.

l'Evaluation des politiques publiques et du Développement de l'économie numérique ont lancé le premier acte authentique sur support électronique. Il préfigure la dématérialisation totale des actes notariés en France. L'adoption de la signature numérique permet de simplifier et d'accélérer l'ensemble des démarches notariales.

Elle est appréciée par les usagers car elle se traduit par un gain de temps : fini de parapher la bonne quarantaine de pages papier que peut présenter un acte d'acquisition, l'acquéreur n'a plus qu'une signature à porter. De plus, elle facilite la signature d'actes authentiques des personnes âgées, par exemple, en leur évitant d'aller chez leur notaire. Il suffit à l'officier public de se rendre à leur chevet, faire signer l'acte et le transmettre immédiatement. Pour les transactions, on peut aussi fort bien imaginer qu'acheteur et vendeur ne se trouvent plus réunis dans un même lieu. Un acheteur basé à Lyon n'aura plus besoin de se déplacer pour acquérir un bien à Paris. Il lui suffira d'être avec son notaire à Lyon, pour signer un acte avec un vendeur installé à Paris chez son propre notaire.

Lors de la signature de l'acte authentique, chaque notaire a sa propre clé USB avec sa signature numérisée. Au cours de l'acte notarié, le client utilise un signet électronique en vue d'apposer sa signature sur une tablette signature.

Dans le cadre de l'évolution actuelle des techniques de réception des actes juridiques, pourquoi ne pas imaginer un concept similaire de TNI ou testament notarial interactif ? Ce dernier s'inscrirait de facto dans les objectifs même de la convention qui ne sont autres que moderniser et faciliter les relations privées transnationales. Ainsi, tout citoyen français domicilié à l'étranger serait légalement autorisé par un concept de « visioconférence », adapté et sécurisé, à dicter au notaire français ses dernières volontés. L'idée paraît plaisante. Elle n'en reste pas moins illusoire. Les risques qu'engendrerait un tel système informatique dans la protection du secret des dispositions de dernières volontés sont en effet trop importants.

L'article 6 de la convention susvisée exclut cette possibilité en énonçant que « si le testament comporte plusieurs feuillets, chaque feuillet doit être signé par le testateur ». La notion de feuillet se rapporte directement à la notion de papier. L'écrit papier reste par conséquent obligatoire.

De plus, l'article 3 de la convention susvisée poursuit en énonçant que « le testament n'est pas nécessairement écrit du testateur lui-même ». L'intervention d'un tiers rédacteur de l'acte contrevient directement au respect de la vie privée du testateur.

Les avancées technologiques sont sur le devant de la scène, notamment dans le cadre du programme spécifique « Justice civile » 2007-2013 avec le programme « Europe Testaments », en coopération avec l'association du Réseau

européen des registres testamentaires (ARERT). Ledit programme vise à promouvoir la coopération judiciaire entre professionnels du droit en Europe.

Comment ? Grâce à l'élaboration d'une liste de préconisations qui faciliteraient le développement d'un système de recherche des testaments efficace entre les vingt-sept Etats membres de l'Union européenne (UE).

L'objectif général du programme est ainsi de contribuer à la création de l'espace juridique européen pour les citoyens en matière de successions. A l'heure où les citoyens européens sont de plus en plus mobiles et où les dossiers transfrontaliers sont donc de plus en plus nombreux, disposer d'un tel outil devient en effet essentiel pour s'assurer que les testaments des citoyens européens seront retrouvés quelque soit le lieu où ils se trouvent et donc que les dernières volontés du défunt seront respectées.

Enfin, « le testament peut être écrit en une langue quelconque » (article 3) et « le testateur n'est pas tenu de donner connaissance du contenu de l'acte ni aux témoins ni à la personne habilitée » (article 4).

Il est donc à prévoir des problèmes d'interprétations linguistiques allant à l'encontre de la sécurité juridique. Pratiquement, ce testament complexe est assez rare. Il n'en reste pas moins important dans des cas marginaux.

1.2 Le mandat de protection future

Le mandat de protection future est l'une des nouveautés de la loi du 5 mars 2007¹³ réformant le droit des incapacités. Pour l'essentiel, elle était applicable dès le 1^{er} janvier 2009 mais le mandat de protection future a fait l'objet des faveurs du législateur et pouvait être signé au lendemain de la loi précitée. Préconisé lors du congrès de Strasbourg en 2006 sur la question des personnes vulnérables (thème choisi par Monsieur le Président Jacques COMBRET, notaire à Rodez), il s'inscrit dans le cadre d'un droit volontaire restreignant l'intervention du juge des tutelles et assurant une plus grande liberté de disposer secrètement pour soi ou pour autrui (hypothèse de l'enfant handicapé) dans une lourdeur juridique atténuée.

Le mandat de protection future est un contrat permettant à une personne d'organiser à l'avance sa protection en choisissant celui ou celle qui sera chargé de s'occuper de ses affaires le jour où elle ne pourra plus le faire elle-même, en raison de l'âge ou de son état de santé par exemple (articles 477 à 494 du Code civil). Le mandat ne fait perdre ni les droits ni la capacité juridique du mandant, mais permet à son mandataire d'agir à sa place et en son nom (article 488 du Code civil). Il fonctionne comme une procuration.

L'objet du mandat permet une protection à deux niveaux distincts.

13• Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

D'une part, le **mandat pour soi-même**. Toute personne majeure ou mineure émancipée, ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle, peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues par l'art. 425 C.c. (altération médicalement constatée soit de ses facultés mentales soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté), elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts (article 477 du Code civil, alinéa 1). Une personne sous curatelle peut conclure un mandat de protection future avec l'assistance de son curateur.

D'autre part, le **mandat pour autrui**. Les parents, ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou de curatelle, titulaires de l'autorité parentale sur leur enfant mineur, ou assumant la charge matérielle et affective de leur enfant majeur, peuvent choisir un mandataire qui assurera la représentation de leur enfant. Ce mandat prendra effet au jour du décès du mandant, ou au jour où il ne pourra plus prendre soin de l'enfant, dans l'hypothèse où l'enfant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts pour les causes visées à l'article 425 du Code civil.

Le mandat de protection future porte sur la protection de la personne du mandant, il peut être étendu à la protection de son patrimoine ou être limité à l'un seul de ces deux objets. L'article 478 du Code civil renvoie aux règles du mandat et dispose que « le mandat de protection future est soumis aux dispositions des articles 1984 à 2010 du Code civil... » (Règlementant le mandat de droit commun). Il peut par conséquent être général ou spécial. En matière patrimoniale par exemple, il est parfaitement concevable qu'il soit strictement limité à la gestion d'un bien en particulier, tels une entreprise commerciale, une exploitation agricole, un bien immobilier, un portefeuille de titres, etc.

Formellement, le mandat de protection future peut être dressé en la forme authentique ou la forme sous seing privé. C'est un acte solennel. Dans ce dernier cas, l'acte signé et daté par le mandant doit être soit contresigné par un avocat, soit établi selon un modèle défini par décret en Conseil d'Etat (article 492 du Code civil). (cf. *infra*)

L'acceptation par le mandataire du mandat notarié doit être faite dans les mêmes formes, ce qui laisse entendre la possibilité d'une acceptation par acte séparé. L'acceptation du mandat sous seing privé résulte de l'apposition de sa signature par le mandataire sur le mandat, qui n'acquiert date certaine que dans les conditions de l'article 1328 du Code civil (enregistrement ou décès de l'une des parties). Le législateur accorde une préférence au mandat conclu par acte notarié, lui donnant une portée plus large dans ses effets.

Le mandat établi sous seing privé est limité, quant à la gestion du patrimoine, aux actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation. La conclusion par le mandataire d'un acte soumis à autorisation nécessitera l'autorisation du juge des tutelles. En revanche, le mandat conclu par acte notarié, même conçu en termes généraux, inclut tous les actes patrimoniaux que le tuteur peut accomplir seul ou avec une autorisation, à l'exception des actes à titre gratuit.

Un premier exemplaire dudit modèle défini par décret en Conseil d'Etat a été annexé au décret n° 2007-1702 du 30 novembre 2007. La publication au Journal Officiel daté du 26 décembre 2009 du décret n° 2009-1628 du 23 décembre 2009 a été l'occasion pour le législateur de publier un nouveau modèle de mandat de protection future sous seing privé prévu par l'article susmentionné. Il est actuellement téléchargeable sur le site internet du ministère de la Justice (formulaire CERFA n°51226#01)¹⁴. L'acte prend effet lorsqu'il est justifié que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses propres intérêts et prend fin dans des conditions strictement énumérées par la loi.

Le mandataire doit exécuter la mission qui lui est confiée conformément à ce qui est prévu dans le mandat et plus globalement par les règles du code civil en la matière, notamment lors de l'ouverture de la mesure par la réalisation de l'inventaire des biens de la personne protégée (articles 486, 491 et 494 du Code civil) ou l'établissement annuel du compte de gestion, dans les conditions fixées par le mandat. La réalisation de ce dernier comprend les frais d'enregistrement (125 € à la charge du mandant) pour donner une date certaine à chaque exemplaire original de l'acte. Ils impliquent donc le dépôt de l'acte à la recette des impôts et la possibilité pour le tiers d'en prendre connaissance. L'instauration d'un droit de paiement sur état réduirait à néant cette possibilité.

« Très bel instrument juridique, socialement utile et humainement opportun »¹⁵ selon Monsieur le professeur Hugues FULCHIRON (Université Jean Moulin – Lyon III, directeur du Centre de droit de la famille), on peut cependant regretter cette alternative formelle ouverte aux particuliers. La sécurité juridique et, a fortiori, le respect de la vie privée du client, est renforcée avec un mandat notarié. L'article 494 du Code civil (mandat sous seing privé) rappelle l'obligation faite au mandataire de présenter ses comptes au juge des tutelles ou au procureur de la République, conformément à l'article 416 du même Code. Il serait utile alors que le mandat prévoie l'obligation pour le mandataire de soumettre la vérification de ses comptes à un

14• www.justice.gouv.fr

15• Répertoire du notariat, Defrénois, n° 2 de 30 janvier 2009, 129^e année, page 183.

homme de l'art (expert-comptable par exemple). A l'inverse, dans le mandat notarié, l'obligation de vérification pèse sur le notaire. Chargé de la conservation des comptes, il doit vérifier que le mandataire lui adresse les documents prescrits par l'article 491 du Code civil. Il doit en outre prévenir le juge des tutelles de tout mouvement de fonds et de tout acte non justifié ou n'apparaissant pas conforme aux stipulations du mandat. Désigné selon la propre volonté du mandant, le mandataire peut être n'importe quelle personne physique ou morale.

La personne physique ne doit pas être un mineur non émancipé ni un majeur placé sous un régime de protection. La personne morale doit, quant à elle, être inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, prévue à l'article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles. Le mandant reste investi des pouvoirs pour passer seul les actes à caractère strictement personnel.

En effet, il reste civilement capable. Le mandat de protection future est un régime de représentation, et non un régime d'incapacité. Le mandat ne retire pas au mandant la possibilité d'agir seul, malgré la constatation médicale de l'altération de ses facultés, exigée pour sa mise en œuvre.

Il résulte de ce paradoxe que le mandant peut continuer à agir et ce faisant, œuvrer dans le sens contraire de ses intérêts et de la gestion pratiquée par son mandataire. Certes, les actes conclus par le mandant postérieurement à la mise en œuvre du mandat pourront être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès (article 488 du Code civil). Mais cette possibilité conduit à l'insécurité des transactions, d'autant plus qu'aucune mesure de publicité n'est prévue. Cette contradiction pourra aboutir à des situations dangereuses et peut laisser penser que cette imperfection de la loi aboutit à une mauvaise protection du mandant, puisqu'incomplète. Le notaire peut en revanche réclamer sa présence lors de la conclusion d'un acte, même si celui-ci ne signe pas. Etant ici précisé que le notaire ne peut en aucun cas être mandataire de l'un de ses clients. Il ne peut être rédacteur et partie au même acte.

Préjudiciable et fortement critiqué par la doctrine, le défaut de publicité du mandat de protection future est ainsi contrecarré par un suivi continu du professionnel juridique. Certes, désigner celui-ci en tant que contrôleur du mandataire augmente les chances de voir sa responsabilité engagée devant les tribunaux. Dès lors, quel régime conviendrait-il d'appliquer à ce dernier en cas de mauvaise exécution voire inexécution de ses obligations ?

Les règles de droit commun du mandat posées aux articles 1984 et suivants du Code civil sont-elles suffisantes et appropriées ou au contraire, ne faudrait-il pas mettre en jeu les règles disciplinaires propres à son statut

d'officier public? Aucune disposition ne concerne son assurance professionnelle. Jouerait-elle dans pareil cas?

Le défaut de publicité engendre une autre difficulté dans l'hypothèse précise d'actes concomitants conclu sur le même bien. Les textes ne prévoient pas ce cas de figure et laissent le notaire dans une impasse juridique. Il serait opportun que la mise en œuvre du mandat soit portée à la connaissance des tiers, par exemple par une mention au répertoire civil et une mention marginale sur l'acte de naissance de la personne protégée. La loi n'a rien prévu à ce sujet.

De plus, le législateur n'a pas envisagé l'éventualité des déplacements géographiques des individus, lesquels sont aujourd'hui largement facilités par les multiples moyens de transport. Or, ce type de mandat existe déjà dans plusieurs pays, notamment en Australie, aux Etats-Unis, en Angleterre (le fameux « Enduring power of attorney »), au Canada, en Allemagne, en Espagne et en Belgique. Dès lors, il est légitime de s'interroger sur l'efficacité et surtout l'applicabilité de ce mandat particulier sur le territoire français. La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (entrée en vigueur en France le 1^{er} janvier 2009) apporte des solutions. Conformément au premier paragraphe de l'article 15 de ladite Convention, « le mandat est régi par la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'adulte au moment de l'accord ou de l'acte unilatéral ».

Afin de prendre en compte l'inexistence de ce mandat dans la majorité des autres pays, le paragraphe second laisse à la personne la faculté de choisir la loi applicable au mandat sous la stricte condition d'une désignation faite par écrit.

Ce choix exprès s'avère pratique dans l'hypothèse où la personne dispose d'un patrimoine dispersé dans différents Etats. Sauf atteinte à l'ordre public français, « la reconnaissance des effets en territoire français d'un mandat analogue à celui qui aurait pu être conclu sous l'empire de la loi française par une personne de nationalité étrangère ou par un Français domicilié à l'étranger sera admise sans difficultés »¹⁶. Si les formes de l'acte permettent ont un impact sur le secret de la convention, le respect de la vie privée peut aussi être l'occasion de conseils.

2. Au travers des conseils

A l'occasion de conseils en vue de l'élaboration d'acte ou non, le notaire devra avoir le réflexe de penser à la vie privée des contractants ou des tiers intéressés, et au respect de celle-ci. En voici quelques exemples tant dans le domaine immobilier (2.1), qu'en droit médical (2.2), domaine que l'on aborde en général, à l'occasion d'emprunt, s'agissant des assurances de personnes qui les garantissent.

16• Marjorie Devisme, CRIDON de Lyon, in « Conseils des notaires », éd. janvier 2009, p. 12.

2.1 Le droit immobilier

Nous avons retenu trois hypothèses : celle de la location immobilière, puisqu'elle met en jeu le domicile du locataire – élément s'il en est de la vie privée (2.1.1), et d'autre part le sujet récent de l'installation des éoliennes avec les troubles éventuels de voisinage et donc de la vie privée des voisins (2.1.2). Enfin il arrive que pour assurer leur sécurité des copropriétaires s'interrogent sur la vidéosurveillance des parties communes (2.1.3).

2.1.1 – Le contrat de bail notarié

« Les personnes de la maison du preneur et le preneur lui-même fournissent aux juristes une inépuisable matière à contentieux où s'exerce, s'aiguit et s'éprouve leur perspicacité »¹⁷. Le notaire lors de la rédaction de son acte, notamment le contrat de bail authentique, doit être vigilant et interroger son client afin d'accomplir pleinement son devoir de conseil et anticiper d'éventuels désagréments. Certains exemples jurisprudentiels récents peuvent être mis en avant.

Ainsi, « La stipulation contractuelle interdisant le prêt des lieux à un tiers sans le consentement exprès et par écrit du bailleur est licite »¹⁸. Elle ne fait pas obstacle à ce que le preneur héberge un membre de sa famille.

En revanche, « les locataires sont responsables des nuisances et actes de malveillance commis par leurs enfants qu'ils hébergent, quand bien même ceux-ci échapperaient de façon totale et définitive à leur autorité »¹⁹. Quant aux victimes des nuisances, doivent être pris en compte : le bailleur mais aussi les autres locataires, voire le gardien de l'immeuble. Aux termes de l'article 1735 du Code civil, le locataire doit en effet répondre « des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison ou de ses sous-locataires ».

2.1.2 – L'environnement – la question des éoliennes

Autre secteur de contentieux à la mode : les énergies renouvelables. A l'heure où l'économie d'énergie bat son plein, les matériaux dits « bio » entrent sur le devant de la scène juridique et avec eux une jurisprudence nouvelle. S'inscrivant dans un processus de protection environnementale, la multiplication des éoliennes est la source d'un contentieux inédit en relation directe avec le respect de la vie privée. Pour la première fois, la Cour euro-

17• Alioune Djigo, « L'obligation de jouissance paisible doit-elle céder face aux troubles commis par les enfants du preneur? », in *Loyers et copropriété*, revue mensuelle Lexisnexis, avril 2010, page 8.

18• Civ. 3^e, 10 mars 2010, FS-P+B, n° 09-10.412

19• Cass. Civ. 3^e, 10 nov. 2009, n° 09-11.027

péenne des droits de l'homme a été saisie le 26 février 2008, d'un litige relatif aux nuisances provoquées par une éolienne²⁰.

En l'espèce, les requérants suédois se plaignaient du bruit continu de la turbine et des reflets lumineux sur les pales d'une éolienne se trouvant à proximité de leur maison.

Les requérants se sont fondés à l'appui de leur demande sur une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH) relatif au droit au respect de la vie privée et familiale et de l'article 1 du protocole de la Convention EDH concernant le droit à la jouissance paisible de la propriété.

La Cour a déclaré irrecevables les griefs tirés de l'article 8 et de l'article 1 du Protocole n° 1. Elle a, en effet, rappelé que l'article 8 ne comprend pas en soi, le droit à un environnement sain et calme sauf dans des circonstances suffisamment graves. Or, les juges européens ont constaté que le niveau des nuisances sonores ne dépassait pas les recommandations de l'Organisation mondiale de la santé. Enfin, concernant, la violation de l'article 1, ils ont également estimé qu'au niveau de la balance des intérêts en concurrence, c'est l'apport bénéfique des éoliennes sur le plan environnemental qui doit primer.

2.1.3 – La vidéosurveillance dans les copropriétés

L'abri matériel que constitue le logement de la famille est l'un des éléments implicitement visés par l'article 9 du Code civil, même si ce dernier ne s'y réfère pas directement. La difficulté consiste à trouver un juste équilibre entre la libre circulation des données à caractère personnel et le droit des personnes concernées par ces traitements à les contrôler, voire même à s'opposer que des données les concernant soient traitées.

Lorsque des occupants d'un immeuble à appartements multiples (copropriétaires, locataires, concierge) ont été confrontés à des cambriolages et/ou actes de vandalisme, il est compréhensible qu'ils souhaitent une sécurité accrue. L'installation d'un système de surveillance d'observation fixe ou mobile rencontre cet objectif. Mais cela implique qu'une partie de l'intimité des occupants soit atteinte.

Une réponse ministérielle a été rendue le 8 décembre 2009 suite à la question de Monsieur le député Pierre MOREL-A-L'HUISSIER (Député de Lozère) sur la réglementation applicable aux systèmes de vidéosurveillance dans les copropriétés. Le ministère du Logement lui a délivré les informations suivantes :

20• Cour européenne des droits de l'homme, 26 février 2008 (requête n° 37664/04) - Fagerskiöld c/ Suède.

- Dans le cadre de la gestion des parties communes de copropriété, « le syndicat des copropriétaires doit préalablement au vote de l'installation de vidéosurveillance, se renseigner auprès de la CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés) sur les démarches à accomplir ». Le syndic ne peut utiliser les données à d'autres fins que celles inhérentes à la bonne gestion de la copropriété. La loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis posent également des conditions de vote par l'assemblée générale pour ce type de travaux.

Précisant que les parties communes d'une propriété privée constituent un lieu privé, la Cour de cassation annule une opération de vidéosurveillance réalisée par des policiers dans le cadre d'une enquête préliminaire, « celle-ci n'obéissant pas aux conditions de l'article 706-96 du Code de procédure pénale relatif à la captation et à la fixation d'images »²¹.

- « Si le système de vidéosurveillance est installé dans un lieu exclusivement privé ne comportant que des habitations, une simple déclaration préalable à la CNIL peut suffire ». Etant ici précisé que les particuliers désireux d'installer ledit système chez eux ne sont pas soumis à cette formalité et demeurent libres de leurs faits et gestes.

Un bailleur, ayant préalablement agi en refus de renouvellement du bail, avait ultérieurement assigné le preneur en résiliation judiciaire du contrat, lui reprochant divers agissements des occupants des logements meublés sous-loués. Afin de prouver l'inertie du preneur face aux agissements des occupants des logements, le bailleur produisit notamment plusieurs photographies provenant du système de vidéosurveillance installé dans l'immeuble. La juridiction d'appel ayant accueilli l'action en résiliation judiciaire, le preneur formait un pourvoi en cassation contestant la recevabilité des éléments de preuve fournis par le bailleur. Celui-ci soulevait la déloyauté des photographies enregistrées au regard des dispositions de l'article 9 du code de procédure civile.

En réponse, la première chambre civile, réunie en formation plénière²², rejette le pourvoi en motivant notamment sa décision par la présence de panneaux informant de la présence d'un procédé de vidéosurveillance. En matière de preuve, l'information exclut la déloyauté, sans que le consentement de la personne dont le comportement est critiqué ne soit donc nécessaire. Installé dans les parties communes et/ou privatives, il est d'ores et déjà certain que le devoir d'information du notaire imposera à ce dernier de relater l'existence d'un système de vidéosurveillance dans ses actes par une clause particulière.

21• Cass. Ch. crim. 27 mai 2009, n° 09-82.115

22• Ass. Pl., 24 septembre 2009, F-P+B, n° 08-19.482

2.2 Le droit médical

C'est évidemment en matière de conseil que le notaire pourra intervenir. Il pourra aider son client sur l'attitude à avoir dans le cadre d'un dossier de crédit ou d'assurance. Le futur emprunteur ou le futur assuré doivent-ils tout divulguer de leur vie personnelle? Outre le droit positif, il pourra également donner des informations comme par exemple sur la convention AREAS (cf. *infra*).

L'information médicale est en principe strictement confidentielle. Le médecin est en effet tenu au secret médical textuellement absolu et inviolable. « Le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi » (article R 4127-4 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique) et porte sur tout ce « qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu et compris » (alinéa second dudit article).

Toutefois, sous réserve de l'accord du malade, la communication d'informations de santé peut être divulguée à certaines personnes. Ainsi, « en cas de diagnostic ou de pronostic grave, le secret médical ne s'oppose pas à ce que la famille, les proches de la personne malade ou la personne de confiance reçoivent les informations nécessaires destinées à leur permettre d'apporter un soutien direct (...), sauf opposition de sa part » (article L. 1110-4 alinéa 6 du Code de la santé publique). Les mineurs et majeurs protégés ainsi que les ayants droit dans le cadre du règlement d'une succession font, quant à eux, l'objet de mesures spécifiques strictement réglementées par ledit Code.

Des exceptions demeurent. La jurisprudence a d'abord étendu le champ d'application de l'article L. 1110-4 précité en décidant que « le secret médical n'était pas opposable au médecin-expert appelé à éclairer le juge sur les conditions d'attribution d'une prestation sociale » ²³.

Analysée au départ comme un véritable revirement de jurisprudence, la solution s'est avérée n'être qu'un élargissement des modes de preuve permettant au juge de statuer en pleine connaissance de cause. Autre secteur d'exception dans lequel le secret médical s'estompe : le milieu bancaire.

Il n'est pas rare en effet que des personnes ayant ou ayant eu un grave problème de santé aient des difficultés pour accéder au crédit bancaire. Monsieur le député Bernard PERRUT (élu dans le département du Rhône – 9^e arrondissement) a attiré l'attention en 2008 de la ministre de l'économie sur les difficultés rencontrées par ces personnes dans l'obtention d'un prêt.

A l'occasion d'une demande de crédit, l'établissement bancaire demande le plus souvent au futur emprunteur de remplir un questionnaire de santé et

23• Civ. 2^e, 22 novembre 2007, D. 2008. IR. 95.

de divulguer des informations strictement personnelles : faites-vous ou avez-vous fait usage de stupéfiants (drogues) ? Quelle est votre tension artérielle habituelle ? Etes-vous bénéficiaire d'une rente d'invalidité ? Avez-vous eu des grossesses antérieures ? etc.

Les réponses à ce questionnaire permettent ainsi à l'emprunteur de s'assurer tout au long de la vie de son prêt contre les risques décès, maladie ou invalidité. Mais les assureurs²⁴ avaient tendance à augmenter le montant des primes des contrats consentis aux personnes présentant un risque de santé. Ce qui est logique mathématiquement, mais plus critiquable humainement : cela pouvait aboutir à rendre l'assurance, inaccessible. Par rapport à un contrat standard, le tarif était plus important et les garanties parfois limitées. C'est la raison pour laquelle, la ministre a rappelé l'existence de la convention dite « AERAS » (S'assurer et Emprunter avec un Risque Aggravé de Santé).

Cette convention a été signée le 6 juillet 2006 après négociations entre les fédérations professionnelles de la banque et de l'assurance, les associations représentant les malades et les consommateurs et l'Etat. Elle est entrée en vigueur le 6 janvier 2007.

Le notaire, en sa qualité de conseiller juridique de proximité, doit prévenir ses clients des risques d'une éventuelle fausse déclaration (a priori la nullité absolue du contrat d'assurance) et les informer de l'existence du système AERAS.

Par son champ d'application relativement large car elle concerne les personnes présentant un risque aggravé de santé (c'est-à-dire un risque de voir se produire l'événement garanti statistiquement plus élevé par rapport à une population de référence) souhaitant emprunter (crédit à la consommation, crédit immobilier ou professionnel), elle permet au plus grand nombre de pouvoir emprunter sous des conditions adaptées à leur situation de santé en agissant notamment sur plusieurs points, savoir :

- « • Renforcer les procédures de confidentialité.
- Instruire plus vite les demandes de prêt et motiver les refus.
- Prévoir des garanties alternatives.
- Créer un mécanisme de mutualisation.
- Mettre en place un dispositif de suivi et de médiation en cas de conflit »²⁵.

Les résultats sont concluants. Les statistiques montrent en effet que sur « 3,2 millions de demandes d'assurance emprunteur pour des crédits immobiliers ou professionnels, près de 297 000 demandes concernaient des personnes

24• cf. Laurent Schwebel, « L'utilisation des données médicales par les assureurs », RGDA 2010. 47.

25• Données publiées sur le site internet officiel de la convention AERAS.

présentant un risque aggravé de santé et 92,3 % de ces demandes ont fait l'objet d'une proposition d'assurance » ²⁶.

Le notaire doit donc au-delà du fait qu'il incite indirectement les futurs emprunteurs présentant un risque aggravé de santé à dévoiler leur vie privée aux assureurs, conseiller ses clients sur l'existence d'une telle convention et les mettre en garde contre d'éventuels abus.

Si le notaire essaye de protéger la vie privée des clients, il arrive que cela ne soit pas possible, pour diverses raisons, en général profitant à l'Etat sous des formes diverses, mais pas seulement. Il s'agira d'exceptions à l'art. 9 C.c.

26• Assurances (prêt-discriminations fondées sur l'état de santé) : réponse du ministre de l'Economie le 23 décembre 2008 à la question n° 34133 de Bernard Perrut, du 4 novembre 2008.

Chapitre 2 – Les exceptions

Si l'art. 8 de la CEDH contient le principe du respect de la vie privée, il en prévoit aussi l'exception :

« Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien être du pays à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droit et liberté d'autrui ».

Pour résumer, ces atteintes au respect de la vie privée peuvent avoir une justification tantôt dans un intérêt privé (1), tantôt et le plus souvent dans un intérêt public (2).

1. Dans un intérêt privé (la protection ou la liberté d'autrui ?)

C'est dans le quotidien du notaire que seront pris les exemples de la nécessité d'une recherche dans la vie privée du client ou de la famille de celui-ci afin de mettre en œuvre la règle de droit : le droit successoral (1.1), l'assurance-vie (1.2). La question de fond est tout de même de savoir si ces renseignements doivent être l'objet d'investigation du notaire de son propre chef, ou s'ils doivent être communiqués par le client ou obtenus par le notaire mandaté par son client.

1.1 Le droit successoral

1.1.1 – La recherche de l'actif

Dans toute succession, la finalité de la déclaration de succession est de permettre à l'administration fiscale de liquider les impôts relatifs à la transmission par décès des biens et droits du défunt à ses ayants droit. La loi fiscale fait donc peser sur les héritiers une obligation de transparence absolue. Le notaire mène de front une enquête historique relative aux biens, depuis le jour du mariage, création d'une éventuelle communauté, jusqu'au jour de sa dissolution par le décès de l'un ou l'autre des époux. Sa quête de renseignements porte tant sur le patrimoine immobilier du défunt et/ou de son conjoint que le patrimoine mobilier.

1.1.1.1 Le patrimoine immobilier

Le notaire s'imisce dans la vie de son client et les secrets familiaux de celui-ci. Il dispose, pour ce faire, de toute une palette d'instruments légaux : interrogation des ayants droit, avis d'imposition (taxe d'habitation, taxe foncière), fichier immobilier, cadastre, fichier ADSN, fiche personnelle de propriétaire, titres de propriété. L'analyse de tous ces différents documents permet de mesurer la véritable étendue des droits de propriété du défunt et

de la teneur de son patrimoine. En d'autres termes, s'agit-il d'un bien commun au sens des articles 1401 et suivants du Code civil? D'un bien propre? De qui l'a-t-il reçu? Le défunt était-il en indivision? Avec qui? Y a-t-il lieu d'appliquer la théorie des récompenses? Il appartient en effet au client d'informer le notaire de l'éventualité d'une récompense à prendre en compte dans l'hypothèse où les formalités de remploi n'ont pas été effectuées (articles 1434 et suivants du Code civil). Le paiement d'une simple facture cause parfois de sérieux litiges familiaux en général et conjugaux en particulier. Dès lors, le notaire ne devrait-il pas jouer un rôle dans la traçabilité des fonds? L'idée est théoriquement séduisante car ce faisant, il assurerait un suivi continu et faciliterait ainsi les opérations de liquidations postérieures, notamment en matière de récompenses.

Le notaire a l'obligation de tenir un registre répertoriant les actes auxquels il a prêté son concours. Pourquoi ne pas imaginer un registre similaire affecté à la traçabilité des fonds lors des opérations passées ou non devant lui? Pratiquement, ce procédé ne ferait pas l'unanimité au sein de la profession. Ni même parmi la clientèle, qui verrait en la personne du notaire un inquisiteur de connivence avec l'Etat. Cette vision, trop souvent véhiculée dans les conversations de comptoirs, nuit à son image. Inverser la tendance lui permettrait de redorer son blason et peut-être ne plus être réduit au caractère onéreux de ses prestations.

Comment? En créant une action positive. Le particulier, obligé de réaliser le travail d'enquête du notaire, se voit offrir la possibilité de mandater l'officier public pour réaliser sa mission. Le notaire n'est plus un point de passage obligé et imposé par le législateur mais un point de passage sollicité directement par les parties.

Au travers de ces expertises, le notaire restitue l'historique du bien. L'origine de propriété est alors un véritable listing d'identités vis-à-vis de tiers étrangers au règlement de la succession. N'est-il pas préférable de minimiser, voire supprimer, l'origine de propriété dans les actes notariés? En effet, la prescription se définit comme le mode d'acquisition ou de perte d'un droit par l'écoulement d'un délai défini par la loi. Le point de départ du délai est le jour où le titulaire a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer l'action en justice. En matière civile, la prescription extinctive a fait l'objet d'une importante réforme, la réduisant de 30 à 5 ans pour les actions dites « personnelles ou mobilières » (nouvel article 2224 du Code civil issu de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, publiée au Journal Officiel le 18 juin 2008). Le titre XX du Code civil est désormais intitulé: « De la prescription extinctive », et certains articles ont changé de numérotation. Les nouveaux délais de prescription extinctive sont notamment de 2 ans pour les actions

des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, 5 ans à compter de la fin de leur mission et pour l'action en responsabilité dirigée contre les personnes ayant représenté ou assisté les parties en justice, y compris à raison de la perte ou de la destruction des pièces qui leur ont été confiées et enfin 10 ans à compter de la réception des travaux pour les actions en responsabilité dirigées contre les constructeurs et leurs sous-traitants. Les causes d'interruption et de suspension des prescriptions acquisitive et extinctive demeurent inchangées.

Dès lors, n'est-il pas souhaitable de faire de même en matière acquisitive ? Le délai de droit commun de la prescription acquisitive demeure en effet inchangé : 30 ans selon l'article 2272 du Code civil. L'avant-projet de loi allait beaucoup plus loin et proposait de fixer un délai général de prescription acquisitive limité à 10 ans. L'origine trentenaire permet de s'assurer que la chaîne de propriété n'a pas été disloquée dans le temps et que le propriétaire d'aujourd'hui est bel et bien propriétaire grâce à ceux qui l'étaient hier. Mais elle offre également des informations strictement confidentielles tant sur l'état des personnes que sur leurs finances à un instant T.

Procédé justifié jusqu'ici par l'intérêt des tiers et la publication à la conservation des hypothèques. Est-ce bien nécessaire ? Ne serait-il pas plutôt judicieux de minimiser l'origine de propriété aux seules mentions de publication des actes antérieurs ? Ou prévoir une mention indiquant que le notaire s'est engagé à la vérifier en aval ? Contrôler : oui. Dénoncer : non. L'enjeu est ici de dissimuler aussi bien les modes de financement que le prix d'acquisition du vendeur aux yeux de son acquéreur. L'éventuelle plus-value ne concerne que le vendeur. L'acquéreur n'a pas à connaître le prix initialement payé par ce dernier et a fortiori le montant de la plus-value à acquitter si l'objet vendu ne rentre pas dans les exemptions légales.

1.1.1.2 Le patrimoine mobilier

La recherche des avoirs financiers (liquidités, comptes bancaires, titres, etc.) présente peu de difficultés. Elle résultera de la découverte des papiers et documents au domicile du défunt. Le notaire se fera remettre par les héritiers les divers chèquiers et relevés de compte ainsi que tous les éléments lui permettant d'avoir une vision globale de la situation financière du défunt. Même raisonnement en ce qui concerne les pensions de retraites. Le notaire interrogera les différentes caisses de retraite après avoir récupéré les bulletins de retraite et de pensions trouvés au domicile du défunt.

Les flux financiers entre la France, la Suisse, le Luxembourg etc. ne sont pas des hypothèses d'école et il n'est pas rare aujourd'hui qu'une personne détienne des comptes à l'étranger. L'autorité des marchés financiers a précisé dans un communiqué du 10 juillet 2009 les règles d'accès aux données indi-

viduelles sur les portefeuilles de valeurs cotées sur un marché réglementé français susceptibles d'intéresser le notaire français. Tout d'abord, elle rappelle « qu'elle n'a aucune compétence en matière fiscale et n'est pas autorisée par la loi à divulguer à l'administration fiscale française les informations qu'elle recueille lors de ses contrôles et enquêtes. Ensuite, elle souligne que lors de ses enquêtes portant sur la recherche d'abus de marché, elle peut être amenée à demander des informations sur des transactions mais qu'elle n'a pas le pouvoir de requérir directement des établissements financiers situés en Suisse les informations nécessaires à la conduite de ses enquêtes.

Enfin, l'AMF ne peut dévoiler publiquement des informations d'ordre individuel que dans les cas strictement prévus par la loi tels que la publication d'une sanction ou d'une injonction. Par ailleurs, l'AMF rappelle que le régime de déclarations tel que fixé par la loi française (franchissement de seuil, déclarations des dirigeants sur leurs propres titres) n'a pas été modifié récemment et ne s'applique qu'aux personnes concernées sans qu'il y ait besoin d'organiser au niveau des établissements un accord de transfert de données pour les placements en France »²⁷.

Les meubles meublants, bijoux, pierres précieuses et tableaux de maître seront découverts au domicile du défunt et feront l'objet d'un inventaire établi par le notaire ou un commissaire priseur. Le notaire peut aussi se renseigner directement auprès de la compagnie d'assurance desdits biens pour obtenir la liste des effets assurés ainsi que leur valeur d'assurance.

L'existence d'un fonds de commerce résulte de la connaissance d'une activité commerciale du vivant du défunt. L'analyse par l'expert-comptable des documents et pièces comptables permet de vérifier la réalité des bénéfices annoncés par le vendeur pour déterminer si le prix demandé est justifié. La loi oblige d'ailleurs ce dernier à donner à l'acquéreur et à énoncer dans l'acte de cession les chiffres d'affaires et bénéfices de trois dernières années d'exploitation.

Enfin, pour le véhicule, la remise de la carte de grise permet son estimation en utilisant le barème ARGUS.

1.1.2 - La recherche du passif

Le passif fait l'objet du même travail d'investigation. Tous les acteurs consultés à l'occasion de l'actif révéleront notamment la nature des prêts souscrits et l'état des prêts en cours au jour du décès.

Le cautionnement doit faire l'objet d'une attention toute particulière. Sûreté personnelle par nature, instituée aux articles 2288 et suivants du Code civil, il fait l'objet de règles spécifiques, notamment lorsqu'il est contracté par des

27• Communiqué de presse de l'AMF du 10 juillet 2009, <http://www.amf-france.org/>.

époux communs en biens. «Chacun d'eux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint, qui dans ce cas, n'engage pas ses biens propres» (article 1415 du Code civil). L'objectif du législateur est clair : limiter le gage du créancier sans priver l'un des époux du pouvoir de souscrire seul un cautionnement. Le juge est venu parfaire cette protection, notamment pour les ayants-droit du défunt.

Dans un arrêt rendu le 16 décembre 2008, la Cour de cassation a énoncé au visa des articles 1315 et 2294 du Code civil, L. 511-33 du code monétaire et financier et 145 du Code de procédure civile, que «dès lors qu'il appartient au banquier d'établir l'existence et le montant de la créance dont il réclame le paiement à la caution ou à ses ayants droit, ceux-ci sont en droit d'obtenir la communication par lui des documents concernant le débiteur principal nécessaires à l'administration d'une telle preuve, sans que puisse leur être opposé le secret bancaire»²⁸. En d'autres termes, la caution ne peut se voir opposer le secret bancaire.

Par là même, la chambre mixte de la Cour de cassation a expressément exclu l'applicabilité de l'article 1415 susvisé au cautionnement réel²⁹ (solution confirmée par la première chambre civile, le 20 février 2007). «Une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'étant pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas, la Cour d'appel a exactement retenu que l'article 1415 du Code civil n'était pas applicable». Le cautionnement réel n'est donc pas un cautionnement personnel. De là, deux conséquences : le droit de gage des créanciers est limité au seul bien objet de la sûreté réelle et l'information annuelle, propre au cautionnement personnel, due par le débiteur, ne joue pas. Aussi certaine soit-elle, cette solution engendre des difficultés, notamment à la lecture de l'article 1422 alinéa 2 du Code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme des sûretés. «Les époux ne peuvent non plus, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens (biens communs) à la garantie de la dette d'un tiers». La sûreté réelle pour autrui n'est pas un cautionnement.

La négation de la Chambre mixte susvisée se traduit logiquement par l'éviction de toutes les règles du cautionnement lors de l'utilisation d'une sûreté réelle par l'un des époux. Or, cette négation est contestable. Le constituant reste réellement tenu au paiement de sa dette lorsque la sûreté est actionnée. «A ce titre, il mérite non seulement d'être traité comme une caution,

28• Cass. com. 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-19.777.

29• Cass., Ch. mixte, 2 décembre 2005, Bull. civ. n° 7.

mais il est véritablement une caution... réelle » ³⁰. Une mise en conformité des textes avec la jurisprudence serait ici opportune.

1.2 Le droit des Assurances

Le régime de l'assurance-vie dans le règlement d'une succession est spécifique et nécessite des développements particuliers. Par un arrêt de principe, la Cour de cassation a, clairement et fermement, énoncé que « le contrat d'assurance vie, dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa (...) et constitue un contrat d'assurance sur la vie » ³¹.

L'assurance vie est un contrat mettant en scène plusieurs personnes : l'assureur (qui versera le capital au bénéficiaire), le souscripteur (qui paie les primes et la plupart du temps l'assuré c'est-à-dire celui sur la tête duquel le contrat est conclu) et le bénéficiaire (qui recevra le capital ou la rente garantie au dénouement du contrat). Prenant appui sur un régime fiscal de faveur, l'assurance-vie constitue une technique de transmission du patrimoine familial.

Le capital versé ne fait pas partie de l'actif successoral de l'assuré selon l'article L132-12 du Code des assurances. Il est donc exempté de droits de succession. L'assurance vie constitue un moyen d'attribuer un complément de succession à son conjoint et/ou ses descendants. De plus, le caractère de stipulation pour autrui de l'assurance-vie et le Code des assurances dispense le bénéficiaire du rapport et de la réduction du capital qu'il perçoit (article L 132-13 alinéa 1^{er} dudit Code).

Le second alinéa pose la même règle s'agissant des primes, sauf lorsqu'elles sont manifestement exagérées. Les tribunaux retiennent des critères économiques et/ou subjectifs pour caractériser l'exagération manifeste. Ils se fondent notamment sur la disproportion entre le montant des primes versées et les revenus du souscripteur ³² ou lorsque le total des primes a eu pour effet de vider le patrimoine de ce dernier ³³ (en l'espèce, la prime unique versée représentait plus du tiers de l'actif successoral). L'âge de l'intéressé et l'utilité de l'opération sont également pris en compte.

Le problème se situe principalement au regard de la spécificité des règles du Code des assurances issues de la loi du 13 juillet 1930 face au droit des régimes matrimoniaux. L'enchevêtrement de ces deux corps de règles n'est pas aisé.

L'article L 132-16 du Code des assurances prévoit en effet que le bénéfice de l'assurance contractée par un époux commun en biens en faveur de son

30• Philippe Simler et Philippe Delebecque, in « Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière », Dalloz, 5e édition, page 64.

31• Cass. Ch. Mixte, 23 novembre 2004 (4 arrêts), n° 01-13592, B. 2004 MIXTE n° 4 page 9

32• Cass. 1^{er} civ., 18 mars 1997, B. 1997 I n° 98 page 64.

33• Cass. 1^{er} civ., 1^{er} juillet 1997, Régent : Juris-date n° 1997-003161.

conjoint constitue un propre à celui-ci (alinéa 1), et qu'aucune récompense n'est due à la communauté à raison du paiement des primes, sauf excès manifeste (alinéa 2).

En droit civil, à l'inverse, le principe général est posé par l'article 1401 du Code civil qui dispose que « la communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage ». L'article 1437 du Code civil poursuit en prévoyant une récompense à la communauté lorsque des deniers communs ont servi à financer un propre. Ainsi se pose la question de l'enchevêtrement du régime de l'assurance-vie tiré des règles spécifiques du Code des assurances avec le droit patrimonial de la famille en général et le droit des régimes matrimoniaux en particulier. Prenons le cas d'un couple marié. L'épouse vient à décéder. Le notaire, pour le règlement de la succession de la défunte va devoir opérer une véritable investigation dans le patrimoine des époux afin d'établir une masse active et passive de communauté pour en déduire une masse successorale. Or, le notaire s'aperçoit que la défunte avait contracté un contrat d'assurance-vie et avait choisi un tiers comme bénéficiaire.

La loi présume ici que le paiement des primes s'est effectué grâce à des acquêts conformément à l'article 1402 du Code civil. La communauté a donc droit à récompense en application des règles susvisées. Elle s'est en effet appauvrie au détriment du couple. « L'époux souscripteur qui a révoqué la désignation de son conjoint comme bénéficiaire pour lui substituer un tiers est redevable envers la communauté des deniers communs ayant servi à acquitter une charge contractée dans son intérêt personnel »³⁴. Que se passe-t-il dès lors, si le conjoint survivant ayant également souscrit une assurance vie en payant les primes avec des biens communs (hypothèse classique) refuse de délivrer l'information au notaire sur sa souscription personnelle, en arguant du respect de sa vie privée ? La conséquence est claire : la communauté se dissout par le décès de l'un des époux (article 1441-1° du Code civil). Aucune récompense au premier décès, faute de renseignements. Les règles du Code civil sont bafouées.

La preuve de l'origine des fonds ayant servi à payer les primes sera difficile à rapporter avec l'écoulement du temps. Au vu du rallongement de la durée de la vie, il est certain que de telles hypothèses nourriront la jurisprudence dans un avenir proche.

Aussi, la loi de 1930 étant déjà ancienne, elle est inadaptée aux produits contemporains d'assurance. C'est la raison pour laquelle le droit des assurances ne cesse de faire l'objet d'améliorations et de retouches législatives.

34• Civ. 1^{re}, 10 juillet 1996. Bull. civ. n° 309.

En janvier 2001, un groupe de travail composé de notaires et d'assureurs a été constitué à la demande du Président MOTEL (ancien président du Conseil supérieur du notariat) en vue de trouver des solutions à diverses questions concernant les deux professions et soulevant des difficultés, notamment la question de l'information des notaires lors des règlements de succession.

Concernant les modalités et le contenu des informations pouvant être communiquées sur les contrats d'assurance vie aux notaires, le groupe de travail a validé des lettres types, conçues en fonction des impératifs de chaque profession : l'obligation de confidentialité des assureurs et le besoin d'information des notaires.

Ainsi, l'une des réponses clés des assureurs concernant les contrats dénoués est claire : « la stricte confidentialité à laquelle nous sommes tenus ne nous permet pas de vous révéler l'identité du ou des bénéficiaires ». Le notaire est ici contraint au repli. Cependant, l'actualité de l'assurance-vie est particulièrement riche. La loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 a considérablement amélioré les droits des bénéficiaires et est venue compléter la loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le secteur de l'assurance.

La réforme s'est principalement faite sur deux points :

- Dorénavant, s'il s'agit de particuliers, l'acceptation du bénéficiaire de l'assurance vie ne peut être convenue du vivant du souscripteur que trente jours au moins à compter du moment où le stipulant est informé que le contrat est conclu (articles L. 132-9 du Code des assurances et L. 223-11 du Code de la mutualité). L'acceptation du bénéficiaire perd ainsi son caractère purement unilatéral et ne peut se concrétiser qu'avec l'accord du stipulant qui en conserve ainsi la maîtrise. Les articles susvisés poursuivent et disposent que ladite acceptation doit être faite par un avenant signé de la « mutuelle ou de l'union, du stipulant et du bénéficiaire ». A défaut d'avenant, l'acceptation sera matérialisée par acte authentique ou sous seing privé signifié à l'entreprise d'assurance.

- De surcroît, la recherche du bénéficiaire devient une obligation pour les compagnies d'assurance (article L 132-8 du Code des assurances) dès lors que le stipulant est décédé.

Elles ont désormais accès, depuis le 2 mars 2009 (date prévue par la loi du 17 décembre 2007 précitée), aux données du répertoire national d'identification des personnes physiques (RNIPP) via leur organisme professionnel AGIRA (association pour la gestion des informations sur le risque en assurance³⁵) afin de prévenir la non réclamation de contrats d'assurance vie.

35• AGIRA, recherche des bénéficiaires en cas de décès, dont le siège social est situé à Paris, 1 rue Jules Lefebvre, 75431 Paris cedex 09.

AGIRA opère à deux niveaux. Elle organise, d'une part, les bases de données relatives aux personnes décédées. A partir du fichier des personnes physiques (décédées depuis 1978) communiqué et mis à jour mensuellement par l'INSEE, la CNIL a autorisé l'AGIRA à organiser une base de données relative aux personnes décédées d'une part et mettre en place une plate-forme sécurisée permettant l'interrogation de cette base par les seules entreprises d'assurance d'autre part.

Elle traite ensuite les demandes de bénéficiaire potentiel. Toute personne physique ou morale peut ainsi saisir l'association pour la gestion des informations sur le risque en assurance afin de savoir si elle est bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie. La condition étant de rapporter la preuve du décès du stipulant par un acte de décès notamment. S'il s'avère que la personne est bel et bien bénéficiaire d'un contrat, la ou les entreprises concernées doivent l'en informer.

En définitive, la question peut intéresser directement le notaire dans le cadre du règlement d'une succession si les primes sont manifestement exagérées ou des récompenses sont dues. La connaissance de l'existence d'un contrat d'assurance-vie peut en effet modifier les masses actives et passives calculées par ce dernier, comme il a été vu précédemment. Auparavant, seule la personne présumée bénéficiaire du contrat pouvait interroger l'AGIRA. Dorénavant, « toute personne physique ou morale peut demander par lettre à un organisme professionnel représentatif, habilité à cet effet par arrêté du ministre chargé de l'économie, à être informée de l'existence d'une stipulation effectuée à son bénéfice dans une police souscrite par une personne physique dont elle apporte, par tout moyen, la preuve du décès » (article L. 132-9-2 alinéa 1^{er} du Code des assurances). « Lorsque la personne physique ou morale susvisée est désignée dans une police comme bénéficiaire, l'entreprise d'assurance dispose d'un délai d'un mois pour l'informer de l'existence d'un capital ou d'une rente » (alinéa second).

Mandaté par son client dans le cadre du règlement d'une succession, le notaire peut donc interroger l'AGIRA au nom et pour le compte de ce dernier. Les protestataires diront qu'il entrave la vie privée du défunt. Il ne fait en réalité qu'accélérer un processus qui se généralise de plus en plus.

La commission des lois a récemment étudié la loi susvisée, relative aux contrats d'assurance sur la vie non réclamés, déposée le 1^{er} octobre 2009 par le sénateur MAUREY et a proposé des modifications qui ont été adoptées à l'unanimité³⁶. Elle a ainsi validé le principe de l'obligation annuelle pour les

36• Rapp. Sénat n° 372, 2009-2010 in *La Semaine Juridique*, éd. Notariale et immobilière du 9 avril 2010, n° 14, page 9.

assureurs de s'informer de l'éventuel décès de l'assuré à l'aide des données fournies par le RNIPP susvisé. Un amendement prévoit également l'obligation pour les assureurs de dresser chaque année un état de leurs démarches de recherche des assurés décédés et des bénéficiaires. Enfin, la commission des lois refuse de créer une profession agréée chargée de la recherche des bénéficiaires.

A titre d'information, l'AGIRA a reçu en 2008 près de 29 654 demandes. 43 % de ces demandes correspondaient à des dossiers déjà en cours de règlement dans les sociétés d'assurance pour un total de capitaux d'environ 250 millions d'euros. Le traitement des 16 987 autres demandes a permis de détecter 2 276 contrats pour un montant de 61,4 millions d'euros, soit 50 % de plus qu'en 2007³⁷. En d'autres termes, un succès!

Si les atteintes à la vie privée dans un intérêt particulier sont limitées, celles dans un intérêt public sont d'une tout autre ampleur.

2. Dans un intérêt public

Nous nous intéresserons à ces cas dans lesquels l'Etat utilisera la production notariale pour porter atteinte à la vie privée au travers du patrimoine du client dans un intérêt général. Du moins c'est la justification de cette action. Mais l'intérêt général n'est pas l'intérêt de l'Etat. Dans certaines situations, on pourra redouter un mélange des genres. Trois points seront examinés : La fiscalité (2.1), l'intervention du juge (2.2), le blanchiment de capitaux (2.3).

2.1 Atteinte à la vie privée : confidentialité zéro face à la toute puissance du fisc

Nul ne conteste que le notariat ne puisse rester à l'écart de la lutte contre des opérations de fonds ayant pour objectif la soustraction frauduleuse à l'impôt. Compte tenu des pouvoirs exorbitants de l'administration fiscale, dans la collecte et la communication des données, le notariat doit s'interroger sur son degré de collaboration avec cette institution

La matière fiscale œuvre pour un rassemblement d'informations, qui trouve son origine dans le GAFI³⁸, organisme composé de policiers et de magistrats du parquet, au point aujourd'hui de viser le secret professionnel

37• Chiffres publiés par la Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) sur son site internet officiel : www.ffa.fr

38• Créée en 1989 en vue de renforcer la lutte contre l'argent sale, Groupe d'action financière (GAFI) est une organisation intergouvernementale qui établit des standards et conçoit des politiques pour combattre le financement du terrorisme et du blanchiment. A cet effet, le GAFI a émis quarante recommandations plus neuf recommandations spéciales qui ont été reconnues par le Fonds monétaire international (FMI) et la Banque Mondiale comme efficace pour combattre le blanchiment et le financement du terrorisme. Ces quarante recommandations peuvent étre

de tout intermédiaire financier, agent immobilier, société de gestion, expert-comptable, avocat et notaire, désignés aujourd'hui sous le vocable « les professions du chiffre et du droit ».

L'étendue des pouvoirs du fisc dans toutes les opérations relatives à l'impôt nécessite en contrepartie une confidentialité, un secret des éléments utilisés dans l'établissement, le recouvrement et le contentieux³⁹.

L'atteinte à la vie privée se caractérise dans deux situations :

- Lorsque le fisc est délié de son devoir de secret et communique des éléments portés à sa connaissance dans le cadre de ses compétences.
- Lorsque le fisc impose son extension de compétences aux tiers. Le tiers devient alors « un auxiliaire passif du fisc⁴⁰ ».

L'administration fiscale est en principe liée par le secret à l'égard des autres administrations de l'Etat. Mais cette règle est dérisoire tant les dérogations⁴¹ sont nombreuses.

- Le secret est levé au profit des agents d'administrations d'Etat qui sont habilités à procéder à des opérations de contrôle : contrôle économique (L. 116 du LPF), douanes (L. 117 du LPF), aides aux logements (L. 129 du LPF),
- Au profit de diverses commissions ; commissions départementales de conciliation visées à l'article L. 150 du LPF, commission des infractions fiscales (article L. 137 du LPF), commission départementale d'examen de situations de surendettement des particuliers.
- Dérogation au profit des autorités judiciaires et juridictions : Cour des comptes, chambres régionales des comptes, officiers et agents de police judiciaire, magistrats du parquet, juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif devant lesquelles a été engagée une action tendant à obtenir une condamnation pécuniaire.
- Dérogations au profit des officiers ministériels (L. 148 à 151 du LPF).

38 (suite) • classées comme suit en tenant compte des recommandations concernant tout particulièrement la profession notariale : devoir de vigilance (due diligence) relatif à la clientèle et devoir de conservation des documents (recommandation n° 4 à 12), autres mesures de dissuasion concernant le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (R17 à 20), transparence des personnes morales et constructions juridiques (R33 et R34), coopération internationale (R35).

39• Source. Revue internationale de droit comparé. Année 1998, vol. 50, n° 2. « Confidentialité et droit fiscal » de Monsieur Jean-Pierre Chevalier. Professeur à l'Université de Poitiers. Directeur du centre de finances publiques (IRE DE CNRS-ESA n° 5081). Article en ligne sur le site Persée. www.persee.fr.

40• Association fiscale internationale, « La protection de la confidentialité en matière fiscale ». Congrès de Barcelone, 1991, vol 76, 2^e sujet, Kluwer, 1991.

41• Ces dérogations sont actuellement répertoriées aux articles L. 113 à L. 116 du LPF.

- Dérogation au profit des autorités et des organismes chargés de l'application de la législation sociale (article L. A52 à L. 162-A du LPF).

A cela, il convient d'ajouter que les informations que l'administration fiscale française détient ou peut se procurer dans le cadre de ses contrôles peuvent être communiquées à des administrations étrangères dans le cadre de conventions fiscales conclues avec la France⁴². Sous réserve de réciprocité, avec les États membres de l'Union européenne, peuvent être communiqués les renseignements pour l'établissement et le recouvrement de l'impôt sur le revenu, de l'impôt sur la fortune et de la TVA⁴³.

D'une manière générale, tout contribuable doit être en mesure de présenter les documents retraçant l'origine des revenus et du patrimoine. À cet égard le contribuable doit être en mesure de fournir :

- La raison pour laquelle aucune augmentation de revenu n'est constatée lorsqu'il a bénéficié d'une donation ou d'un héritage⁴⁴.
- L'origine des fonds ayant servi à l'accroissement du patrimoine.
- La production des relevés de comptes bancaires, ainsi que la nature et l'origine des sommes portées au crédit de ces comptes.
- L'origine des valeurs mobilières déposées à l'étranger.

Le droit de contrôle appliqué par l'administration⁴⁵ pose la question de l'utilisation de documents obtenus par vol⁴⁶ à l'étranger et détenus par l'administration fiscale.

La Cour administrative d'appel de Lyon a rappelé dans un arrêt⁴⁷ que l'administration ne peut se fonder que sur des éléments de preuve légalement admissibles. L'administration a l'obligation d'indiquer les sources des preuves sur lesquelles repose une rectification⁴⁸. Cependant, le principe de

42• Article L-103 du LPF. Source Y. Brard « Que reste-t-il du secret professionnel opposable au fisc ? ».

43• Article L.114- A du L.P.F.

44• CE 11, janvier 1938, req 55662, RL, p. 136.

45• Le droit de contrôle s'exerce soit dans le cadre d'un contrôle interne (contrôle interne des dossiers dans les locaux de l'administration), soit dans le cadre d'un contrôle externe (vérification de comptabilité pour les entreprises et ESF pour les particuliers). Source: Document de synthèse Etudes Fiscale Internationales. 29 février 2008. Rédac Patrick Michaud.

46• Hypothèse toujours d'actualité avec l'exploitation par les services fiscaux français de fichiers volés à HSBC Private Bank de Genève. Utilisation réaffirmée par Monsieur le Ministre de l'économie et des finances Eric Woerth. www.newsbanques.com.

47• CAA LYON 5 juillet 1994, n° 92-392 et 92-619, Plén. « SARL O Palermo ». A propos d'une reconstitution selon la procédure d'office fondée sur des documents et photocopies tirés d'une double comptabilité, soustraite par un ancien salarié et remise ensuite à un service de l'administration fiscale.

48• CEE, 27 avril 1987, n° 63634.

l'indépendance des procédures fiscale et pénale est une atteinte non seulement à la vie privée mais également au principe de loyauté fiscale. Ainsi l'administration fiscale qui a obtenu communication de pièces détenue par l'autorité judiciaire, dont l'obtention conduit le juge pénal à les annuler, ne prive pas l'administration de s'en prévaloir⁴⁹. Les renseignements obtenus par une ordonnance annulée peuvent même être utilisés à l'encontre des tiers, lorsqu'elles concernent directement le contribuable visité et accessoirement ou indirectement le tiers⁵⁰. A contrario, elles ne sont pas exploitables si elles concernent exclusivement le tiers.

Les relations de confidentialité sont également atteintes lors de la relation avec les tiers⁵¹. Ainsi, le contribuable qui transmet à des tiers des informations fiscales n'a pas droit d'exiger de ces personnes la confidentialité des informations. Il convient de souligner que les banques ont la qualité de « tiers », dont la caractéristique est d'être placée sous le contrôle de l'Etat. Ce contrôle rend inopposable le secret bancaire au fisc dans l'exercice du droit de communication⁵². Le juge de l'impôt a ainsi admis que le fisc puisse exiger des comptes bancaires de tiers, pour obtenir les renseignements nécessaires à la détermination des bases d'imposition d'un contribuable vérifié⁵³. Le fisc est en droit de demander, sans l'accord du contribuable, des bordereaux de comptes bancaires personnels communiqués par une banque, ainsi que les tableaux d'amortissement d'un emprunt en vue de l'acquisition d'une résidence principale⁵⁴.

Pour pouvoir bénéficier des avantages financiers ou fiscaux, notamment dans le secteur bancaire (certains prêts), certaines prestations sociales (Allocations en matière de logement), il est toujours nécessaire de présenter un certificat fiscal faisant apparaître le niveau d'imposition acquittée (en règle générale IR année N-1). Ainsi, en matière de société, l'indication à l'administration fiscale des noms et adresses des associés d'une société en participation est la condition sine qua non pour échapper à l'assujettissement à l'IS. A l'inverse, le résultat d'une société en participation est obligatoirement

49• CE, 6 décembre 1995, n° 126 826, Section, SA Samep.

CE, 6 décembre 1995 n° 90914, Section, Navon. RJF 1/96 n° 62 avec chronique G. Goulard. CAA Lyon, 15 juillet 1999 N° 96-650, 2^e ch, SARL Olivier Service.

50• CE, 16 novembre 2005, n° 264077, 9^e et 10^e sous section, min. c/SARL Sarim. Conclusion L. Vallée, BDCF, 2006 n° 20.

51• Source Y. Pimont. « le fisc, le contribuable et les tiers », Mélanges Gaudemet, Coll. Economica 1994.

52• Instruction DGI, 18 mars 1988, relatives à l'exercice du droit de communication auprès des banques. BOI 13 R 2 88. Droit fiscal 1988 II-9392.

53• CE, 29 janvier 1982, Req. n° 18537. RJF 4-1982, n° 407.

54• CAA, Nancy, 22 mai 1990, Req. n° 430, droit fiscal, 1991. Comm. 841 et 1944.

soumis à l'IS, dans la limite de la part de ce résultat qui revient aux associés dont les noms et adresses n'ont pas été communiqués au fisc⁵⁵.

Le rapport d'inspection d'un office de notaire réalisé à l'initiative d'une chambre départementale des notaires, conformément au décret du 12 août 1974, constitue un document de service au sens de l'article L. 83 du livre de procédures fiscale et doit, comme tel être communiqué à l'administration, sur simple demande de sa part⁵⁶, sans que puisse être opposé le secret professionnel.

Cette prérogative exorbitante du droit commun, en matière fiscale, est-elle véritablement acceptable? Que l'administration puisse prendre des renseignements à l'encontre d'un contribuable vérifié est normal. Mais l'extension de compétences imposées aux tiers est excessive et dangereuse pour la sphère privée et place l'intervention du notaire dans un climat de « délation fiscale ». Cette situation s'illustre parfaitement en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et la « déclaration de soupçon obligatoire ».

2.2 Atteinte à la vie privée dans le domaine judiciaire

Il apparaît que le notaire conserve le secret face à son client mais la protection du dossier n'est pas opposable au juge.

Le notaire peut-il témoigner en justice et révéler les confidences du client? La Cour de cassation a posé le principe du refus de témoignage du confident⁵⁷.

Le notaire choisi pour négocier « n'a pas à révéler dans une attestation destinée à être produite en justice les propos qu'il avait recueillis⁵⁸ ».

Le notaire⁵⁹ face à des demandes de témoignages n'a pas à témoigner des faits et actes dont il a eu connaissance à l'exception de la citation en justice (article 10 du Code pénal) mais pourra dans sa prestation de serment faire « réserve des faits confidentiels pour lesquels il se considère comme lié par le secret professionnel ».

Les dérogations exceptionnelles judiciaires sont :

- La communication de pièces (en matière civile et pénale).
- La réquisition judiciaire.

55• E. Desmounonieux. « L'indication au fisc de l'identité des associés d'une Société en participation » (à propos de l'arrêt Danone du 30 janvier 1996 de la CAA de Paris), *Droit Fiscal* 14-1997, pp 492 à 494.

56• CE 8^e section et 3^e sous-section, réunies, 7 novembre 2008, requête n° 305609.

57• Crim. 22 décembre 1966 JCPG 1967 II 15126, D 1967 122.

58• Civ. 1^{er} 18 juin Def. 85 p 1441 obs. J. L. Aubert.

59• Référence pp. 112-113 du congrès Mouvement jeune notariat « Le notaire citoyen », 32^e congrès du mouvement, Marrakech 2001.

- La perquisition.

- La demande judiciaire de communication de pièces⁶⁰ prévoit que lorsqu'une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie, elle peut demander au juge d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte.

- Le dessaisissement d'une minute peut être ordonné par le président du Tribunal de Grande Instance (exemple pour la vérification d'écriture, de procédure d'inscription de faux...).

Dans le cadre d'une enquête judiciaire, le juge peut ordonner au notaire la remise de documents et pièces, n'ayant pas le caractère d'actes authentiques. Le notaire peut refuser mais ce refus s'effacera alors au cours d'une perquisition.

- Le secret professionnel ne fait obstacle aux perquisitions et les pouvoirs du juge d'instruction ne souffrent d'aucune restriction⁶¹.

« Que le document saisi soit une minute dont la communication est réglementée par la loi de ventôse ne rend pas nécessaire une ordonnance du tribunal de grande instance⁶² ».

Le président de chambre a pour unique fonction⁶³ d'assister son confrère et de s'assurer de la régularité de la procédure.

Ces atteintes exceptionnelles et qui ne peuvent être effectuées que par un magistrat-instructeur⁶⁴ pour les perquisitions semblent conformes à l'intérêt général d'autant que le notaire bénéficie d'un traitement identique aux autres professions.

2.3 Atteinte à la vie privée à raison de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le terrorisme

Cette manière pour l'État d'exiger la transparence de ses administrés n'est pas propre au domaine judiciaire⁶⁵. L'exigence de collaboration du notaire avec l'État trouve motif dans la lutte contre le blanchiment. Si le notariat ne peut pas :

60• Article 138 du N.C.P.C.

61• Cour de cassation, Ch. Crim, 23 mars 1977. JCP 1979 II 19030, note P. Champon.

62• Petites Affiches, 3 février 2005, n° 24, page 17 « Le secret Professionnel », XIII « Rencontres Notariat-Université, Paris, le 3 novembre 2003. Texte rédigé par Maître Béatrice Creneau-Jaubaud, notaire.

63• Ancien article 32 du règlement national des notaires.

64• La loi du 4 janvier 1993 accorde aux notaires les mêmes garanties qu'aux avocats, avoués, médecins et a complété l'article 56-3 du Code pénale. La perquisition doit être faite par la personne même du magistrat instructeur. Il semble ainsi que la perquisition effectuée dans un office notarial par un officier de police judiciaire, même sur commission rogatoire serait atteinte de nullité.

65• Voir l'explosion statistique des écoutes téléphoniques, de l'augmentation du délai de garde à vue.

« rester à l'écart de la lutte contre ce fléau social de rendre légaux des fonds provenant d'actes illicites. Cette obligation n'est admissible que dans la mesure où les actes présumés suspects sont définis objectivement par les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment et ne dépendent pas de la subjectivité du notaire⁶⁶ ».

Si la lutte contre le terrorisme réunit un consensus général au sein des professions juridiques et financières et auprès des citoyens européens, les exigences de protection des données personnelles ne peuvent être sacrifiées pour autant. « Il n'y a pas qu'en France que le débat fait rage⁶⁷ », partout on dénonce « une volonté de contrôle social total⁶⁸ ».

En s'opposant le 11 février 2010 au projet « Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications » (SWIFT⁶⁹), à cet accord sur le transfert et le traitement des données bancaires pour lutter contre le terrorisme⁷⁰, le Parlement Européen se pose en défenseur des droits fondamentaux et de la protection des données personnelles.

Le notaire en sa qualité de détenteur d'informations et des confidences est sollicité de manière disproportionnée au motif de la lutte contre le terrorisme.

L'activité notariale ne permet pas toujours de connaître l'origine des fonds utilisés pour des opérations formalisés dans les documents qu'il autorise.

66• Reprise de la traduction en français des conclusions élaborées à l'occasion du XXII^e Congrès international du notariat latin Buenos-Aires (Argentine) en date du 27 septembre – 2 octobre 1998, Thème 1. « Le rôle du notaire face aux exigences de l'Etat principalement dans le domaine administratif et fiscal ».

67• Propos tenus par Madame Mireille Delmas-Marty, professeur au Collège de France, titulaire de la chaire d'Etudes juridiques comparatives et d'internationalisation du droit depuis 2003, s'exprimant sur radio classique, émission du jeudi 18 février 2010 au matin sur le thème « libertés et sûretés dans un monde dangereux » après l'adoption par les députés de la nouvelle loi sécuritaire dite « Loppsi 2 » (Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure).

68• Propos tenus par Madame Mireille Delmas-Marty. Voir supra.

69• Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication. La société permet aux établissements financiers, organismes bancaires et entreprises d'échanger des messages financiers standardisés en proposant les produits et services de communication nécessaires à l'échange d'informations financières de façon sécurisée à l'échelle internationale. SWIFT est une société coopérative régie par la loi belge, détenue et contrôlée par ses actionnaires.

70• Source. <http://www.reopen911.info/News/2010/02/11/swift-rejete/>.

« Le Parlement européen a rejeté jeudi à une large majorité un accord intérimaire entre l'UE et les Etats-Unis sur le transfert à l'administration américaine de données financières relatives à des citoyens européens. Les eurodéputés ont estimé que l'accord ne comportait pas suffisamment de garanties pour la protection de la vie privée. Conclu entre Washington et les Etats membres de l'UE, le texte encadre l'accès des agences anti-terroristes américaines aux données financières centralisées par la société SWIFT. De nature intérimaire, il doit être étoffé dans les prochains mois pour prendre une forme définitive ».

L'atteinte à la vie privée est manifeste en présence :

- D'un dispositif qui permet aux autorités la levée soit trop importante, soit systématique du secret professionnel.
- D'une obligation de transmettre des actes présumés suspects subordonnée à la subjectivité du notaire.
- Lorsque l'État impose au notaire le contrôle de l'exécution d'obligations fiscales ou administratives étrangères à l'acte.
- Et dans l'affirmative, cette atteinte n'aboutit elle pas à une incohérence flagrante dès lors que d'autres professions ne sont pas soumises aux mêmes exigences et que s'instaure un climat de suspicion généralisé entre confrères.

La lutte contre le blanchiment combine aujourd'hui un double registre d'action :

- d'une part une législation pénale toujours plus lourde,
- et d'autre part un ensemble d'obligations de vigilance, qui transforme le notaire en un véritable auxiliaire de police⁷¹ : détecter et au besoin signaler, les transactions jugées douteuses.

Les textes en matière de lutte contre le blanchiment sont désormais si nombreux, qu'il est quasiment impossible de tous les citer⁷² et que cette

71• Source : Actualité de la recherche. Question pénale, septembre 2000. Numéro XXII4. Revue SNRS de l'université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines. Article intitulé « Sentinelles et outils à l'œuvre dans le blanchiment ». Auteur ; Gilles Favarel-Garriges (CERI-Sciences PO et Thierry Goderoy.

72• A titre d'exemples dans l'arsenal législatif :

- Loi n° 2006-64 du 23 janvier, relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers,
- Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.
- Loi n° 2004-130 du 11 février 2004.
- Loi n° 2005-743 4/07/2005 autorisant la ratification de la convention des Nations-Unies contre la corruption.
- Loi n° 2005-150 21/05/2005 autorisant l'approbation de l'accord entre le gouvernement de la république française et le gouvernement de la république du Tadjikistan relatif à la coopération en matière de sécurité intérieure.
- Loi n° 2005-151 21/02/2005 autorisant l'approbation de l'accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la république slovaque relatif à la coopération en matière de sécurité intérieure.
- Loi n° 2005-152 21/02/2005 autorisant l'approbation de l'accord entre le gouvernement de la république française et le gouvernement de la république de Bulgarie relatif à la coopération en matière de sécurité intérieure,
- Loi n° 2005-1004 11/02/2005 autorisant la ratification de la convention pénale sur la corruption.
- Loi n° 2004-424 19/05/2004 autorisant l'approbation d'un accord entre le gouvernement de la république française et le gouvernement de l'Ukraine relatif à la coopération policière (ensemble un échange de lettres).

tendance est confirmée récemment par la création d'un conseil d'orientation de la lutte contre le blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme⁷³.

72 (suite) •– Loi n° 2004-130 11/02/2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires et juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et le gouvernement de la république d'Afrique du Sud.

– Loi n° 2003- 1147 2/12/2003 autorisant l'approbation de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le gouvernement de la république française et le gouvernement de la république d'Afrique du Sud,

– Loi n° 2003-706 01/08/2003 de sécurité financière.

– Loi n° 2001-1168 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractères économique et financières.

– Loi n° 2001- 1062 15 novembre 2004 relative à la sécurité quotidienne.

– Loi n° 2001-420 15/01/2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

– Loi n° 2000-530 16/06/2000 autorisant la ratification du protocole établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relatif au champ d'application du blanchiment de revenus dans la convention sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes et à l'inclusion du numéro d'immatriculation du moyen de transport dans la convention.

– Loi n° 98-546 02/07/1998, portant diverses dispositions d'ordre économique et financier,

– Loi n° 96-609 05/07/1998 portant dispositions relatives à l'outre-mer.

– Loi n° 96-392 13/05/1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic de stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime.

– Loi n° 96-130 21/02/1996 autorisant l'approbation de la convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime faite à Strasbourg le 08/11/1990.

– Loi n° 94-5 04/01/1994 modifiant le code des assurances (partie législative), en vue de la transposition des directives 9249 et 9296 des 18/06/1992 et 10/11/1992 du conseil des communautés européennes.

– Loi n° 93- 122 29/01/1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

– Loi n° 92-1336 16/12/1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et de la modification de certaines dispositions du droit pénal et de la procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur.

– Loi n° 90-614 12/07/1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants.

– Loi n° 88-1149 23/12/1998 Loi de finances pour 1989.

– Articles 324-1 à 324- 6 du Code Pénal concernant le blanchiment simple et le blanchiment aggravé.

– Circulaire du ministre de la justice n0 NOR JUSC1000814 C du 14 janvier 2010.

– Décret n° 2010-9 du 6 janvier 2010 pris pour l'application de l'ordonnance du 30 janvier 2009 relatif aux obligations de vigilance et de déclaration pour la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment.

Depuis, le 1^{er} février dernier⁷⁴, la réglementation anti-blanchiment oblige les notaires à déclarer à un organisme de renseignement financier national intitulé TRACFIN.

Le champ d'application de la déclaration véritable épée de Damoclès.

Le notaire est tenu de procéder à une déclaration à TRACFIN⁷⁵ dans les cas suivants :

- après réalisation des formalités, il subsiste un doute (et non un soupçon) sur l'identité de son client⁷⁶,
- sommes ou opérations portant sur des sommes dont il a « de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une fraude fiscale⁷⁷ »,
- sommes ou opérations portant sur des sommes dont il « sait, soupçonne ou a de bonnes raisons de soupçonner » qu'elles proviennent « d'une infraction passible d'une peine de prison supérieure à un an ou participent au financement d'activités terroristes⁷⁸ ».

La difficulté réside dans la notion élargie de fraude, telle que définie par l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009⁷⁹ qui vise les infractions « graves », c'est-à-dire punissables d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an, liées à la fraude aux intérêts financiers des communautés

73• Décret n° 2010-69 du 18 janvier 2010 complétant le titre VI du livre V de la partie réglementaire du Code monétaire et financier (art. D.561-51 et suivants). Source D. n° 2010-69, 18 janvier. 2010; JO 20 janvier 2010, p1179.

74• Date effective de la transposition de la troisième directive européenne, prise par l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009, ratifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 et dont l'entrée en vigueur est le 1^{er} février 2009.

75• Source : <http://fr.wikipedia.org/wiki/TRACFIN> : « TRACFIN (Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers clandestins) est un organisme du ministère des finances français chargé de la lutte contre le blanchiment d'argent.

Créé en 1990 suite au Sommet de l'Arche, il prend d'abord la forme d'une cellule de coordination au sein de la direction générale des douanes. En 2006, il devient un service à compétence nationale et acquiert une direction propre. Ses locaux restent néanmoins situés au sein de l'administration des Douanes. TRACFIN est un service d'enquête administrative saisi sur la déclaration de soupçon d'un organisme financier soumis au dispositif anti-blanchiment. Il agit par échange d'informations avec les administrations de l'État, notamment l'office central de répression de la grande délinquance financière, ou avec les collectivités territoriales ; il exerce également un droit de communication auprès de tous les organismes assujettis. Au terme de son enquête, une présomption de soupçon peut être transmise à la justice. Son directeur actuel est Jean-Baptiste Carpentier. Ses effectifs, en croissance régulière, sont d'environ 70 agents ».

76• L.561-15 IV CMF.

77• L.561-15 II CMF.

78• L.561-15.I CMF

79• Ratifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009. Source Legifrance.

européennes, au financement du terrorisme, aux activités criminelles organisées et au trafic de stupéfiants. Autant dire toutes les infractions punissables par la loi.

Le décret du 16 juillet 2009⁸⁰ définit 16 critères de détection de cette infraction. On constate à la lecture de ces critères que toutes les actions d'un professionnel sont concernées.

Les textes prévoient deux typologies de risques⁸¹ :

- Risque faible⁸² (opération ponctuelle ne dépassant pas 15 000,00 euros), établissement bancaire européen.
- Risque élevé⁸³ (client ou représentant légal absent physiquement, présence de bons anonymes, opération pour le compte d'un tiers ou filiales de sociétés et le client répond à la qualification de « personne politiquement exposées »).

La qualification du notaire de « correspondant déclarant⁸⁴ » au même titre que les administrations publiques n'est pas neutre.

Ainsi, l'ordonnance précise que l'administration peut utiliser ces informations pour l'exercice de « ces missions », c'est-à-dire « tant le contrôle fiscal que de répression pénale, étant rappelé que la commission des infractions fiscales (CIF) reste compétente en cas de poursuite au plan pénal des infractions de fraude fiscale⁸⁵ ».

A cela il convient d'ajouter la création de nouvelles possibilités pour TRACFIN dans l'exercice du droit de communication :

- Fixation du délai de transmission des pièces (art. L561-26 CMF),
- Exercice du droit de communication directement sur place pour les professions financières,
- Fourniture de tous renseignements de la part de tous des services de toutes les administrations, de toute autre personne chargée d'une mission de service public, mais aussi de la part de l'autorité judiciaire, des juridictions financières et des officiers de police judiciaire. (cf. art L561-27 CMF).

80• D.561-32-1 CMF.

81• Voir lettre adressée par la Chancellerie au Conseil supérieur du notariat en date du 13 janvier 2010 relative à la « présentation succincte des obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ». Cette lettre est en ligne sur le site intra notaire.

82• R.561-10 du CMF.

83• R.561-18 du CMF.

84• L.512-27 du Code monétaire et financier vise les prestataires de services professionnels qualifiés par la loi. Dix sept catégories de prestataires de services sont ainsi expressément visées dont les notaires et les avocats.

85• Propos de Patrick Michaud, avocat. La Semaine juridique, 13 novembre 2009, n° 46. Etude n° 1307.

TRACFIN peut échanger des informations au sein de la sphère publique (cf. Art. L561-29 CMF) :

- avec le service des douanes,
- avec les services de police judiciaire,
- avec les services fiscaux.

Ainsi, le contenu même de la déclaration de soupçon pourra être l'objet d'une transmission à ces services, sans que le déclarant en soit informé. Quid des informations transmises dans l'hypothèse d'un soupçon infondé ?

La déclaration de soupçon transmise par le notaire qui se révèle fausse et non susceptible de poursuites sur le plan pénal, fera l'objet d'une communication aux administrations fiscales pour les éléments financiers communiqués.

Quels sont les éléments qui amènent le notaire à remplir une déclaration ?

C'est la connaissance des techniques utilisées pour le blanchiment qui amène le notaire à remplir une déclaration de soupçon. Sans reprendre en détail toute la typologie des opérations de blanchiment, on rappellera qu'elles sont au nombre de trois grandes séries⁸⁶ :

- le placement ;
- l'empilage, qui se caractérise par le recours à des sociétés écrans ;
- l'intégration, qui se caractérise par l'investissement de fonds frauduleux dans un circuit économique légal.

Le notaire est concerné par les deux dernières techniques et reste constamment soumis aux obligations de vigilance et de déclaration ; aussi bien lorsqu'il participe à la réalisation de l'opération (achat/vente de biens immeubles, de fonds de commerce, gestion d'actifs appartenant aux clients, apports nécessaires pour la création de sociétés, gestion de fiducies). Mais également lorsqu'il assiste son client à la préparation d'une opération. C'est le cas lorsqu'il lui est demandé d'établir une procuration ou de légaliser une signature. Et ce dès qu'il engage « une relation d'affaire⁸⁷ ». Cette relation d'affaire existe dès lors que :

- le notaire engage une relation professionnelle qui s'inscrit dans une certaine durée,
- lorsque le client bénéficie de manière régulière de l'intervention du notaire pour une ou des opérations présentant un caractère continu.

Le notaire doit porter une vigilance sur la provenance et la destination des fonds, ainsi que « la justification économique » envisagée du compte⁸⁸. En cas de virement, les fonds doivent provenir d'un compte ouvert au nom du

86• Les notes bleues de Bercy, n° 160, 1^{er} juin 1999, n° 11.

87• Article L. 561-2-1 Code des marchés financiers.

88• Arrêté du 2 septembre 2009. (JO 4 septembre 2009).

mandant et dans le cadre d'un paiement par chèque, la banque devra indiquer le compte débité.

A cet effet, la Caisse des dépôts⁸⁹ peut exiger d'un notaire :

- l'origine et la destination des fonds,
- l'objet de l'opération,
- l'identité du bénéficiaire de l'opération.

Certains confrères ont d'ores et déjà adopté une politique inquisitoriale, voir de suspicion systématique à l'égard des fonds utilisés, comme l'illustre le courrier ci-dessus littéralement retranscrit (On rappellera en outre qu'en 2009, les notaires ont été les premiers déclarants du secteur non financier en valeur absolue⁹⁰) :

Modèle de lettre adressé entre confrères (France), début janvier 2010, dans le cadre d'une acquisition.

M^e notaire à Paris

Je vous précise que votre cliente aura à me remettre un chèque de 40 600 euros.

Par ailleurs et conformément à la réglementation spécifique à la sécurité financière à laquelle sont soumis tous établissements financiers (loi n° 90-614 du 12 juillet 1990, décret d'application n° 98-546 du 2 juillet 1998, Directive européenne n° 91-308 et 2001-97), je vous remercie de bien vouloir demander à votre cliente de me fournir, pour ses deniers personnels, les justificatifs de la provenance des fonds permettant de financer cette acquisition...

Alors qu'il a été spécialement prévu que le notaire ne puisse opposer le secret professionnel à TRACFIN qui dispose d'un droit exorbitant de communication sur pièces et non sur place⁹¹.

La directive n° 2005/60/ CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme prévoyait expressément d'écarter de la déclaration, l'activité de conseil juridique lors d'un examen de la situation du client :

« (20) il ne semble pas opportun (sous entendu les membres indépendants de professions fournissant des conseils juridiques), en vertu de la présente directive, l'obligation de déclarer, dans le cadre de ces activités, d'éventuels soupçons de blanchiment de capitaux. Il faut ainsi soustraire à l'obligation les

89• La Caisse des dépôts intervient alors au motif de son obligation de vigilance prévue à l'article L. 561-10-2 du Code monétaire et financier.

90• 370 déclarations de soupçon, et l'activité déclarative ne cesse de progresser (cf. rapport d'activité TRACFIN, 2009, p. 55).

91• Direction de l'éthique et de la déontologie. 22/01/2010. Conseil supérieur du notariat : « Le notaire dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ».

informations ainsi obtenues..., par conséquent le conseil juridique reste soumis à l'obligation de secret professionnel ».

Alors même que la directive prévoyait un équilibre en prenant en compte la particularité de l'activité de conseil, la transposition au niveau national mettait ce dernier à mal, en ne prévoyant aucun cas d'exclusion.

Il est regrettable que les autorités représentatives de la profession tant au niveau national qu'europpéen⁹² n'aient pas été plus critiques à l'égard des pouvoirs publics sur la transposition de la deuxième et troisième directive anti-blanchiment. Ainsi, on trouve dans le communiqué de la Conférence des notariats de l'Union européenne en date à Bruxelles (Belgique), du 9 décembre 2004, la conclusion ci-après littéralement rapportée :

« Le CNUE se félicite du caractère équilibré de la proposition présentée par la Commission et appuie le libellé actuel du texte. Les notaires membres de la CNUE sont disposés, voir même ils demandent à collaborer à l'intégration de la directive dans les législations nationales pour arriver en concertation avec les pouvoirs publics, à l'application "praticable" des mesures antiblanchiment ».

La résistance du Conseil national du Barreau a porté ses fruits puisque le Conseil d'Etat a rendu le 10 avril 2008 un arrêt concernant le décret de transposition de la deuxième directive et qui s'imposera à la troisième directive entrée en vigueur. Il était saisi sur requête conjointe du Barreau de Paris, l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, rejoints par les avoués (mais pas les notaires).

Les trois dispositions du décret du 26 juin 2006 transposant la deuxième directive anti-blanchiment ont été censurés par la haute juridiction⁹³ :

- Les obligations de vigilance imposées avaient pour conséquence la faculté pour TRACFIN de consulter les archives des avocats pendant la durée légale d'archivage de cinq années ainsi que la consultation des documents. Les avocats étaient « chargés à titre individuel d'y répondre⁹⁴ », sans bénéficiier du filtre du bâtonnier prévu en matière de déclaration de soupçon.
- Aucun cas d'exclusion de l'obligation n'était envisagé pour les simples consultations juridiques.
- L'instauration des procédures de vigilance devait être « homologuée » par le ministre compétent⁹⁵.

92• On peut lire la position complète sur le site de la Conférence des notariats de l'Union européenne: Position de la CNUE sur la proposition de directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment d'argent, y, compris le financement du terrorisme, COM (2004) 448 du 30 juin 2004.

93• D'après l'analyse de Maître William Feugere, avocat au barreau de Paris (Lexand). Revue Droit & Patrimoine, n° 171, juin 2008. Fascicule Pratique Déontologie.

94• Tel qu'il résultait de l'ancien article R.562-2 du Code monétaire et financier. Modifié depuis.

95• Tel que le prévoyait l'ancien article R.563-3 du Code monétaire et minancier.

Il apparaît à la lecture de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat⁹⁶ que sauf complicité de blanchiment, le secret de l'avocat tant en matière de consultation qu'en matière juridictionnelle est absolu.

Le résultat de cette collaboration aveugle entre les instances notariales et l'Etat français est que le notaire est tenu de procéder à une déclaration de soupçon même lorsqu'il donne des consultations juridiques dès lors qu'elles sont réalisées à des fins de blanchiments (L. 561-3-III du Code monétaire et financier).

Le notaire qui exprime des doutes doit prendre contact avec son président de chambre dont dépend son office. « Il est recommandé de ne pas écrire mais de prendre un rendez-vous directement afin d'exposer le soupçon par oral au président⁹⁷ ».

Le notaire décide seul de la remise de l'acte et de la déclaration et ne doit en aucun cas révéler au client que les informations ont été transmises et qu'une enquête est en cours de réalisation. La déclaration TRACFIN⁹⁸ peut être établie par écrit⁹⁹ mais également par oral. Ce dernier mode garantit une meilleure confidentialité de la source TRACFIN, dont la révélation peut avoir des conséquences dramatiques¹⁰⁰.

En pratique, le notaire va être confronté à son obligation d'instrumenter un acte tout en ayant connaissance du risque de blanchiment de l'opération. Cette question ne se pose ni pour les avocats ni pour les établissements de crédits.

Aux termes de l'article 3 de la loi du 25 ventôse an XI, les notaires « sont tenus de prêter leur ministère lorsqu'ils sont requis ». Un refus injustifié est une cause d'engagement de leur responsabilité civile. Quid en cas de soupçon ?

Deux situations peuvent être distinguées :

- Refus d'instrumenter préalable à toute explication donnée sur l'opération. Le refus n'est légitime qu'à la condition qu'il existe un risque réel d'illégalité¹⁰¹. Il n'apparaît pas possible de se fonder sur la qualité du client.
- Refus d'instrumenter après présentation du projet de l'opération. La loi ayant expressément prévu une immunité post déclarative, le notaire doit continuer son opération.

96• CE Section du contentieux sur le rapport de la 6e sous-section, Séance du 28 mars 2008. Lecture du 10 avril 2008, nos 296845, 296907 – Conseil national des barreaux et autres – Conseil des barreaux européens. <http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?articleid=788>.

97• Rapport de la sous-commission de la CAE, voir supra.

98• Voir supra pour la définition.

99• Le modèle de formule est reproduit dans une brochure éditée par le ministère de l'économie, du budget et des finances.

100• Le Parisien ; rubrique fait divers du 6 juillet 2006 ; « Un notaire parisien égorgé en pleine rue », relatif à l'assassinat de Maître Bonneau, notaire à Paris.

101• CA de Paris, 2^e ch. B., 20 septembre 2001, n° du rôle général 2000/1095, inédit).

Le notaire est-il autorisé à interrompre sa relation avec ce client ? Le dispositif législatif et réglementaire n'a rien prévu pour la profession¹⁰². Il est clair qu'une interruption brutale équivaut à signaler au client ses soupçons. De sorte qu'en continuant l'opération « en sous-marin¹⁰³ », le notaire est associé à l'identification du prévenu potentiel. Seul TRACFIN est autorisé à surseoir à statuer¹⁰⁴. Pire encore, il a été jugé sur le plan civil que « la déclaration de soupçon n'autorisait pas un établissement bancaire à refuser d'exécuter une opération qu'il était tenu de réaliser (CA Paris, 15^e chambre, section B. 9 avril 2004)¹⁰⁵ ». L'immunité pénale ne joue pas pour les déclarations tardives. En s'inspirant de la jurisprudence appliquée aux établissements bancaires, on peut affirmer qu'une déclaration tardive constitue une faute disciplinaire¹⁰⁶.

Le dispositif anti-blanchiment en introduisant la notion de « personnes physiques particulièrement exposées¹⁰⁷ (PEPS) » incite clairement à la constitution de listes noires de clients. Selon la définition du GAFI, la PEPS est « une personne qui exerce ou qui a exercé d'importantes fonctions publiques » à qui il convient d'assimiler les proches de celle-ci. La troisième directive les définit de façon plus précise comme étant « les personnes physiques qui détiennent ou se sont vu confier une fonction publique importante et qui effectuent des transactions commerciales ou financières importantes pouvant présenter un risque accru de blanchiment de capitaux, ainsi que les membres de sa famille proche ou les associés de telles personnes ». Il existe ainsi déjà plusieurs bases de données dont la plus connue est la Public Figures & Associates, créée par la société Activa basée à Londres¹⁰⁸. Peut être les noms de notaires français et de leur famille y figurent-ils ?

Concernant les sanctions applicables aux notaires, on distingue :

- Les sanctions disciplinaires, en cas de méconnaissance fautive de l'obligation de déclaration de soupçons à la cellule TRACFIN, et s'échelonnent

102• J-L Aubert, La responsabilité civile des notaires, Defrénois, 4 éd 2002.

103• Expression policière synonyme de taupe ou d'infiltration.

104• Article L.574 du Code monétaire et financier. TRACFIN peut faire opposition à une opération pendant une durée maximale de 12 heures. Ce délai peut être prorogé par le président du Tribunal de Grande Instance de Paris. Cette prérogative a été mise en œuvre pour la première fois en 1998 (les notes bleues de Bercy n° 160, 1^{er} juin 1999, page 4.).

105• Notarial Formulaire ; Fasc.26, Lutte contre le blanchiment, Déclaration de soupçon et sanctions.

106• CE, 6^e et 4^e sous-section réunies, 3 décembre 2003, n° 244084, inédit au recueil Lebon.

107• « Politically Exposed Persons » ou « PEPS ». Repris par la proposition de directive présentée par la commission COM 2004/448, 30 juin 2004.

108• Cette liste contient déjà plus de 460 000 noms.

du rappel à l'ordre à la destitution¹⁰⁹. Il suffit donc de constater l'irrespect de l'une des obligations faites par l'article L.561-1 du Code monétaire et financier. (Il ne s'agit donc pas seulement d'un manquement à l'obligation de procéder à la déclaration de soupçon).

A titre d'exemple de poursuites, on peut citer notamment les manquements à l'obligation de vérifier l'identité des clients¹¹⁰, de procéder à des vérifications supplémentaires dans certains cas¹¹¹, de communiquer lesdits documents à TRACFIN¹¹².

- Les sanctions pénales. On précisera juste ici que l'élément intentionnel est constitutif de l'infraction¹¹³.

- Les sanctions civiles. Une action en réparation à l'encontre du notaire ayant manqué à son obligation de déclaration est-elle envisageable par la partie ayant subi un préjudice? La Cour de cassation a répondu négativement à cette question¹¹⁴;

« Attendu que l'opération de vigilance (...) n'a pour seule finalité que la détection de transactions... qu'il résulte que la victime ne peut se prévaloir de l'inobservation des obligations résultant de ces textes pour réclamer des dommages et intérêts ».

La base de données payante (Dow Jones ou LexisNexis) permet d'obtenir également des relations relatives aux clients et à une liste de personnes politiquement exposées. On peut s'interroger sur la fiabilité de ces bases à finalité commerciale.

Le risque d'atteinte à la vie privée est évident¹¹⁵ et on peut s'interroger sur l'absence de contrôle de la CNIL¹¹⁶ en la matière.

109• Voir J. de Poulpique, Responsabilité des notaires civiles, disciplinaire et pénale. Ed. Dalloz 2003.

110• L. 563-1 alinéa 1^{er} du CMF.

111• Pour les cas, voir supra et l'article L. 563-1 alinéa 2, 3 et 4 du CMF.

112• L. 563-4 du CMF.

113• La directive du 4 décembre 2001 admet que « la connaissance de l'intention ou de la motivation, qui doit être un élément des activités susmentionnées, peut être établie sur la base de circonstances de fait objectives », PE et Cons; UE, dir. n° 2001/97/CE 4 décembre 2001.

114• Cass. com. 28 avril 2004, Pourvoi n° 02-15.054.

115• Voir notamment G. Desgens-Pasanau. La lutte contre le blanchiment d'argent et le terrorisme: quels enjeux pour la vie privée de la clientèle bancaire: Gaz Palais, 6-7 février 2004, p. 222.

116• CNIL précité.

Annexe 1

Les critères de déclenchement de la déclaration TRACFIN

Lorsque le professionnel sait, soupçonne ou a de bonnes raisons de soupçonner que les sommes ou opérations suspectes proviennent d'une fraude fiscale, il ne déclare à TRACFIN ces sommes ou opérations que lorsqu'il y a présence d'au moins un des 16 critères définis par le décret n° 2009-874 du 16 juillet 2009 :

1°/ L'utilisation de sociétés écran, dont l'activité n'est pas cohérente avec l'objet social ou ayant leur siège social dans un Etat ou un territoire qui n'a pas conclu avec la France une convention fiscale permettant l'accès aux informations bancaires, identifié à partir d'une liste publiée par l'administration fiscale, ou à l'adresse privée d'un des bénéficiaires de l'opération suspecte ou chez un domiciliataire au sens de l'article L. 123-11 du code de commerce ;

2°/ La réalisation d'opérations financières par des sociétés dans lesquelles sont intervenus des changements statutaires fréquents non justifiés par la situation économique de l'entreprise ;

3°/ Le recours à l'interposition de personnes physiques n'intervenant qu'en apparence pour le compte de sociétés ou de particuliers impliqués dans des opérations financières ;

4°/ La réalisation d'opérations financières incohérentes au regard des activités habituelles de l'entreprise ou d'opérations suspectes dans des secteurs sensibles aux fraudes à la TVA de type carrousel, tels que les secteurs de l'informatique, de la téléphonie, du matériel électronique, du matériel électroménager, de la hi-fi et de la vidéo ;

5°/ La progression forte et inexplicquée, sur une courte période, des sommes créditées sur les comptes nouvellement ouverts ou jusque-là peu actifs ou inactifs, liée le cas échéant à une augmentation importante du nombre et du volume des opérations ou au recours à des sociétés en sommeil ou peu actives dans lesquelles ont pu intervenir des changements statutaires récents ;

6°/ La constatation d'anomalies dans les factures ou les bons de commande lorsqu'ils sont présentés comme justification des opérations financières, telles que l'absence du numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, du numéro SIREN, du numéro de TVA, de numéro de facture, d'adresse ou de dates ;

7°/ Le recours inexplicqué à des comptes utilisés comme des comptes de passage ou par lesquels transitent de multiples opérations tant au débit qu'au crédit, alors que les soldes des comptes sont souvent proches de zéro ;

8°/ Le retrait fréquent d'espèces d'un compte professionnel ou leur dépôt sur un tel compte non justifié par le niveau ou la nature de l'activité économique ;

9°/ La difficulté d'identifier les bénéficiaires effectifs et les liens entre l'origine et la destination des fonds en raison de l'utilisation de comptes intermédiaires ou de comptes de professionnels non financiers comme comptes de passage, ou du recours à des structures sociétaires complexes et à des montages juridiques et financiers rendant peu transparents les mécanismes de gestion et d'administration ;

10°/ Les opérations financières internationales sans cause juridique ou économique apparente se limitant le plus souvent à de simples transits de fonds en provenance ou à destination de l'étranger notamment lorsqu'elles sont réalisées avec des Etats ou des territoires visés au 1° ;

11°/ Le refus du client de produire des pièces justificatives quant à la provenance des fonds reçus ou quant aux motifs avancés des paiements, ou l'impossibilité de produire ces pièces ;

12°/ Le transfert de fonds vers un pays étranger suivi de leur rapatriement sous la forme de prêts ;

13°/ L'organisation de l'insolvabilité par la vente rapide d'actifs à des personnes physiques ou morales liées ou à des conditions qui traduisent un déséquilibre manifeste et injustifié des termes de la vente ;

14°/ L'utilisation régulière par des personnes physiques domiciliées et ayant une activité en France de comptes détenus par des sociétés étrangères ;

15°/ Le dépôt par un particulier de fonds sans rapport avec son activité ou sa situation patrimoniale connues ;

16°/ la réalisation d'une transaction immobilière à un prix manifestement sous-évalué.

Annexe 2 – Lettre du 13 janvier 2010, ministère de la justice.



Paris, le 13 JAN. 2010

MINISTÈRE DE LA JUSTICEDIRECTION
DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCAU

LA DIRECTRICE

C.S.N. * REÇU
15 JAN. 2010

M1 SB/201000404858

Monsieur le Président,

J'appelle votre attention sur la publication au Journal officiel, le 8 janvier dernier, du décret du 6 janvier 2010 pris pour l'application de l'ordonnance du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme aux sociétés de ventes volontaires, aux commissaires-priseurs judiciaires, aux huissiers de justice, aux notaires, aux avocats et aux avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Ce texte précise notamment les pouvoirs des chambres départementales ou interdépartementales dans le contrôle du respect, par les professionnels, de leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment.

Ce décret parachève, pour les professions juridiques et judiciaires, la transposition de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme, dite troisième directive anti-blanchiment. Il fait suite à l'ordonnance du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, ratifiée par la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, et à plusieurs décrets pris pour son application.

Le nouveau dispositif, codifié aux articles L. 561-1 à L. 561-45 et R. 561-1 à R. 561-50 du code monétaire et financier, complété par les textes spécifiques à chaque profession, introduit des notions telles que le « client occasionnel », le « bénéficiaire effectif » ou encore la « relation d'affaires », qui déterminent la mise en œuvre et le niveau des obligations de vigilance, désormais définies selon une approche par les risques. Les obligations de déclaration sont, quant à elles, renforcées, puisqu'elles s'appliquent désormais aux opérations portant sur des sommes dont les professionnels savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme. Vous trouverez ci-joint une fiche récapitulant de façon synthétique les principales obligations incombant aux professionnels.

Monsieur Jean-Pierre FERRET
Président du Conseil supérieur du notariat
60, boulevard de la Tour Maubourg

DACS
5 boulevard de la Tour Maubourg
75006 PARIS
Paris 14^e
Téléphone 01 44 77 60 60
Téléphone 01 44 77 62 39

ADRESSE POSTALE
13, place Vendôme
75042 Paris Cedex 01

Annexe 3 – Caisse de garantie

CAISSE CENTRALE DE GARANTIE
DE LA RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE DES NOTAIRES

LA COMMUNICATION D'ACTE EN DEHORS DE TOUTE PROCÉDURE

DEMANDEURS	RÈGLES APPLICABLES
Personnes intéressées en nom direct Héritiers Ayants droit	Article 23 de la loi du 25 ventôse an XI modifié par la loi du 25 juin 1973 Article 1435 du Code de procédure civile Article 32 du règlement national du notariat Ces personnes bénéficient d'un droit de communication directe. <i>OBSERVATIONS :</i> Avocat mandataire d'une partie à l'acte Il peut lui être remis une copie d'acte. Il convient préalablement de vérifier la réalité du mandat invoqué. Mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises Le mandataire judiciaire paraît devoir être considéré comme un ayant droit (JOAN, Déb., 17 octobre 1969, p. 2727). COMMUNICATION DE TESTAMENT Légataire particulier Il est considéré comme un héritier. Le notaire n'est pas tenu de lui transmettre l'expédition entière du testament, mais seulement la copie des dispositions qui le concernent. Héritier non réservataire évincé La réponse n'est pas certaine, il paraît préférable d'obtenir une ordonnance.
Tiers <i>(Personnes n'ayant pas les qualités indiquées ci-dessus)</i>	Article 23 de la loi du 25 ventôse an XI modifié par la loi du 25 juin 1973 Nécessité d'obtenir une ordonnance rendue par le président du tribunal de grande instance qui appréciera si le tiers justifie d'un intérêt légitime. Sont, notamment, considérés comme tiers les créanciers, les syndics de copropriété. <i>OBSERVATION :</i> Avocat mandataire d'un tiers à l'acte Il doit respecter le formalisme de l'article 23 de la loi du 25 ventôse an XI.
Administration fiscale	Article L.92 du Livre des procédures fiscales L'administration fiscale dispose d'un droit de communication pour l'ensemble des actes de l'étude, à l'exception des testaments et actes de libéralités à cause de mort du vivant de leur auteur. L'administration doit viser un acte bien déterminé. La communication doit s'effectuer sur place et jamais par correspondance.

CAISSE CENTRALE DE GARANTIE
DE LA RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE DES NOTAIRES

LA COMMUNICATION D'ACTE DANS LE CADRE D'UNE PROCÉDURE

PROCÉDURE CIVILE	
DEMANDEURS	RÈGLES APPLICABLES
Partie à la procédure <i>(Tiers à l'acte demandé)</i>	Article 138 du Code de procédure civile Le juge saisi de l'affaire a le pouvoir d'obtenir la production d'une copie d'acte, d'une expédition ou même d'une minute. Dans l'hypothèse où c'est la minute qui est communiquée, il y a lieu de respecter le formalisme de l'article 27 du décret du 26 novembre 1971 : nécessité de se faire délivrer une copie certifiée conforme. Cette copie est substituée à la minute, elle en tient lieu jusqu'à sa réintégration. Procédure d'inscription de faux Dans le cadre de cette procédure le juge peut prendre connaissance de l'acte authentique afin de statuer sur les griefs qui sont présentés. A cette fin, il peut ordonner toutes mesures d'instruction nécessaires (article 308 du Code de procédure civile) et est en droit de demander la production de l'acte litigieux, en ordonnant le dépôt au greffe de la minute elle-même (sur les précautions à prendre cf. article 27 du décret du 26 novembre 1971).
PROCÉDURE PÉNALE	
DEMANDEURS	RÈGLES APPLICABLES
Officier de police judiciaire	L'officier de police judiciaire agit dans le cadre d'une enquête préliminaire (article 75 du Code de procédure pénale) ou d'une commission rogatoire (article 151 Code de procédure pénale). Il doit justifier de ses pouvoirs. La minute d'un acte notarié ne peut lui être remise. En revanche, la copie d'un acte peut lui être communiquée, en vertu des articles 77-1-1 et 99-3 du Code de procédure pénale. Perquisition
Juge d'instruction	Le juge d'instruction peut obtenir une communication de copie d'acte mais, pour saisir une minute, il doit procéder par la voie de la perquisition, en respectant les règles de l'article 56-3 du Code de procédure pénale. La perquisition nécessite la présence du Président de la chambre ou de son représentant. Instruction pour faux Article 645 du Code de procédure pénale Sur ordonnance du juge d'instruction, le notaire est tenu de lui remettre la minute de l'acte argué de faux. Dans ce cas le notaire doit se faire délivrer une copie certifiée conforme par le greffier, mise au rang des minutes de l'office jusqu'à restitution de la pièce originale.

POSTFACE

« Le droit à l'image de l'individu »

Sabine Abravanel-Jolly,

Maître de conférences à l'Université Lyon III, HDR

publié sur le site : www.actuassurance.com, analyse, sept. 2009

L'IMAGE DE LA PERSONNE c'est sa représentation physique, le côté esthétique de sa personnalité, l'expression d'une attitude, d'un comportement. Pour le professeur RAVANAS, l'image est « la représentation des traits physiques d'une personne sur un support matériel quelconque »¹¹⁷. Ainsi définie, la notion a un contenu très large, englobant aussi bien les images photographiques ou animées que celles obtenues par la peinture ou le dessin. L'image révèle ce qui différencie la personne de toute autre, ce qui fait qu'elle est un individu unique. Elle est aussi le reflet de la personnalité.

En ce sens, toute personne doit pouvoir défendre son image. Une décision de justice s'est prononcée pour la première fois en 1858, à propos d'une mort illustre, celle de l'actrice Rachel. Pour le tribunal civil de la Seine, « nul ne peut, sans le consentement formel de la famille, reproduire et livrer à la publicité les traits d'une personne sur son lit de mort, quelle qu'ait été la célébrité de cette personne »¹¹⁸. Si l'image de la personne est protégée depuis longtemps déjà, plusieurs questions se posent toujours.

Qu'entend-on par droit à l'image de l'individu ? Le droit à l'image est-il un droit autonome conféré à l'individu ? Autrement dit, existe-t-il un régime juridique spécifique consacré au droit à l'image ? La réponse à ces questions diffère selon que l'image litigieuse porte atteinte aux droits extrapatrimoniaux ou aux droits patrimoniaux de l'individu¹¹⁹.

Le droit extrapatrimonial à l'image est en cause lorsque la publication de l'image se double d'une atteinte aux droits de la personnalité et, notamment, d'une atteinte au droit au respect de la vie privée de l'individu. Sous cet angle,

117• J. Ravanais, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, LGDJ, 1978, p. 4.

118• Trib. Seine, 16 juin 1858, D. 1858. 3. 62 ; Les termes de cette décision ont été reproduits par l'ordonnance de référé rendue à propos de la réalisation et la publication de la photographie de l'acteur Jean Gabin sur son lit de mort : TGI Paris, Référé, 11 janv. 1977, D. 1977. 83, note R. Lindon ; TGI Paris, 31 mai 1989 et Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1989, Gaz. Pal. 1989. 2, somm. 525.

119• Le droit à l'image n'a cessé de se dédoubler en conférant également à son titulaire des prérogatives économiques : V. E. Gaillard, La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit civil français, D. 1984, chron., p. 161.

l'image peut être considérée comme un corollaire de la vie privée, c'est-à-dire comme un support, et plus précisément, un support humain de l'extériorisation de la vie privée de l'individu. Dans cette approche, l'image ne serait pas en elle-même un attribut de la personnalité à part entière digne d'être érigé en objet d'un droit subjectif autonome, elle ne serait en réalité qu'un moyen de porter atteinte à la vie privée ou à la dignité¹²⁰. Dans ce sens, l'autonomie du droit à l'image n'aurait plus vraiment d'intérêt en soi, il y aurait « éclatement » du droit à l'image « au profit d'une identification accrue des intérêts susceptibles d'être atteints par la publication de l'image ». Lorsque la vie privée est en cause, les articles 9 du Code civil et 8 de la convention EDH auront vocation à régir le litige, ainsi que l'affirme la Cour de cassation : « selon l'article 9 du Code civil, chacun a le droit de s'opposer à la reproduction de son image »¹²¹.

C'est au contraire le droit patrimonial à l'image qui est en cause lorsque l'exploitation de l'image peut créer un manque à gagner pour l'individu. Dans ce cas, ce n'est à l'évidence plus la vie privée de l'individu qui est atteinte, mais ses intérêts économiques. L'article 9 du Code civil, dédié au droit au respect de la vie privée, n'a donc plus sa place ici, contrairement à la position plus que confuse de la Cour de cassation sur ce point. C'est surtout dans ce sens qu'il est possible de parler d'un droit autonome à l'image, détaché de toute référence à la vie privée. Pour autant, aucun régime juridique spécifique n'existe, et la doctrine comme la jurisprudence se montrent hésitantes.

1. Le droit extrapatrimonial à l'image

La notion de droit extrapatrimonial à l'image doit être cernée avant d'exposer les modalités de sa protection.

1.1 Notion

La publication d'une image peut porter atteinte à la vie privée de la personne représentée lorsqu'elle révèle sa vie intime. Ainsi, la jurisprudence, dans l'affaire de l'actrice Rachel, a très tôt reconnu un droit dit à l'image¹²² qui coïncide avec le droit de l'article 9 du Code civil, chaque fois que « le sujet représenté a été saisi dans sa vie privée »¹²³.

120• Droits de la personnalité, Pan, D. 2005, p. 2643, spéc., p. 2644 ; D. Acquarone, L'ambiguïté du droit à l'image, D. 1985, chron., p. 129 ; B. Beignier, L'honneur et le droit, LGDJ 1995, p. 65 et s. ; E. Dreyer, J.-Cl. Communication, V° Image des personnes, Fasc. 3750, n° 4 et n° 5 ; T. Roussineau, La notion de droit à l'image existe-t-elle encore ?, Com. Com. Elec., juin 2005, chron. p. 14 s, spéc. n° 2, Le droit à l'image, Image des personnes et image des biens, thèse, Paris XI, 2004, spéc. p. 227 s.

121• Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 1998, D. 1999, Jurispr. p. 120, note J. Ravanais.

122• T. Civ ; Seine, 16 juin 1858, D. 1858. 3, p. 62.

123• Cass. 1^{re} civ., 10 juin 1987, Bull. civ. I, n° 191 : ainsi, « la publication de la photographie d'une comédienne, à sa sortie d'hôpital, assise dans un fauteuil roulant et poussée par son mari, prise à l'insu des intéressés et divulguée sans leur autorisation, porte atteinte au respect de la vie privée

Encore faut-il pour que l'atteinte à la vie privée soit constituée, que **la personne représentée sur l'image soit identifiée ou identifiable** : c'est ce qu'exige la Cour de cassation depuis quelque temps ¹²⁴.

- Ainsi, à propos d'un magazine qui avait publié, dans une rubrique Internet, un article consacré à des sites web installés à l'étranger et décrits comme délateurs. Y était reproduit un document imprimé depuis un ordinateur, intitulé « Photo porno de l'actuelle femme de P., haut magistrat français ». Les clichés, représentaient une femme « très déshabillée, la face totalement cachée, avec l'indication que son mari est président de chambre dans une Cour d'appel du sud de la France ». En outre, ces clichés étaient accompagnés du commentaire suivant : « l'ex-prostituée a ainsi réussi sa reconversion ». La femme qui, soutenant être la personne représentée, avait assigné la société éditrice du périodique pour atteinte à sa vie privée, a été déboutée. Son pourvoi a été rejeté, la Haute Cour estimant que la Cour d'appel avait « pu admettre **qu'à défaut de possibilité d'identification de la personne représentée, l'atteinte à la vie privée et à l'image n'était pas constituée** ». En effet, le magazine avait « pixellisé » le visage de la femme photographiée, occulté les prénoms, adresses, numéros de téléphone des personnes mentionnées, et passé sous silence la juridiction d'exercice du mari. En outre, le magazine s'était bien abstenu « de communiquer les références des sites où tous ces éléments étaient disponibles ». A défaut d'une telle précaution, la personne aurait été identifiable indirectement, par consultation des sites sources, et donc l'atteinte aurait été retenue. Arrêt très exigeant dans le sens de la protection de l'intéressé.

- Dans une autre affaire, mais fondée cette fois sur la loi du 6 janvier 1978, mod. par la loi du 6 août 2004, la Cour d'appel de Besançon a eu à se prononcer, le 31 janvier 2007 ¹²⁵, sur le problème d'une association qui avait diffusé sur son site Internet un avis de recherche intitulé « Recherche de témoignages complémentaires » sur une femme identifiée nommément avec sa photographie. Deux membres de la famille de cette personne ont considéré que cet appel à témoin constituait une atteinte à leur vie privée. Dépourvue de clarté, cette décision a au moins le mérite de se fonder sur les dispositions de la loi informatique et libertés dont les ressources propres (comme les droits : d'accès, de rectification, à l'oubli, compétence de la CNIL) peuvent la rendre plus attractive que l'article 9 du Code civil.

- La condition d'identification est encore exigée même lorsque la personne représentée n'est qu'un sosie. Ainsi, à propos d'une courte vidéo sur Internet

123 (suite) • aussi bien qu'au droit à l'image de l'actrice et de son époux... ». Dans le même sens : TGI Paris, 3 déc. 1997, JCP 1998, II, 10067, note M. Serna.

124 • Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2006, n° 05-16817, pan Droits de la personnalité, D. 2006, p. 2702.

125 • CA Besançon, 31 janv. 2007, pan D. 2007, p. 2771.

mettant en scène un sosie de Jean-Luc Delarue, passablement éméché, en train de tituber dans un avion, agresser des passagers, puis finalement arracher un bras à l'un d'eux et s'en servir comme massue. Bien sûr à ce moment d'impensable violence, le spectateur ne peut que comprendre la supercherie : il s'agit bien d'un sosie de l'animateur de télévision. Immédiatement après, le petit film s'achève : « si c'était vrai, ce serait dans Choc ». L'atteinte à la vie privée ne fait ici aucun doute, dès lors que, à travers le sosie, l'identification de la victime n'est pas contestable¹²⁶. Il suffit en effet que le sosie entretienne la confusion pour que l'identification soit évidente (dans la vidéo un passager le désigne même en criant « c'est Delarue là »).

Précisons, s'il en était besoin, que lorsque la publication a fait l'objet d'une décision judiciaire d'interdiction au motif que les personnes représentées étaient aisément identifiables, celle-ci n'est pas limitée dans le temps. C'est ce qui a été jugé à propos d'un film réalisé, montrant des images tournées lors d'interventions policières : les époux victimes, qui figurent sur ces images, obtiennent en référé l'interdiction du film tant que les images litigieuses n'auront pas été supprimées. Dix et vingt ans plus tard, la société titulaire des droits décide d'exploiter l'œuvre par cassette vidéo, non expurgée de la scène contesté, puis de la diffuser à la télévision, « arrangée » pour empêcher l'identification des intéressés. Les héros malgré eux assignent la société, à nouveau sur le fondement de l'atteinte à la vie privée. Sans surprise, la Cour de cassation rejette l'argumentation du pourvoi selon laquelle la mesure d'interdiction ordonnée en référé en 1983 était dépourvue de l'autorité de la chose jugée du fait du temps passé, « sans qu'il soit nécessaire d'en demander la rétractation »¹²⁷.

Le droit subjectif à la vie privée s'étend ainsi à la protection du droit extrapatrimonial à l'image. Toutefois, des limites viennent en atténuer la portée.

1.2 Une protection relative du droit extrapatrimonial

L'atteinte à la vie privée est en principe constituée dès lors que la personne représentée, vivante, n'a pas consenti à la divulgation de son image.

Toutefois, en l'absence de consentement, l'atteinte à l'image est exclue quand sa publication se justifie par les nécessités du droit à l'information, sous réserve quand même de respecter la dignité de l'intéressé.

Enfin, en toute hypothèse, le droit au respect de la vie privée est sacrifié dès l'instant où la publication de l'image trouve son fondement dans la liberté d'expression artistique. Mais là encore, sous réserve du nécessaire respect de la dignité de la personne représentée.

126• TGI Nanterre, ord. Réf., 23 mars 2007, CCE 2007, comm. n° 75, obs. A. Lepage.

127• Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2008, F-P+B, n° 06-19.147.

1.2.1 – Le consentement de la personne vivante¹²⁸

La publication de l'image exige le consentement spécial des intéressés. Il doit s'agir d'un nouveau consentement spécifique express ou tacite. Sur la forme du consentement, les juges du fond ont fréquemment pris parti sans véritable unité. Ils ont, le plus souvent, exigé une « autorisation préalable, expresse et spéciale »¹²⁹. Plus souples, certains ont toutefois admis l'accord tacite¹³⁰.

Depuis l'arrêt du 7 mars 2006, l'accord tacite est devenu la règle¹³¹ : « le consentement à la diffusion d'images de la personne ou de faits de sa vie privée peut être tacite ».

En l'espèce, les premiers juges et la Cour d'appel (CA Versailles, 14 oct. 2004, inédit) se sont ralliés à cette tendance minoritaire. Pour les besoins d'un documentaire consacré au métier de chauffeur de taxi, un homme exerçant cette profession avait été filmé durant toute une journée. Le film avait ensuite été diffusé à la télévision dans le cadre de l'émission « Capital » sur M6. Le chauffeur de taxi a alors plaidé, en vain, l'atteinte au droit sur son image et au respect dû à sa vie privée. Mais les juges ont très justement relevé qu'il « avait autorisé en toute connaissance de cause la captation de ses traits aux fins de télédiffusion sur M6 et s'était prêté de bonne grâce à toutes les séquences du film en y faisant des déclarations qu'il croyait devoir faire, ainsi que le montre le "visionnage" de la cassette ». Avec cet accord « en toute connaissance de cause », nous sommes bien loin des hypothèses d'images volées. Mais l'autorisation n'est pas expresse pour autant. Elle résulte, ici, des circonstances ; elle est tacite et, pour la première chambre, valablement.

128• Le droit au respect de la vie privée n'appartient qu'aux vivants. La solution a été, consacrée par un arrêt de la première Chambre civile en date du 14 décembre 1999 (Bull. civ. I, n° 345 ; D. 2000, Jur. p. 372, note B. Beignier, et Somm. p. 266, obs. C. Caron ; RTD civ. 2000, p. 342, obs. P. Jourdain, et p. 291, obs. J. Hauser ; JCP 2000, II, 10241, concl. Petit ; Com., com. élec. 2000, Comm. n° 39), elle avait mis un terme à une incertitude à laquelle la Cour de cassation, elle-même, n'était pas étrangère, pour avoir été séduite un temps par l'admission d'une vie privée post mortem (Cass. crim., 21 oct. 1980, Bull. crim., n° 262 ; D. 1981, Jur. p. 72, note R. Lindon).

Solution confirmée : Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 03-13.260, D. 2004, IR p. 2088 ; RTD civ. 2004, p. 714, obs. J. Hauser ; Com., com. élec. 2004, Comm. n° 134 ; Cass. 1^{re} civ., 15 févr. 2005, n° 03-18.302, D. 2005, IR p. 597 ; RTD civ. 2005, p. 363, obs. J. Hauser ; Com., com. élec. 2005, Comm. n° 76.

129• CA Paris, 22 mars 1999, Com., com. élec. 1999, n° 35, obs. R. Desgorges ; dans le même sens : 19 oct. 1988, D. 1988, IR p. 288 ; 12 sept. 1995, Légipresse 1996, III, p. 21 ; CA Versailles, 21 mars 2002, D. 2002, Somm. p. 2374, obs. C. Caron.

130• CA Bordeaux, 10 févr. 2003, JCP 2003, IV, 2991.

131• Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006, n° 04-20.715, JCP G 2006, IV, 1739.

C'était la position de certains auteurs¹³², et elle nous semble parfaitement cohérente au regard du droit des contrats. Tout d'abord, parce qu'« en règle générale, le droit français se contente d'une acceptation tacite »¹³³. En outre, cette liberté des formes se rattache au principe du consensualisme. Puis, plus précisément, si l'on analyse en l'espèce l'autorisation comme une renonciation à l'exercice de son droit à l'image¹³⁴, elle est également conforme au droit commun de la renonciation¹³⁵. Celle-ci ne se présume pas, mais peut résulter d'une volonté tacite, l'essentiel étant que cette volonté soit certaine. L'acceptation résulte alors de faits qui ne peuvent s'expliquer que par elle. Elle est bien réelle, même si elle est tue.

Si l'autorisation peut être tacite¹³⁶, elle doit nécessairement être requise pour chaque publication et dans le respect de la finalité de celle-ci¹³⁷.

1.2.2 - L'atteinte justifiée par le droit à l'information sous réserve du respect de la dignité

Depuis l'affaire de l'assassinat du Préfet ERIGNAC qui a notamment donné lieu à l'arrêt du 20 décembre 2000¹³⁸, il a été admis que le droit à l'information justifie la publication d'une image, même douloureuse pour la famille, à condition toutefois qu'elle ne porte pas atteinte à la dignité de la personne représentée.

En l'espèce, la Cour de cassation a décidé sur le fondement de l'article 16 du Code civil, consacrant le principe du respect de la dignité, que la publication était illicite. Décision critiquée par le professeur RAVANAS avec qui,

132• Notamment 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. 144.

133• A. Sériaux, *Droit des obligations*, 2^e éd., PUF, *Droit fondamental*, 1998, n° 13, p. 47

134• V. Les contrats portant sur l'image des personnes, *Comm., com. élec.* 2003, *chron.* n° 7 et erratum avr. 2003, p. 9

135• F. Dreiffus-Netter, v° Renonciation, *Rép. civ.* Dalloz, 1989, n° 39 s.

136• Notamment lorsque la personne participe à un événement public mais à condition que le cadrage n'en fasse pas le sujet du cliché : TGI Paris, 2 juin 1976, D. 1977. 364, note R. Lindon ; dans le même sens : CA Paris, 11 févr. 1987, *Gaz. Pal.* 1987. 1. 138, *RTD civ.* 1988. 93, obs. J. Rubellin-Devichi. Dans le même sens : Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2000 ; Astier/Julien., n° 98-21.311, *JCP G JCP* 2001, II, 10572, note S. Abravanel-Jolly.

137• Aff. J. Hallyday, Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 167 ; D. 2001. *Somm.* 1989, obs. L. Marino ; *RTD civ.* 2000. 801, obs. J. Hauser ; CCE, oct. 2000, n° 107, obs. A. Lepage ; aff. école Montessori, Paris, 14 févr. 2002, D. 2002. *Jur.* 2004, note J. Ravanias ; *RTD civ.* 2002. 487, obs. J. Hauser.

Jurisprudence confirmée par l'arrêt Téléthon du 14 juin 2007 : V. *infra* note 27.

138• Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2000, aff. Erignac, *JCP* 2001, II, 10488, obs. J. Ravanias., D. 2001, *Jur.* p. 885, note J.-P. Gridel, et *Somm.* p. 1990, obs. A. Lepage ; *RTD civ.* 2001, p. 329, obs. J. Hauser ; *Légipresse* 2001, n° 180, III, p. 57.

nous pensons que ce n'était pas la publication de l'image du préfet assassiné, gisant sur la chaussée dans son bain de sang, qui était indigne, mais bien plus l'acte odieux constitué par l'assassinat d'un préfet de la République, qu'il fallait dénoncer aux yeux de tous, notamment par la publication, certes particulièrement choquante, de la photographie litigieuse.

A propos de l'affaire ERIGNAC, la CEDH ne partage pas la même opinion. Par l'arrêt Hachette Filipacchi du 14 juin 2007¹³⁹, elle a estimé que la simple vision d'une photographie génératrice de douleur était suffisante pour caractériser une atteinte à la vie privée. En ce sens, sa position est beaucoup plus protectrice du droit au respect de la vie privée.

En toute hypothèse, depuis cette affaire ERIGNAC, la Cour de cassation retient 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 humaine^{139a} ».

Sous l'influence de la jurisprudence de la CEDH, pour déterminer si le droit à l'information doit prévaloir sur le droit à la vie privée, la Cour de cassation applique une méthode désormais habituelle qui se divise en trois étapes :

- 1/ Tout d'abord, en l'absence d'autorisation, ou quand les faits représentés ne sont pas anodins¹⁴⁰ c'est-à-dire qu'ils ne révèlent rien d'intime, elle recherche si l'article qui accompagne la publication de la photographie constitue une information légitime :

- c'est-à-dire soit un événement d'actualité dans lequel la personne est impliquée¹⁴¹, (Ainsi à propos d'un article V.25)

139• CEDH 14 juin 2007, Req. n° 71111/01, Hachette Filipacchi c/France, non définitive – affaire dite Erignac, in *Panorama Droits de la personnalité*, D. 2007, p. 2777.

139a • Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2001, D. 2001, Jur. p. 1199, note J.-P. Gridel, et *Somm.* p. 1990, obs. A. Lepage ; RTD civ. 2001, p. 329, obs. J. Hauser ; 12 juill. 2001, D. 2002, Jur. p. 1380, note C. Bigot, et *Somm.* p. 2298, obs. L. Marino.

140• Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002., 2002. Jur. 3164, note C. Bigot ; *Légipresse* 2002, n° 195. III. 170, note G. Loiseau – 19 févr. 2004., 2004. Jur. 2596, note C. Bigot ; RTD civ. 2005. 99, obs. J. Hauser – 8 juill. 2004. n° 02-17.458, RTD civ. 2005. 99, obs. J. Hauser ; 2005, Pan. 2643, obs. C. Bigot et 02-19.440 – CA Paris, 25 janv. 2006, n° 04/21259 et n° 04/05658, pan. Droits de la personnalité 2005-2006, 2006, p. 2706.

141• Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2001., 2001, préc. ; Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006, n° 05-16059, pan. 2006, p. 2708 : article sur les violences exercées contre les policiers, illustré d'une photo représentant la veuve aux obsèques de son défunt mari policier, mort en service.

Plus contestable : concernant la publication de la photo de J.-P. Belmondo évacué sur un brancard en hélicoptère après un accident de santé. Jugé qu'étant donné la popularité et la notoriété du comédien, événement d'actualité : Cass 1^{re} civ., 16 mai 2006, n° 0410359, pan. 2006, p. 2707.

- soit une affaire judiciaire¹⁴²,
- soit une contribution à un débat général de phénomène de société¹⁴³.

Tel n'est à l'évidence pas le cas de la publication, par une compagnie aérienne low cost qui avait assuré sa publicité, d'une photographie des deux tourtereaux de l'Élysée, sur laquelle la prima signora de France, tout sourire, disait, « Avec Ryanair, toute ma famille peut venir assister à mon mariage »... Tarif: 1 euro de dommages-intérêts pour lui, 60 000 euros per lei. Il en va de même de la photographie comparative, publiée dans une « feuille

142• Cass. 2e civ., 30 juin 2004, n° 02-19499, JCP 2004, II, 10160, note D. Bakouche : photo publiée mais représentant la personne dans un contexte différent, prise aux obsèques de son père. Pas illicite car fonction d'identification, le lien intellectuel est privilégié et non le lien temporel.

143• Cass. 2e civ., 4 nov. 2004, aff. Gouret, n° 03-15397, pan, D. 2005, p. 2648 : dans cette affaire, le magazine Paris-Match a publié un article dénonçant la violence routière intitulé « Routes, la guerre oubliée » où était publiée la photographie d'un jeune homme inanimé, étendu à demi dévêtu sur un brancard, le visage ensanglanté, autour duquel s'affairaient les secouristes du SAMU 77, sous-titrée par la légende : « Il faisait la course en scooter. Il avait 16 ans. Les médecins ne pourront le ranimer ». La Cour de cassation a estimé « que le principe de la liberté de la presse implique le libre choix des illustrations d'un débat général de phénomène de société », et qu'en l'occurrence la publication de la photo litigieuse était pertinente pour illustrer l'article. Par ailleurs, elle considère que l'atteinte à la dignité n'était pas constituée. Arrêt qui tranche avec la solution *Erignac*. En outre, le problème c'est ce que depuis cette date, les clichés circulent et sont utilisés dans un autre contexte. En réaction contre cet inconvénient : arrêt *Téléthon*, Cass. 1re civ., 14 juin 2007, n° 06-13601, pan. D. 2007, p. 2778. En l'espèce, en 1997, deux enfants atteints d'une grave maladie neuromusculaire (la myopathie) sont photographiés pendant une émission de télévision du Téléthon. En 1999, le cliché illustre un manuel scolaire, dans un chapitre sur « les chromosomes et les gènes » qui rappelle l'existence de ladite émission. Peut-on, sans requérir le consentement de la personne, reproduire un cliché la représentant pour illustrer un manuel scolaire ?

Selon la Cour, « la publication de l'image (...) exigeait le consentement spécial des intéressés ». Il doit s'agir d'un nouveau consentement spécifique, express ou tacite. L'arrêt d'appel déduisait ici un consentement tacite de la « participation volontaire des malades à l'émission » et du respect de la destination de l'image. Comme si le premier consentement impliquait le second. Mais cette inférence ne respecte en rien le choix de la personne de s'adresser à tel ou tel public, au travers de tel ou tel support, de telle ou telle façon. C'est pourquoi l'autorisation doit nécessairement être requise pour chaque publication, et dans le respect de la finalité de celle-ci (aff. J. Hallyday, Cass. 1re civ., 30 mai 2000, Bull. civ. I, n° 167 ; D. 2001. Somm. 1989, obs. L. Marino ; RTD civ. 2000. 801, obs. J. Hauser ; CCE, oct. 2000, n° 107, obs. A. Lepage ; aff. école Montessori, Paris, 14 févr. 2002, D. 2002. Jur. 2004, note J. Ravanis ; RTD civ. 2002. 487, obs. J. Hauser). En l'absence de consentement, on aborde la seconde voie, celle de la dispense d'autorisation qui connaît désormais trois cas d'ouverture : l'illustration d'un événement d'actualité dans lequel la personne est impliquée (Cass. 1re civ., 20 févr. 2001, Bull. civ. I, n° 42 ; D. 2001. Jur. 1199, note J.-P. Gridel, et Somm. 1990, obs. A. Lepage ; RTD civ. 2001. 329, obs. J. Hauser) ou celle d'une affaire judiciaire dans laquelle la personne est impliquée (Cass. 1re civ., 12 juill. 2001, Bull. civ. I, n° 222 ; D. 2002. Jur. 1380, note C. Bigot, et Somm. 2298, obs. L. Marino ;

d'égout »¹⁴⁴, des deux épouses de notre président en petites tenues (elles, pas lui...) et qui ont valu à l'ex et éphémère première dame de France une indemnisation de 30 000 euros pour atteinte à son droit à l'image. Ici aucune information légitime ne justifiait les publications litigieuses.

- 2/ Une fois la légitimité de l'information retenue, la Cour recherche si la photographie litigieuse « illustre de façon appropriée l'article avec lequel elle est en relation directe »¹⁴⁵. Sachant que si, désormais, est admis le libre choix de l'illustration¹⁴⁶, l'identification de la personne représentée n'est plus toujours nécessaire¹⁴⁷. Pour sa part, la Cour européenne se montre plus protectrice en distinguant entre les photographies qui « contribuent au débat d'intérêt général » (CADIG) et celles qui « s'y rattachent » (la pertinence de l'illustration étant écartée dans ce dernier cas).

- 3/ Enfin, elle relève s'il y a ou non atteinte à la dignité. Si le respect de la dignité peut être vu comme un garde-fou destiné à prévenir tout abus,

143 (suite) • RTD civ. 2001. 852, obs. J. Hauser) et, depuis l'arrêt de 2004, celle d'un « débat général de phénomène de société » (aff. préc. du jeune homme en scooter). On rentre en l'espèce dans ce troisième cas, mais la Cour propose des aménagements. C'est là que l'arrêt semble très pertinent.

L'arrêt semble très pertinent car il propose un compromis respectueux des droits de chacun. Pour la Cour, on est bien dans un cas de dispense d'autorisation, mais des précautions peuvent parfois s'imposer pour préserver l'anonymat des personnes : « l'illustration d'une étude d'intérêt général (...) n'implique pas nécessairement que les personnes représentées soient identifiables ». L'arrêt sous-entend qu'une solution pratique s'impose, tel le brouillage ou le cache partiel du visage, qui peut résulter de l'angle de vue ou du floutage. La proposition est raisonnable car l'identification de la personne n'apporte rien aux lecteurs en l'espèce. L'image n'a valeur que d'exemple, puisqu'elle n'illustre aucunement l'implication de la personne en particulier dans le sujet traité : « Concrètement, l'information des lecteurs intéressés par le fléau des accidents de la route justifie-t-elle (...) la publication de la photographie d'un jeune homme parfaitement reconnaissable, mortellement victime d'un accident en scooter ? » (G. Loiseau, note préc.)

144 • F. Rome, La république des images, D. 2008, p. 601.

145 • Seul compte le lien intellectuel à l'exclusion du lien temporel.

146 • Cass. 2^e civ., 30 juin 2004, n° 02-19499, préc. : photo publiée mais représentant la personne dans un contexte différent, obsèques de son père. Pas illicite car fonction d'identification, le lien intellectuel est privilégié et non le lien temporel. Cass. 2^e civ., 4 nov. 2004, aff. Gouret, n° 03-15397, pan, D. 2005, p. 2648 : publication de la photo du jeune accidenté en scooter pertinente pour dénoncer la violence routière et les jeunes conducteurs.

147 • Arrêt Téléthon, Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2007, n° 06-13601, pan. D. 2007, p. 2778. Pour la Cour, on est bien dans un cas de dispense d'autorisation, mais des précautions peuvent parfois s'imposer pour préserver l'anonymat des personnes : « l'illustration d'une étude d'intérêt général (...) n'implique pas nécessairement que les personnes représentées soient identifiables ». L'arrêt sous-entend qu'une solution pratique s'impose, tel le brouillage ou le cache partiel du visage, qui peut résulter de l'angle de vue ou du floutage.

consacré dans l'article 16 du Code civil, le flou artistique qui existe autour du concept de dignité constitue un obstacle à une jurisprudence cohérente.

Dans l'affaire Erignac, l'atteinte à la dignité du Préfet assassiné a été retenue. En revanche, elle a été écartée s'agissant de la photographie du jeune conducteur de scooter mortellement blessé dans un accident de la circulation¹⁴⁸. Mais plus récemment, concernant la poupée Vaudou à l'effigie du Président Sarkozy, alors que le TGI considérait qu'aucune atteinte à la dignité ne pouvait être relevée¹⁴⁹, la Cour d'appel de Paris, dans une décision rendue le 28 novembre 2008, a estimé que l'atteinte était constituée :

« par le fait d'inciter le lecteur à avoir un rôle actif en agissant sur une poupée dont le visage est celui de l'intéressé et dont le corps porte mention d'expressions qui se rattachent à lui, avec des épingles, piquantes par nature, et alors que le fait de piquer volontairement, ne serait-ce que symboliquement, outrepassa l'évidence les limites admises »¹⁵⁰.

1.2.3 - La liberté d'expression artistique prévaut sur le droit à l'image sous réserve du respect de la dignité

Les décisions touchant à la conciliation entre les droits de la personnalité et la liberté d'expression artistique sont rares, mais récemment deux jugements très motivés ont été rendus sur ce point par le Tribunal de grande instance de Paris (17^e ch., 9 mai et 25 juin 2007)¹⁵¹. Dans ces deux espèces, le contentieux porte sur l'ouvrage photographique de François-Marie BANIER, intitulé « Perdre la tête », composé de clichés représentant essentiellement des personnes anonymes ayant un aspect insolite, photographiées sur le vif, sur la voie publique, isolément ou non.

Notamment, l'affaire du 9 mai 2007 concerne la photographie d'une dame assise sur un banc, une besace Vuitton posée à côté d'elle, portable à l'oreille droite, tenant dans sa main gauche un calepin et une laisse tendue au bout de laquelle, figé dans une posture extatique, un chien aux yeux exorbités fixe le ciel. La dame invoque son absence de consentement pour reproduire ce qu'elle estime être un moment de sa vie privée, et une violation de son droit à l'image, car elle pourrait, explique-t-elle, passer pour indifférente devant les situations de marginalité et d'exclusion. N'ayant pas peur de la contradiction, elle affirme que son image « d'attachée de presse dans le domaine de l'art » se trouverait atteinte du fait d'être reproduite dans un « musée des horreurs », « une poupée », au milieu de « la laideur repoussante et pathétique » « de tous ces visages ».

148• Arrêt Erignac, Scooter, préc. note 22 et 27.

149• TGI Paris, réf., 29 octobre 2008, n° 08/58400.

150• CA Paris, ch. 14, sect. B, 28 nov. 2008, JurisData n° 2008-003581

151• in Panorama Droits de la personnalité, 2006-2007, D. 2007, p. 2779.

Dans ses deux décisions, le tribunal a d'abord rappelé le principe fondamental selon lequel, en application de l'article 10 de la Convention EDH le droit dont toute personne dispose sur son image doit se concilier avec le droit à la liberté d'expression, et « peut céder devant la liberté d'informer, par le texte et par la représentation iconographique, sur tout ce qui entre dans le champ de l'intérêt légitime du public », sous réserve du respect de la dignité de la personne humaine (jugement du 25 juin 2007).

Toutefois, le tribunal précise dans son jugement du 9 mai 2007 que lorsque cette liberté d'expression s'exprime dans le travail d'un artiste, le droit à l'image cède non seulement :

« devant le droit à l'information du public dans le souci de l'illustration légitime d'un événement d'actualité ou d'un sujet d'intérêt général », mais également « lorsque l'exercice par une personne de son droit à l'image aurait pour effet de faire arbitrairement obstacle à la liberté d'expression artistique, laquelle relève de la liberté de recevoir ou communiquer des idées » (jugement du 9 mai 2007 confirmé par CA Paris, 5 nov. 2008)¹⁵².

En d'autres termes, tout aussi choisis, le jugement du 25 juin 2007 affirme : « qu'en matière d'art photographique, la créativité du photographe et la liberté d'expression de cet artiste n'a ainsi pour limite que le respect de la dignité de la personne représentée ou les conséquences d'une particulière gravité qu'entraîneraient la publication des clichés pour le sujet ».

On peut donc dire que parmi les libertés d'expression, la liberté artistique se trouve positionnée au premier rang. Dès l'instant que le caractère artistique de la photographie est démontré, la liberté de création ne cédera que devant le respect de la dignité de la personne¹⁵³, ou dans le cas où la publication aurait des « conséquences d'une particulière gravité ».

Dans l'affaire de la dame assise sur le banc (9 mai 2007), le tribunal prend la peine de relever que :

« Son attitude d'ensemble, la présence d'un animal de compagnie à ses côtés, ou ses goûts vestimentaires constituent autant d'indications anodines sur le compte de l'intéressée qui ne relèvent pas de la sphère protégée par l'article 9 du code civil au titre du respect de la vie privée ».

L'auteur de l'ouvrage litigieux, François-Marie Banier, revendique de façon parfaitement claire et responsable, son projet d'artiste. D'après lui, il s'agit de « la rencontre de l'autre malgré l'autre ou en dehors de l'autre. Le consentement n'est pas requis, il est même évité, pour éviter que le regard du modèle

152• Ch. Bigot, note sous CA Paris, 5 nov. 2008, La liberté de création prévaut, dans certaines, sur le droit à l'image, D. 2009, p. 470.

153• A. Tricoire, Les œuvres et les visages : la liberté de création s'affirme contre le droit à la vie privée et le droit à l'image, D. 2008, p. 57.

sur son corps n'interfère dans le geste artistique selon d'autres critères que ceux posés comme des règles par l'artiste lui-même »¹⁵⁴. Par cette affirmation, F.-M. BANIER admet finalement révéler l'intimité de la dame assise sur le banc, ce qui peut rendre la décision contradictoire car il y aurait, selon lui, place pour l'intimité dans la rue.

Pour motiver cette solution, on peut avancer que le droit à l'image peut céder devant la liberté d'expression même en dehors de l'information stricto sensu, car l'œuvre transforme la réalité (il y a œuvre car il est admis que faire des photographies sur le vif est une démarche artistique), il s'agit d'une fiction à partir du réel. Le Tribunal de grande instance de Paris l'a déjà rappelé pour un ouvrage de photographies artistiques et pour un ouvrage à vocation pédagogique (TGI Paris, 14 mai 2003 et 2 juin 2004, *Légipresse* 2004. III. 156, note C. Bigot), mais il est intéressant de noter que ces décisions isolées sont ici confirmées, le Tribunal de Paris réaffirmant sa position de manière parfaitement claire.

Enfin, ces décisions apportent une intéressante contribution à la définition de l'atteinte à la dignité humaine. Dans leur décision du 25 juin 2007, les juges du fond relèvent l'absence de caractère indécent et de recherche du sensationnel de l'ouvrage, qui visait à montrer l'humanité de la rue parisienne. A cette occasion, le tribunal estime, pour rejeter le grief d'atteinte à la dignité, que les photographies litigieuses ne représentaient pas les intéressés dans des « situations humiliantes ou dégradantes ».

En définitive, le droit subjectif extrapatrimonial à l'image de l'individu passe au second plan par rapport à la liberté de l'information, et il est carrément écarté quand est en jeu la liberté d'expression artistique.

A certains égards, le droit patrimonial à l'image est sans doute mieux protégé, même si aucun régime spécial n'a été prévu.

2. Le droit patrimonial à l'image

A l'instar, du droit extrapatrimonial à l'image, la notion de droit patrimonial à l'image doit être précisée avant de rechercher son régime juridique.

2.1 Notion

Le droit à l'image est plus que jamais tiraillé entre deux logiques. Officiellement rattaché à l'article 9 du Code civil et au droit au respect de la vie privée, ce qui en fait un droit de la personnalité extrapatrimonial, il n'a cessé depuis plus de vingt ans de se dédoubler en conférant également à son titulaire des prérogatives économiques¹⁵⁵.

154• A. Tricoire, préc., spéc. p. 59.

155• V. E. Gaillard, La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit civil français, préc.

La Cour d'appel de Versailles a ainsi pu affirmer, le 22 septembre 2005 : « Le droit à l'image revêt les caractéristiques essentielles des attributs d'ordre patrimonial, il peut valablement donner lieu à l'établissement de contrats, soumis au régime général des obligations entre le cédant, lequel dispose de la maîtrise juridique sur son image, et le cessionnaire, lequel devient titulaire des prérogatives attachées à ce droit » ¹⁵⁶.

2.2 Régime juridique

Destiné à protéger l'atteinte au respect dû à la vie privée, l'article 9 du Code civil ne saurait valablement régir la question du droit patrimonial à l'image. Sa raison d'être étant de protéger l'intimité de l'individu. Malgré cette évidence, la jurisprudence a tendance à appliquer l'article 9 sans distinction ce qui est tout à fait incohérent. Comme aux Etats-Unis, il faudrait se fonder sur deux corps de règles distincts selon la nature du droit atteint par la publication de l'image (The right of privacy et The right of publicity).

Faute d'un corps de règles spécifiques à l'atteinte patrimoniale à l'image, le droit commun trouve à s'appliquer : le droit commun de la responsabilité civile délictuelle en l'absence d'une autorisation donnée par contrat, ou le droit commun des contrats lorsqu'un tel contrat a été conclu. Le régime du droit d'auteur a quant à lui été écarté par la jurisprudence.

2.2.1 - La responsabilité délictuelle

L'article 1382 du Code civil est appliqué par la jurisprudence lorsque l'atteinte patrimoniale à l'image se réalise en l'absence de tout contrat conclu avec la personne représentée.

Par un jugement du 28 septembre 2006, le Tribunal de Grande Instance de Paris apporte une contribution à la réflexion portant sur la patrimonialité des droits de la personnalité ¹⁵⁷. L'affaire opposait Evelyne THOMAS, l'ex-animatrice de l'émission de télévision « c'est mon choix », à la société qui produisait ladite émission. L'animatrice lui reproche des rediffusions non autorisées, et invoquait une atteinte à ses droits sur son image, sa voix et son nom. Le tribunal fait droit à sa demande en déplaçant pertinemment ce contentieux purement patrimonial sur le terrain de la responsabilité civile classique.

Le raisonnement du juge se situe d'abord dans un contexte contractuel. En effet, en défense, la société de production prétendait avoir agi sur autorisation, invoquant deux contrats passés avec la demanderesse. Le tribunal

156• CA Versailles, 22 sept. 2005, Juris-Data, n° 288693 ; D. 2006. Pan. 2702, obs. A. Lepage, L. Marino et C. Bigot ; CCE 2006, n° 4, p. 29, obs. C. Caron ; Légipresse, juin 2006, p. 109, note J.-M. Bruguière.

157• TGI Paris, 3e ch., 28 sept. 2006, Evelyne Thomas et a. c/ SA Réservoir Prod, n° 05/02454 [décision définitive], Légipresse 2007. III. 54, note J.-M. Bruguière ; Panorama Droits de la personnalité 2006-2007, préc., p. 2774.

les juge toutefois inaptes à prouver le prétendu consentement. Le premier contrat (de travail) n'est pas applicable aux émissions en cause, pour des raisons de date. Le second contrat correspond quant à lui à la période considérée, mais il « ne fait aucunement état de conditions de rediffusions ». Restait l'hypothèse d'une autorisation tacite mais elle a été rejetée, en raison des circonstances de l'espèce.

Les rediffusions litigieuses se situent donc hors champ contractuel. Le juge évoque alors le « caractère patrimonial attribué aux droits de la personnalité de la demanderesse » ¹⁵⁸.

Sur ce fondement, le juge écarte alors l'article 9 du Code civil : « les parties ont donc ainsi entendu conférer à l'image et à la voix de la demanderesse une valeur d'ordre patrimonial étrangère aux prévisions de l'article 9 du code civil, lequel protège l'atteinte au respect dû à la vie privée, qui n'est pas en cause ici ». Le tribunal s'attache donc au préjudice qui, s'analysant en un manque à gagner, exclut toute atteinte à des intérêts moraux.

Réservant l'article 9 aux intérêts extrapatrimoniaux, le tribunal choisit alors d'appliquer exclusivement la responsabilité civile délictuelle :

« la demande formée (...), n'a donc pas pour réel objet d'être indemnisée d'un préjudice d'ordre moral, mais d'un préjudice matériel consécutif à l'exploitation sans contrepartie de son image, de son nom et de sa voix, dommage indemnisable sur le fondement de l'article 1382 du code civil ».

Ce préjudice sera calculé en pourcentage des recettes engrangées par la société de production à l'occasion de cette exploitation.

Ce raisonnement est tout à fait convaincant. Le manque à gagner ne saurait être réparé sur le fondement des droits de la personnalité extrapatrimoniaux sans les dénaturer. C'est d'ailleurs l'un des principaux arguments d'une doctrine dominante qui réclame la consécration de droits patrimoniaux de la personnalité. Mais est-il nécessaire d'aller si loin ? Est-il vraiment justifié de recourir à la technique d'un droit privatif alors que les règles de la responsabilité civile suffisent ? Certains ne le pensent pas, à l'instar du juge qui assure ici, efficacement, la défense d'intérêts patrimoniaux par le seul jeu de l'article 1382. Et, pour écarter encore plus clairement le spectre du droit privatif, il précise bien que les droits de propriété intellectuelle ne sont pas en cause. Car toute réserve privative devant rester l'exception, la prudence s'impose : « En l'état du droit positif français, la réparation du préjudice patrimonial subi par la personne dont les attributs de la personnalité sont exploités sans son autorisation ne peut se faire que sur le fondement de la

158• La formule a été remarquée par J.-M. Bruguière, note préc., qui plaide avec talent pour la reconnaissance de droits patrimoniaux de la personnalité.

responsabilité classique » ¹⁵⁹. Quitte à aménager cette responsabilité, en présumant la faute, comme le fait fort bien le juge en l'espèce.

2.2.2 – Les règles du droit commun des contrats et le rejet du modèle du droit d'auteur

Lorsque la reproduction de l'image d'autrui a été autorisée par contrat, le droit commun des contrats peut logiquement s'appliquer, ainsi que l'illustre l'arrêt rendu par la première chambre civile le 11 décembre 2008 ¹⁶⁰. Ce faisant, la Cour de cassation contribue au débat relatif au droit applicable au contrat d'exploitation de l'image des personnes ¹⁶¹.

En l'espèce, un mannequin avait conclu avec une société un contrat portant d'une part, sur la prise de photographie de la jeune femme et, d'autre part, sur l'exploitation des clichés. Le contrat précisait que l'exploitation pouvait être effectuée sous toutes ses formes et par tous procédés, pour toute destination et pour le monde entier, pour une durée de quinze ans renouvelable. En contrepartie, le mannequin a perçu une somme d'argent d'un montant de 2 000 francs (305 €). Trois ans plus tard, le mannequin réclame la nullité de la convention conclue et le paiement de dommages et intérêts, pour préjudice moral et préjudice financier pour manque à gagner.

La Cour de cassation rejette l'ensemble des arguments invoqués par le mannequin. Pour ce faire, elle décide dans une formule sans équivoque que : « les dispositions de l'article 9 du code civil, seules applicables en matière de cession de droit à l'image, à l'exclusion notamment du code de la propriété intellectuelle, relèvent de la liberté contractuelle », dès lors que « les parties avaient stipulé de façon suffisamment claire les limites de l'autorisation donnée quant à sa durée, son domaine géographique, la nature des supports, et l'exclusion de certains contextes ».

En application du droit des contrats ¹⁶², la jurisprudence vérifie fréquemment que l'exploitation d'une image n'excède pas le champ défini par l'autorisation ¹⁶³, et que le droit concédé n'est pas détourné ¹⁶⁴. En ce sens, le raisonnement fondé

159• A. Lucas-Shloetter, *Droit moral et droit de la personnalité. Etude de droit comparé*, PUAM, 2002, t. I, n° 375, p. 283.

160• Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 2008, F-P+B, n° 07-19.494.

161• Ch. Caron, *Les contrats d'exploitation de l'image de la personne*, in *L'image*, Assoc. Capitant, Dalloz 2005, p. 95 ; Marino, *Les contrats portant sur l'image des personnes*, CCE 2003. Chron. 7 ; adde Versailles, 22 sept. 2005, CCE 2006. Comm. n° 4, obs. Caron ; D. 2006. Pan. 2702, obs. L. Marino.

162• Cass. 2^e civ., 11 févr. 2004 (2^e esp.), D. 2004. Jur. 2596, note C. Bigot.

163• CA Versailles, 4 nov. 1999, D. 2000. Jur. 347, note J. Ravanais.

164• CA Versailles, 11 mars 1998, JCP 1999. I. n° 149, n° 7, obs. B. Teyssié. 165• Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 2008, préc.

sur la très faible rémunération était habile. Mais la première chambre civile rejette cet argument au regard du caractère large des termes de la convention. En outre, elle relève que le mannequin n'avait produit aucun élément sur sa notoriété au moment de la conclusion du contrat et sur les rémunérations qui lui étaient versées à cette époque pour des contrats similaires.

En définitive, la jurisprudence estime que la contractualisation de l'image étant acquise, les juges doivent examiner successivement : l'objet, la durée et le prix de la convention litigieuse au regard des règles du droit civil.

Au demeurant, en l'absence de règles spéciales, le droit commun s'applique en cas d'atteinte patrimoniale à l'image. La protection du droit patrimonial à l'image est donc assurée, mais aucun droit subjectif patrimonial à l'image n'a été consacré contrairement au droit extrapatrimonial à l'image protégé sur le fondement de l'article 9 ou 16 du Code civil.

Pour le fonder, certains ont revendiqué l'application du code de la propriété intellectuelle, mais ce modèle a été évincé¹⁶⁵ au motif que le droit à l'image et le droit d'auteur sont trop différents : il est soutenu que l'image cédée ne peut être considérée comme une création au même titre que l'œuvre, en outre le droit extrapatrimonial sur l'image ne peut pas être transmis aux héritiers comme c'est le cas du droit moral de l'auteur¹⁶⁶.

Malgré ces arguments, il existe aussi des similitudes entre ces deux droits : le droit patrimonial à l'image et le droit pécuniaire de l'auteur confèrent tous deux à leur titulaire un véritable monopole d'exploitation. Cette similitude n'est pourtant pas suffisante pour justifier l'application du régime du droit d'auteur au droit patrimonial à l'image, la qualification de création pour l'image demeurant un obstacle difficile à contourner. Si certaines images peuvent être qualifiées de création, ce ne peut être le cas de toutes ; l'application du modèle du droit d'auteur ne pourrait alors se faire qu'au cas par cas.

Si un droit subjectif patrimonial à l'image doit vraiment être consacré, ce qui n'est pas forcément indispensable le droit commun conférant une protection tout à fait satisfaisante à l'atteinte patrimoniale, le modèle américain, qui repose sur la distinction entre *The right of privacy*¹⁶⁷ (extrapatrimonial) et *The right of publicity*¹⁶⁸ (patrimonial), pourrait aussi inspirer le législateur français...

166• Dans ce sens : J.-M. Bruguière et A. Brégou, *L'image entre droit civil et droit d'auteur*, D. 2008, p. 2985.

167• F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, LGDJ, 1990, n° 114, 198.

168• F. Rigaux, *préc.*, n° 326-327.

TABLE DES MATIÈRES

Rapport général introductif : Le respect de la vie privée	5
Préambule philosophique : Vie privée – Individu et Groupe	55
Préambule sociologique : Allemands et Français face à la vie privée	59
 PREMIERE PARTIE – LE NOTAIRE SUJET DE DROIT	
TITRE I – Notaire, réglementation traditionnelle et vie privée	71
Chapitre 1 – Vie privée – secret professionnel et autres confidentialités	71
1.1 Rappel du principe du secret professionnel	73
1.2 Les exceptions au principe	74
1.2.1 Exception au secret professionnel voulue par la loi	74
1.2.2 Défaillances humaines ou d'insuffisances légales	84
Chapitre 2 – Vie privée et production d'actes au quotidien	88
2.1 Les Téléprocédures avec Real	88
2.2 Les fichiers testamentaires	93
2.3 L'acte authentique sur support électronique et le Minutier central ..	97
2.4 Témoignages – Réflexions	98
2.5 La vie privée et l'office notarial	107
 TITRE II – Notaire, réglementation « informatique et libertés » et vie privée	109
Introduction	109
1 – Loi informatique et libertés	113
1.1 La genèse de la protection des données	113
1.2 La directive européenne 95/46 CE... ..	116
1.3 La transposition de la directive 95/46 CE	118
1.3.1 Une transposition tardive des pays de l'union	118
1.3.2 La transposition de la directive 95/46 CE en droit français ...	120
1.4 L'avenir	129
1.4.1 Evolution de la directive «vie privée»	129
1.4.2 Rapport sénatorial mars 2009	136
1.4.3 Proposition de loi	137
1.4.4 Petite Loi	138
 2 – L'office notarial	146
2.1 Droit du travail	146
2.2 Gestion de l'étude	164

3 – La création de la fonction de correspondant au sein de l'office	178
3.1 La réflexion préalable à la désignation d'un correspondant	178
3.1.1 Les éléments déclencheurs de la désignation	178
3.1.2 La nature de la désignation et le statut du correspondant	183
3.1.3 Le choix de la personne désignée correspondant	184
3.2 La procédure de désignation	185
3.2.1 Modalités	185
3.2.2 Le contenu de la notification	185
3.2.3 Déploiement	185
3.2.4 Comparatif européen du CIL	186
4 – Les premières actions du correspondant	186
4.1 Mettre en place des procédures formalisées	186
4.2 Etablir la liste des traitements	187
4.3 Faire un bilan annuel	188
4.3.1 Préambule des bilans du CIL	188
4.3.2 Faits marquants de l'année	189
4.3.3 Liste des traitements de données personnelles	189
4.3.4 Diffusion de la «culture informatique et libertés»	189
4.3.5 Réponses aux demandes internes et externes	189
4.3.6 Audit et contrôle	189
4.3.7 Estimation de la charge de travail	189
4.4 Veiller à l'application de la loi	190
5 – Le CIL mutualisé de la profession	190
5.1 Génèse	190
5.2 Télé@ctes et AU-006	191
5.2.1 Historique du traitement	191
5.2.2 Téléprocédures	191
5.2.3 Autorisation Unique AU-006	193
5.3 MICEN	194
5.3.1 Etape 1: Signature de l'acte	194
5.3.2 Etape 2: Dépôt de l'AASE	195
5.3.3 Opérations d'administration du système	195
5.3.4 Schéma organisationnel	196
5.4 Procédures CIL mutualisé ADSN	197
5.4.1 Chronologie de la mission du CIL	197
5.5 Nouveau règlement national du notariat	198
6 – Autorisation unique n°AU-006	198
7 – Délibération n° 2010-032 du 11 février 2010	206

DEUXIEME PARTIE – LE DROIT OBJET DU NOTAIRE**TITRE I – Droit des personnes et respect de la vie privée207****Chapitre 1 – La vie privée autonome208****1 – L’aspect abstrait de la vie privée, l’identité208**

1.1 La filiation209

1.1.1 La filiation : règles de base210

1.1.2 La filiation : respect de la vie privée et actes notariés217

1.1.3 Le notaire et son devoir de conseil219

1.2 Le nom de famille225

1.2.1 L’attribution du nom de famille226

1.2.2 Le changement de nom229

1.2.3 Les autres identification de la personne233

1.2.4 Le notaire face à l’identification de la personne...234

1.3 La nationalité234

1.3.1 La nationalité et le le respect de la vie privée : pratique notariale234

1.3.2 La nationalité, aspect technique236

2 – L’aspect concret de la vie privée, le corps242

2.1 Le corps humain (Don d’organes)242

2.1.1 Qui peut donner ?242

2.1.2 L’information du donneur243

2.1.3 Le consentement du donneur244

2.1.4 Le don doit être autorisé244

2.2. Le sexe – Le transsexualisme245

2.2.1 Notions générales sur la transsexualité245

2.2.2 Le transsexualisme et le notariat246

2.3 La maladie (vie privée et maladie mentale)250

2.3.1 L’hospitalisation251

2.3.2 Le séjour en hôpital psychiatrique253

2.3.3 La sortie de l’hôpital psychiatrique256

2.4 La mort258

2.4.1 Vie privée et droit de décider de sa propre mort258

2.4.2 Le sort de son corps après la mort262

2.4.2.1 Don du corps à la science264

2.4.2.2 L’organisation des funérailles265

Chapitre 2 – La vie privée dépendante279**1 – Dans le cadre d’un binôme égalitaire279**

1.1 Le couple uni279

1.1.1 Le mariage279

1.1.2 Le pacte civil de solidarité287

1.2 Le couple en crise – le divorce	289
1.2.1 Le divorce par consentement mutuel	290
1.2.2 – Les divorces contentieux	294
2 – Dans le cadre d'un binôme inégalitaire	308
2.1 La minorité	308
2.1.1 La vie privée du mineur au regard de sa personne	308
2.1.2 La vie privée du mineur au regard de ses biens	315
2.1.3 L'administration des biens du mineurs par un tiers non investi de l'autorité parentale	318
2.2 Les majeurs protégés	323
2.2.1 La mise en place de la mesure de protection	324
2.2.2 Les acteurs de la protection judiciaire	328
2.2.3 La personne vulnérable quant à sa personne	330
2.2.4 La personne vulnérable quant à son patrimoine	332
Annexe	335
Annexe 1	336
Annexe 2	340
TITRE II – Droit du patrimoine et respect de la vie privée	343
Chapitre 1 – Le principe et sa mise en œuvre	343
Observations préalables	343
Une protection juridique nationale	343
Une protection juridique internationale	345
1 – Au travers des actes	345
1.1 Le testament	345
1.1.1 Le testament olographe	346
1.1.2 Le testament par acte public, testament authentique	347
1.1.3 Le testament dit « mystique »	348
1.1.4 Le testament dit « International »	348
1.1.5 Conclusions – suggestion	348
1.2 Le mandat de protection future	350
2 – Au travers des conseils	354
2.1 Le droit immobilier	355
2.1.1 Le contrat de bail notarié	355
2.1.2 L'environnement – la question des éoliennes	355
2.1.3 La vidéosurveillance dans les copropriétés	356
2.2 Le droit médical	358

Chapitre 2 – Les exceptions	361
1 – Dans un intérêt privé (la protection ou la liberté d'autrui ?)	361
1.1 Le droit successoral	361
1.1.1 La recherche de l'actif	361
1.1.2 La recherche du passif	364
1.2 Le droit des Assurances	366
2 – Dans un intérêt public	370
2.1 Atteinte à la vie privée : face à la toute puissance du fisc	370
2.2 Atteinte à la vie privée dans le domaine judiciaire	374
2.3 Atteinte à la vie privée : lutte contre le blanchiment de capitaux et le terrorisme	375
Annexe 1 – Les critères de déclenchement de la déclaration TRACFIN	387
Annexe 2 – Lettre du 13 janvier 2010, ministère de la justice.	389
Annexe 3 – Caisse de garantie	390
Postface « Le droit à l'image de l'individu »	392
1 – Le droit extrapatrimonial à l'image	393
1.1 Notion	393
1.2 Une protection relative du droit extrapatrimonial	395
1.2.1 Le consentement de la personne vivante	396
1.2.2 L'atteinte justifiée par le droit à l'information...	397
1.2.3 La liberté d'expression artistique...	401
2 – Le droit patrimonial à l'image	403
2.1 Notion	403
2.2 Régime juridique	404
2.2.1 La responsabilité délictuelle	404
2.2.2 Les règles du droit commun des contrats et le rejet du modèle des droits d'auteur	406

Nous remercions particulièrement tous nos partenaires sans l'aide desquels l'organisation de ce congrès n'aurait pas été possible :

- ELAN/ LA CAISSE DES DÉPÔTS ET CONSIGNATIONS
- Le groupe UNOFI – UNION NOTARIALE FINANCIÈRE
- Le groupe LA SÉCURITÉ NOUVELLE
- Le CRÉDIT AGRICOLE

- La société ADD ET ASSOCIÉS – Généalogiste –
- La société ANDRIVEAU – Généalogiste –
- La société ARTOIS GESTION IMMOBILIER
- La société COUTOT-ROEHRIG – Généalogiste –
- La société FIDUCIAL – SSII et Expertise comptable –
- La FINANCIÈRE ACCRÉDITÉE – Plus-value non-résident –
- FORTIN LE PROGRÈS – Imprimeur –
- La société GENAPI – SSII –
- LEXIS NEXIS SA – Editeur juridique –
- La société MAILLARD – Généalogiste –
- Le cabinet MASSON – Géomètres-experts
- La société MÉTIER TRADITION IMMOBILIER – Rénovateur –
- La société ODAL – Annonces légales et formalités –
- Le cabinet PIERSON – Généalogiste –
- La SARF – Société accréditée de représentation fiscale –
- Le cabinet SERRAIN ET ASSOCIÉ – Géomètres experts –
- L'étude TRANCHANT – Généalogiste –

ainsi que :

- Le Conseil Supérieur du Notariat
- Les Chambres et Conseils Régionaux

qui soutiennent fidèlement notre action.

**Imprimé par l'imprimerie
Georges Lachaise
à Brive-la-Gaillarde — France
Dépôt légal — septembre 2010**



Equilibrer
Valoriser
Transmettre
un patrimoine

Photo : David Lachaux - Photo Supremat

UNION NOTARIALE FINANCIÈRE

SIÈGE SOCIAL : 7, RUE GALVANI | 75009 PARIS CEDEX 17 | TÉL. : 01 44 09 38 70 | FAX : 01 45 74 68 10
WWW.UNOFI.FR

AIX-EN-PROVENCE 04 42 16 03 00 | BORDEAUX 05 56 44 78 64 | CLERMONT-FERRAND 04 73 93 66 05 | DIJON
03 80 28 05 90 | GRENOBLE 04 38 49 87 40 | LILLE 03 20 57 91 11 | LYON 04 37 24 99 70 | MONTPELLIER 04 67 15 60 40
NANTES 02 40 14 58 30 | ORLÉANS 02 38 22 16 90 | PARIS - ÎLE-DE-FRANCE 01 55 90 57 40 | REIMS
03 26 79 07 70 | RENNES 02 99 65 24 00 | ROUEN 02 35 89 14 89 | STRASBOURG 03 88 60 46 46 | TOULOUSE 05 61 29 02 90



UNOFI