

**RENTREE SOLENNELLE DES COURS ET TRIBUNAUX
ANNEE JUDICIAIRE 2023-2024**

LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE

Discours d'usage

Par

BAROU DIOP

Magistrat, Conseiller délégué à la Cour suprême

La Protection de la vie privée

Au Sénégal, l'actualité est dominée, depuis quelques années, par une tendance inquiétante qui s'est développée et est devenue aujourd'hui bien ancrée dans les habitudes : la divulgation de contenus privés sur les réseaux sociaux qui finissent sur la place publique.

Ces agissements malveillants, par la diffusion d'une conversation privée, de messages électroniques, d'images et autres, sans avoir le consentement de la personne concernée, portent atteinte au droit à la vie privée.

La question du respect de la vie privée est au cœur du débat public.

Selon le Vocabulaire juridique de Gérard Cornu, il n'existe pas de définition légale de la « vie privée ». Cependant on peut la considérer, comme la sphère d'intimité de chacun et, par opposition à la vie publique, ce qui dans la vie de chacun, ne regarde personne d'autre que lui et ses intimes. Autrement dit, la notion désigne l'appropriation, par chacun, des informations relatives à son existence, qui lui sont personnelles.

L'idée « d'un droit à la vie privée » a pris naissance aux Etats-Unis dès le XIXème siècle. Elle a fait l'objet de développements en doctrine à partir du début du XX^e siècle et a pris son essor après la Seconde guerre mondiale. A partir de cette période, la notion s'est inscrite dans un mouvement plus large tendant à replacer l'humain au cœur des systèmes juridiques démocratiques. La question de sa protection a alors été prise en compte par le législateur interne après sa consécration sur le plan international.

En effet, l'article 12 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 proclame que « *nul ne fera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteinte 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 Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (article 17) et la Convention internationale des Droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (article 16) reprennent en substance la même disposition.

Malgré l'absence d'une définition universelle, son importance est telle qu'elle a été élevée au rang de droit fondamental par les Nations Unies qui ont adopté, le 18 décembre 2013, la résolution 68/167 qui invite tous les États à respecter et à protéger le droit à la vie privée notamment dans le contexte de la communication numérique.

Au niveau africain, ce droit a été repris par la Convention de l'Union Africaine sur la Cyber sécurité et la protection des données à caractère personnel de Malabo du 27 juin 2014. L'un des principaux objectifs de cette dernière est de mettre en place dans chaque État partie un dispositif permettant de lutter contre les atteintes à la vie privée.

Cette reconnaissance internationale a été provoquée par la prise de conscience des risques que les nouvelles technologies faisaient encourir aux droits de la personne.

Le droit au respect de la vie privée s'est inscrit en lettres d'or dans le droit positif international.

Le Sénégal a adhéré à tous ces instruments internationaux qui consacrent ce droit et en a intégré la plupart dans le préambule de sa constitution qui fait partie du bloc constitutionnel. Le droit à la vie privée est donc un droit constitutionnel au Sénégal, reconnu à tout citoyen, même s'il n'est pas expressément cité dans notre loi fondamentale.

La notion est pourtant relativement récente dans notre pays et en Afrique.

En effet, jusqu'à présent, dans beaucoup de contrées africaines, la question du droit à la vie privée ne se pose pas : chaque personne est sous l'œil permanent de la communauté, qui a un droit de regard, au propre comme au figuré, sur elle. Les conduites individuelles sont ainsi disciplinées par cette surveillance de tous, par tous et sur tous. Les dérives aux normes collectives pouvaient être punies sans que la question du droit ne soit posée.

Le concept de vie privée n'est pas, pour autant, absent de la culture africaine. Par exemple au Sénégal la notion de «*sutura*» est bien ancrée dans les pratiques. Ce mot de la langue «Wolof» renvoie à une exigence morale de protection de ses activités personnelles et de sa vie intime, du regard des autres.

La «*fondamentalisation*» du droit à la vie privée se justifie par le fait, que dans une société libre, chaque individu a deux vies : sa vie privée et sa vie publique. Si l'on en croit R. BADINTER, célèbre juriste français, «*Toute vie s'avère partagée entre deux zones, l'une d'intimité et de secret, l'autre de participation publique à l'activité de la cité*».

Si l'individu, vivant en société, ne peut prétendre faire échapper sa vie publique aux réflexions et aux regards d'autrui, il est rapidement apparu nécessaire que sa vie privée méritait d'être juridiquement protégée contre les atteintes susceptibles de lui être portées. Cet auteur considérait, déjà en 1968, à la veille de la grande réforme qui a consacré ce droit en France, l'atteinte à la vie privée comme un fléau

international auquel il fallait trouver une réponse devant les atteintes de plus en plus nombreuses, notamment par la presse à sensation.

La protection de la vie privée a, d'abord, été consacrée par la jurisprudence. De longue date, les tribunaux ont admis, dans le silence de la loi, le principe de la protection de la vie privée des personnes. Sans lui donner une définition, la jurisprudence s'est évertuée à préciser le domaine de la vie privée pour ainsi asseoir une véritable théorie juridique.

Ce droit a, par la suite, connu une évolution extrêmement rapide et pris à l'époque contemporaine une nouvelle importance liée d'une part, à l'apparition de la presse dite « à scandale » et, d'autre part, au développement de technologies permettant de s'immiscer plus facilement et de manière plus subtile dans la sphère d'intimité des individus.

Cette volonté de protection n'a cessé de croître avec les progrès de la technologie dont les innovations, toujours plus nombreuses, notamment en matière d'information et de communication, représentent une véritable menace pour les droits et libertés individuels.

Le souci d'assurer plus efficacement la protection a conduit à l'émergence d'un droit : le droit au respect de la vie privée. Véritable droit subjectif, il est reconnu comme une prérogative essentielle de la personne humaine, au même titre que les autres droits de la personnalité, tels le droit à l'image, à l'honneur, ou encore le droit moral de l'auteur.

Ce mouvement de protection, enclenchée au XX^{ème} siècle, a connu un coup d'accélérateur avec le développement fulgurant des Technologies de l'Information et de la Communication (TIC), qui constitue un tournant majeur de la civilisation humaine. La protection de la vie privée se trouve ainsi confrontée, au quotidien, à de nombreux défis liés à l'évolution permanente de ces nouvelles technologies.

La grande difficulté est d'assurer un équilibre entre ce droit et d'autres droits fondamentaux comme, entre autres, le droit à la liberté d'expression ou le droit à la preuve.

Le législateur sénégalais, obligé de suivre ce mouvement et conscient de son importance, s'est attaqué à la question afin de trouver des réponses adaptées à ce fléau des temps modernes. Il a, en effet, adopté la loi 2008-12 sur la Protection des données à caractère personnel, la loi 2016-29 du 8 novembre 2016 modifiant le Code pénal et la loi 2017-27 du 17 juillet 2017 portant Code de la presse.

Par ces lois, notre pays a pris la pleine conscience que ces nouvelles technologies et la liberté d'information constituaient des terrains fertiles pour la violation des

droits et libertés fondamentaux de la personne notamment de son droit à la vie privée.

L'exposé des motifs de la loi 2008-12 sur la Protection des données à caractère personnel relève justement qu'« Avec le développement de l'informatique et de ses applications, le domaine traditionnel de la vie privée s'enrichit chaque jour de nouveaux éléments. Partie intégrante de ces éléments, les données à caractère personnel se révèlent être des ressources très convoitées. Leur traitement doit se dérouler « dans le respect des droits, des libertés fondamentales, de la dignité des personnes physiques ». De ce fait, la législation sur les données à caractère personnel s'avère être un instrument de protection générale à l'égard des droits et libertés fondamentaux de la personne ».

Le Code de la presse rappelle, quant à lui, à maintes reprises, à l'homme des media, son obligation de respecter la vie privée du citoyen dont les violations sont lourdement sanctionnées.

Le Sénégal est allé plus loin. Notre pays a renforcé ce cadre légal en protégeant l'intimité même de la vie privée par l'adoption de la loi n° 2016-29 du 08 novembre 2016 modifiant le Code pénal.

C'est dire que la protection de la vie privée est essentiellement pénale même si elle a été d'abord l'œuvre du juge civil. Ce dernier a, en effet, joué un rôle majeur, ouvrant la voie à une protection plus efficace. La loi pénale a toutefois cette capacité de pouvoir s'adapter rapidement aux nouvelles formes de violation des droits et libertés.

Pour aborder la question de la protection de la vie privée au Sénégal, il ne s'agit pas simplement de présenter un panorama du dispositif légal, ni d'opposer la protection civile à la protection pénale. Il s'agit de voir comment le citoyen peut faire protéger sa vie privée face aux atteintes à la fois des particuliers mais aussi des pouvoirs publics. Ces derniers, dans l'accomplissement de leurs missions régaliennes, se trouvent investis de prérogatives pouvant porter atteinte, au nom de la sécurité, à la vie privée du citoyen.

Devant l'insuffisance et l'anachronisme des mécanismes de protection classique (première partie), le législateur Sénégalais, pour s'adapter à la nouvelle réalité, a pris les devants avec de nouvelles incriminations face aux défis soulevés par les nouvelles technologies de l'information et de la communication (deuxième partie).

1ere partie : LA PROTECTION CLASSIQUE

A/ La protection civile de la vie privée

La protection de la vie privée a, d'abord, été assurée par le droit civil et, plus précisément, par la jurisprudence civile.

Le juge civil, soucieux de mettre un terme aux agressions multiples que subissait la vie privée avec le développement de la presse à sensation et la multiplication des procès, et en l'absence de dispositions légales, a édifié une véritable construction juridique, essentiellement autour des règles de la responsabilité civile. Grâce à cette jurisprudence, la victime d'une atteinte à la vie privée était doublement protégée puisqu'elle disposait de deux modes d'action.

Elle pouvait d'abord agir sur le fondement classique de l'article 118 du Code des obligations civiles et commerciales afin de faire reconnaître la responsabilité civile de l'auteur de l'atteinte.

Mais cette protection de la vie privée, fondée sur les principes communs de la responsabilité civile était insuffisante puisqu'elle impliquait que la victime ait subi un préjudice. Elle devait prouver la faute, le préjudice et établir le lien de causalité. Avec ce triptyque classique, l'action aboutissait rarement à une réparation satisfaisante.

C'est pourquoi la pratique a conduit les juges à reconnaître l'existence d'un véritable droit au respect de la vie privée.

Les juges ont, en effet, considéré « *que chaque individu a droit au secret de sa vie privée et est fondé à en obtenir la protection ; [...] que la personne privée a seule le droit de fixer les limites ce qui peut être publié ou non sur sa vie intime, en même temps que les circonstances et les conditions dans lesquelles ces publications peuvent intervenir* ». La faute consiste dans le fait de porter atteinte à la vie privée de la personne. La plupart des actions des victimes se sont alors appuyées sur ce droit.

La jurisprudence civile a ainsi donné à la notion ses véritables contours, contribuant largement à sa définition. Le droit à la vie privée a pu ainsi être défini comme « *le droit pour une personne d'être libre de mener sa propre existence comme elle l'entend avec le minimum d'ingérences extérieures* ».

C'est au fur et à mesure des décisions que le contenu de la vie privée s'est précisé. En vérité dans le souci constant d'en assurer le respect, la jurisprudence a adopté une conception de plus en plus large de la notion.

La conception civile protège la vie privée contre toute atteinte portant sur :

- la vie affective et sentimentale (la vie sentimentale et sexuelle comme l'orientation sexuelle d'une personne, ses relations intimes, la vie conjugale exemple de la divulgation d'un projet de divorce, la maternité ou la paternité)
- l'intimité corporelle (état de santé)
- l'identité et l'identification de la personne (le domicile, l'adresse avec la divulgation illicite d'une adresse, la surveillance du domicile avec les systèmes de vidéo-surveillance)

- la religion et les opinions philosophiques

Le droit au respect de la vie privée a été appliqué même dans les relations de travail. La jurisprudence considère en effet que « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée qui implique en particulier le secret des correspondances. 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* ».

Cette conception très large du contenu de la vie privée se trouve toutefois réduite s'agissant des personnes publiques.

Pour certaines personnes en effet, la publicité est voulue et la démarcation entre les deux vies n'est pas très aisée. La question est de savoir où finissait la vie privée d'un homme public, notamment en ce qui concerne son patrimoine et sa santé. En réalité, les personnes publiques dans la mesure où elles ont décidé de s'exposer publiquement voient leur droit au respect de la vie privée mis en balance avec leur vie publique. Il existe un droit à l'information du public. Les juges vont trancher en fonction de l'équilibre entre ces deux droits qui s'opposent. Dès lors qu'il existe un motif d'intérêt général et/ou si la violation de la vie privée d'une personne publique intervient lors d'un événement public, l'atteinte à la vie privée n'est pas constituée.

Le juge s'est toujours efforcé dans ses décisions à marquer la frontière entre vie privée et vie publique. Force est toutefois de reconnaître qu'il n'est pas toujours facile de tracer la ligne de partage entre les deux vies, le domaine de ce qui est privé ayant tendance à se restreindre lorsqu'il y a notoriété de certains faits ou lorsqu'il s'agit de personnages publics.

La doctrine, s'est appuyée sur cette jurisprudence pour délimiter le concept essentiellement par opposition à la vie publique.

Cette construction juridique a été consacrée par le législateur français qui, par la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970, a inséré à l'article 9 du Code civil un alinéa premier « *Chacun a droit au respect de sa vie privée* ». Le législateur rendait ainsi « *hommage implicitement au pouvoir créateur de la jurisprudence* » selon Robert BADINTER.

Sur la base de l'article 9 du Code civil, le juge peut sanctionner toute atteinte à la vie privée d'une personne, notamment par intrusion dans celle-ci par un tiers, et surtout par la publication d'éléments de cette vie privée sans l'accord de l'intéressé.

Au Sénégal, pareilles dispositions n'existent pas dans le corpus légal. En effet, et curieusement, aucun article du Code de la famille ou du Code des obligations

civiles et commerciales, sièges respectifs des droits des personnes et du droit commun de la responsabilité civile, ne fait référence à la notion de vie privée.

L'absence d'habilitation légale n'a cependant pas empêché le juge sénégalais de sanctionner au plan civil les atteintes portées à l'intimité de la vie privée. La protection s'articule essentiellement autour de sanctions en cas de violation du droit à l'image. C'est qu'en réalité lorsqu'il y a atteinte au droit à l'image, il y a aussi, la plupart du temps, atteinte à la vie privée. L'un des fondements juridiques du droit à l'image d'une personne est l'atteinte à sa vie privée, via la publication d'images la concernant.

En tout état de cause, avec l'application des règles en matière de responsabilité civile, il s'agit de réparer un préjudice par l'allocation de dommages et intérêts. Le juge dispose de larges pouvoirs pour fixer le montant.

Mais la réparation pécuniaire du préjudice causé n'est pas toujours suffisante, satisfaisante ou est simplement inadaptée à la fois parce qu'on ne peut rendre secret ce qui a cessé de l'être et, parce que le montant des dommages et intérêts est difficilement déterminable. Il faut, dans la plupart des cas, prendre des mesures pour éviter ou faire cesser le trouble. Avec le développement technologique, la question est devenue cruciale.

En France, le législateur n'a pas seulement introduit « le droit au respect de la vie privée » à l'article 9 du code civil, il a également accordé expressément au juge de larges pouvoirs, plus efficaces. En effet, suivant cette disposition, *«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 par le juge des référés»*. Le juge peut ainsi, par exemple, ordonner la destruction de tous les exemplaires d'un livre chez l'éditeur ou la suppression de certains passages.

Le juge sénégalais n'est pas, au demeurant, dépourvu de moyens pour décider de pareilles mesures.

Au-delà du droit commun de la responsabilité civile fondée sur l'article 118 du COCC, il peut, sur la base des articles 248 et suivants du Code de procédure civile, règlementant la procédure de référé, prendre toutes mesures pour faire cesser toute atteinte à la vie privée. La protection de la vie privée est en effet un domaine de prédilection du juge des référés.

Dans une affaire récente, se fondant sur l'article 16 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant de 1989 et des dispositions du Code de procédure civile susvisées, le juge sénégalais a accueilli une demande d'une mère tendant à obtenir le retrait de la publication sur internet par le père de la

photographie de leur enfant à moitié nu. Le juge a retenu que « *la nudité de l'enfant ainsi mis en exergue constituait une violation des dispositions de l'article 16 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant de 1989 qui stipulait dans son alinéa premier que 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 et que le trouble manifestement illicite était plus que caractérisé par cette publicité d'autant que l'auteur des faits animait un blog dans lequel la pornographie et des critiques contre l'intimité des africains étaient développés* ».

En rejetant au fond le pourvoi introduit contre cette décision de la Cour d'appel de Ziguinchor, la Cour suprême du Sénégal donne, dans son arrêt no 44 du 20 mai 2020, une véritable bénédiction au juge sénégalais pour la censure des atteintes à la vie privée et lui ouvre grandement la voie pour une protection plus efficace. Il ne s'agit pas seulement, pour le juge des référés, de se cantonner aux cas traditionnels d'urgence ou, en l'absence de contestation sérieuse, de prescrire des mesures conservatoires ou de remise en l'état pour prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite. L'approche extensive et la nécessité de protéger un droit fondamental doivent l'emmener à faire abstraction de la notion d'urgence car la simple atteinte à la vie privée, faute civile, devrait suffire à constituer un trouble manifestement illicite, autorisant les mesures de saisie, de suspension de diffusion ou d'insertion de communiqué.

Cette compétence du juge des référés est d'ailleurs expressément prévue par le Code de procédure pénale dans ses articles 90-13 et 90-14. Le juge des référés peut, en effet, aux termes de ces dispositions, prendre toutes mesures pour empêcher la diffusion d'images ou de représentations de mineurs à caractère pornographique ou de contenus manifestement illicites. Il peut enjoindre aux éditeurs de contenus, même hébergés à l'étranger, de retirer ou de rendre impossible l'accès à des contenus manifestement illicites notamment la pornographie enfantine, les actes racistes et xénophobes, les contenus attentatoires à la vie privée. Il peut être saisi par requête du ministère public ou de toute personne intéressée et, en dehors de toute procédure. Il statue à bref délai et sa décision est exécutoire sur minute.

La présence de telles dispositions dans le Code de procédure pénale traduit les limites de la protection civile. Il est apparu nécessaire de faire intervenir le droit pénal pour sanctionner les investigations indiscretes ou les divulgations fautives d'éléments relevant de la vie privée.

B/ La protection pénale de la vie privée

L'utilisation de l'arme pénale pour réprimer les atteintes directement portées à la vie privée s'explique par la volonté de dissuader les auteurs de telles atteintes,

dont la multiplication prouvait l'insuffisance des sanctions civiles. Les lois pénales, suivant la célèbre formule de Portalis, sont « *moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres* ». Il est vrai que le droit pénal est le plus souvent, sinon exclusivement, un droit sanctionnateur, subsidiaire des autres droits, auxquels il apporte le secours de ses peines, lorsque les sanctions particulières de ces droits sont ou paraissent insuffisantes.

La protection pénale spécifique de la vie privée est expressément prévue au Sénégal par la loi no 2016-29 du 8 novembre 2016 modifiant le Code pénal.

Avant l'adoption de cette loi, d'autres incriminations permettaient de protéger indirectement la vie privée et de sanctionner les atteintes.

Le législateur s'est évertué très tôt à décourager les personnes indélicates qui se plaisent à fouiner dans la vie privée d'autrui, soit en pénétrant dans l'habitation de la personne contre laquelle s'exerce leur curiosité maligne, soit en tentant de se procurer certains renseignements d'ordre intime. Le législateur a prévu à cet effet diverses incriminations qui tendent toutes à préserver l'intimité de la vie privée. Il s'agit entre autres des délits de violation de domicile, de violation du secret des correspondances et du secret professionnel.

Le domicile est, par essence, le lieu où se déroulent la vie privée, la vie familiale ou personnelle, où s'accomplit le devoir conjugal. Le principe de l'inviolabilité du domicile emporte pour conséquence que tout citoyen a le droit de s'enfermer chez lui. Le délit de violation de domicile, prévu par l'article 164 du Code pénal, sanctionne l'intrusion dans le domicile d'un citoyen contre son gré. La notion de domicile ne pose pas de difficultés particulières. Dans le souci d'assurer une plus grande protection, une conception large de la notion de domicile a été adoptée. Le bailleur ne peut par exemple s'introduire dans le local loué contre le gré du preneur. La loi excuse même certaines infractions commises en cas de violation du domicile.

Au-delà des limitations de l'accès à diverses sources de renseignements d'ordre privé notamment en matière d'état civil, la loi impose à certaines personnes tenues d'une obligation de discrétion, de taire les secrets, confidences ou informations recueillis au cours de l'exercice de leur profession. Il s'agit des personnes dépositaires, par état ou par profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie et principalement des professionnels de santé (médecins, chirurgiens, pharmaciens, sages-femmes). Les médecins sont tenus de préserver le secret sur l'état de santé de l'ensemble de leurs patients. La nécessité de cette mesure vise à éviter la stigmatisation au sein de la société d'une personne par rapport à une maladie dont elle serait atteinte.

Le délit de violation du secret professionnel est prévu et puni par l'article 363 du code pénal.

Le secret de la correspondance fait partie de la vie privée.

L'article 13 de la Constitution nous dit : « *Le secret de la correspondance, des communications postales, télégraphiques, téléphoniques et électroniques est inviolable. Il ne peut être ordonné de restriction à cette inviolabilité qu'en application de la loi* ». Le délit de violation du secret des correspondances de l'article 167 du Code pénal sanctionne, pour sa part, toute suppression ou toute ouverture de lettres confiées à la poste. Pour ce qui concerne le secret de la correspondance, le droit à la vie privée porte sur le secret des échanges entre deux individus ou plus, et qui n'intéresse que ces derniers. Le droit au respect de la vie privée concerne ici les communications téléphoniques, écrites manuellement ou par voie électronique. Il convient de préciser que seules les communications confidentielles sont protégées. Il appartient aux magistrats, dans le cadre de leurs pouvoirs souverains, de statuer sur la nature confidentielle ou non des échanges.

Ce dernier aspect de la vie privée est celui qui est le plus susceptible d'être atteint avec l'essor d'internet.

Toutes ces incriminations sont punies de peines d'emprisonnement et d'amende. En vérité, elles ne constituent qu'une protection indirecte de la vie privée à travers la défense d'autres droits jugés, à un moment donné, plus importants.

Elles se sont malheureusement avérées inadéquates face au développement de l'informatique qui a engendré des formes nouvelles d'atteintes auxquelles le législateur sénégalais a essayé d'apporter une réponse par l'adoption de la loi no 2016-29. Les articles 363 bis et 363 ter ont introduit de nouvelles incriminations dont la particularité tient à leur ratio legis commune qui consiste bien à protéger directement et spécifiquement la vie privée contre les atteintes les plus graves qui peuvent lui être portées.

L'article 363 bis, alinéa 1^{er} du Code pénal, sanctionne pénalement celui qui, au moyen d'un procédé quelconque, porte volontairement atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :

1. en captant, enregistrant, transmettant ou diffusant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ;

2. en fixant, enregistrant, transmettant ou diffusant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé.

Ce texte réprime l'espionnage auditif et l'espionnage visuel.

L'espionnage auditif concerne les paroles prononcées à titre privé ou confidentiel alors que l'espionnage visuel réside dans le fait de fixer, enregistrer, transmettre ou diffuser l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé.

La notion de lieu privé a suscité beaucoup de difficultés dans la jurisprudence. Si le problème ne se pose pas pour un lieu clos et privatif, il n'en va pas de même pour un lieu privé mais ouvert au public ou pour un lieu public par nature.

Le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée suppose par définition une intrusion dans la sphère privée à l'insu de la victime ou contre son gré. Élément déterminant pour la constitution de l'infraction, l'absence de consentement résulte le plus souvent des moyens clandestins utilisés pour capter les propos ou fixer les images. Les situations soumises aux juridictions ont trait généralement à la pose de microphones, à la dérivation de lignes téléphoniques qui ne soulèvent guère de difficultés à cet égard. La prise de clichés à l'aide d'appareils équipés de puissants téléobjectifs constituera également une présomption de clandestinité.

Lorsque les actes mentionnés 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.

Par ailleurs, l'article 363 bis punit des mêmes peines celui qui publie par quelque moyen que ce soit, le montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne sans son consentement s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention.

Outre la peine d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 500.000 francs à 5.000.000 de francs, la loi prévoit également l'interdiction pour une durée de cinq ans au plus d'exercer directement l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

On peut donc constater que le législateur sénégalais a prévu une multitude d'infractions pour réprimer les atteintes portées à la vie privée. L'ensemble de ces incriminations témoigne de sa volonté de sanctionner pénalement les atteintes réalisées de façon clandestine au moyen de procédés d'écoutes ou de photographies.

Devant un besoin toujours grandissant d'information et face à l'essor fulgurant de l'informatique, ces incriminations se révèlent quelques fois inefficaces. L'évolution technologique a changé nos manières de penser et d'agir du fait des facilités qu'elle nous offre. La principale victime de cette évolution technologique est la vie privée. La vie privée n'a jamais été davantage mise en cause par le passé qu'au XXIème siècle. Elle se trouve alors confrontée à de nouveaux défis.

2EME PARTIE : LA VIE PRIVEE FACE AUX DEFIS DES NTIC

A/ Vie privée et données personnelles

Le réseau Internet constitue aujourd'hui l'illustration parfaite des possibilités offertes par les nouvelles technologies de l'information et de la communication grâce aux services disponibles (technologies numériques de communication, de transmission et d'archivage de l'information, etc.). Ces dernières ont très fortement contribué à faciliter le quotidien des populations. Internet demeure un puissant vecteur de communication utilisé par des milliards de personnes.

Aujourd'hui, il est possible d'accéder à un nombre incalculable d'informations et de services par un simple clic. Devant les claviers et les écrans, des données anodines ou plus personnelles sont égrenées et progressivement gravées dans le marbre de la toile. Avec les téléphones portables à la technologie de plus en plus alléchante et sophistiquée, on sème empreintes digitales, reconnaissance vocale ou faciale pour déverrouiller ou pour communiquer ou partager des éléments de notre vie. Sans s'en rendre compte, on expose sa vie dans la toile. Les immixtions dans la vie privée sont devenues donc de plus en plus faciles et fréquentes.

Avec l'intelligence artificielle et l'utilisation des algorithmes, la collecte des données personnelles est devenue un enjeu économique. En traitant les données de leurs utilisateurs, les sociétés ont accès à des informations personnelles qu'elles utilisent ou revendent parfois à d'autres sociétés. Une véritable économie numérique s'est développée avec une utilisation massive des données personnelles des utilisateurs que les entreprises collectent en permanence.

Au-delà de la consécration d'un droit constitutionnel à la vie privée, une protection spécifique plus accrue des informations nominatives, plus qu'un impératif, est devenue une urgence.

Le législateur a mis en place un dispositif juridique pour faire respecter la vie privée d'autrui et la protéger.

Au Sénégal, la loi 2008-12 du 25 janvier 2008 sur la protection des données à caractère personnel et son décret d'application, N°2008- 721 du 30 juin 2008, constituent les textes de référence en la matière.

Cette réglementation a été conçue pour protéger l'intimité de la vie privée, concept qui est donc au cœur de la loi. L'article premier de la loi 2008-12 dispose en effet qu'elle a pour « *objet de mettre en place un dispositif permettant de lutter contre les atteintes à la vie privée susceptibles d'être engendrées par la collecte, le traitement, la transmission, le stockage et l'usage des données à caractère personnel. Elle garantit que tout traitement, sous quelque forme que ce soit, respecte les libertés et droits fondamentaux* ».

La législation reprend les grands principes qui gouvernent la protection des données personnelles à savoir : les principes de légitimité, de licéité, de loyauté, de proportionnalité, d'exactitude, de transparence, de confidentialité et de sécurité. Elle prévoit des formalités qui doivent être accomplies avant toute mise en œuvre. Il peut s'agir d'une information préalable, d'une autorisation de la commission de protection des données personnelles ou de la loi, d'un acte réglementaire pris après avis motivé de la commission. Elle met à la charge des responsables de traitement des obligations de confidentialité, de sécurité, de conservation et de pérennité, entre autres.

Au-delà de ces considérations (principes, formalités et obligations des responsables), tout "traitement" d'informations relevant de la vie privée des personnes physiques est réglementé.

Pour synthétiser un dispositif législatif très vaste, le seul fait de mentionner, de collecter, d'enregistrer, d'utiliser, de transmettre, ou même d'effacer une donnée permettant d'identifier directement ou indirectement une personne, constitue un "traitement de données à caractère personnel" réglementé par la loi, que ces opérations soient automatisées ou pas.

Certaines informations concernant la personne ne peuvent absolument pas être traitées parce que trop personnelles, sauf accord exprès de l'intéressé et quelques autres rares exceptions. Ce sont les fameuses « données sensibles » de l'article art. 40. Il s'agit de l'origine raciale, ethnique ou régionale, la filiation, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, la vie sexuelle, les données génétiques ou plus généralement celles relatives à l'état de santé de la personne concernée.

Le citoyen dont les données font l'objet de traitement dispose de plusieurs droits.

Le plus important est certainement le droit élémentaire d'information.

Le responsable de traitement doit, en effet, avant toute collecte et quels que soient les moyens et supports employés, fournir à la personne concernée des informations détaillées portant notamment sur son identité, sur la nature des données collectées, sur leur finalité et sur le transfert des données à destination de l'étranger. Lorsque ces informations ne sont pas collectées auprès de la personne concernée, elles doivent lui être transmises ou communiquées.

La violation de l'obligation d'information rend illicite et déloyal le traitement mis en œuvre et expose son auteur à des sanctions pénales.

La mise à disposition d'une information complète sur le traitement doit permettre à la personne concernée de donner son consentement. Aucune donnée personnelle ne peut être traitée sans le consentement exprès de l'intéressé (article 33).

Le consentement s'analyse en une manifestation de volonté libre, spécifique et informée. Le consentement écrit de la personne concernée est obligatoire s'agissant de traitement de données sensibles portant notamment sur l'origine raciale, les convictions religieuses, les données de santé. Il ne peut être dérogé à cette exigence du consentement que lorsque le traitement est nécessaire :

- *soit au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis*
- *soit à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, dont est investi le responsable du traitement ou le tiers auquel les données sont communiquées*
- *soit à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à sa demande*
- *soit à la sauvegarde de l'intérêt ou des droits et libertés fondamentaux de la personne concernée.*

La personne dispose, également, d'un droit d'accès à ces données et aux informations concernant les finalités du traitement, les catégories de données concernées, leur durée de conservation ou les critères utilisés pour déterminer cette durée ainsi que les destinataires auxquels elles ont été ou seront communiquées (article 62).

Elle dispose par ailleurs de droits de rectification, de suppression, d'effacement, d'opposition et de limitation.

En cas de violation de la réglementation, notamment, en cas d'atteinte à l'intimité de sa vie privée, le citoyen peut saisir la Commission de protection des données personnelles, la CDP. Cette dernière, dépositaire de missions de veille et de contrôle, dispose d'un pouvoir d'investigation pour vérifier la régularité du traitement des données. Elle peut prononcer des sanctions administratives et/ou pécuniaires. Elle peut demander aux juridictions de prendre toutes mesures de sécurité nécessaire, lesquelles peuvent être ordonnées en référé sur saisine de son président afin d'assurer la sauvegarde des droits et libertés protégés.

Au plan pénal, la loi N°2016-29 du 8 novembre 2016, modifiant le Code pénal et abrogeant la loi 2008-10 sur la cybercriminalité, prévoit les sanctions applicables en cas de violation de la réglementation. Elle offre à la victime un véritable arsenal juridique pour faire sanctionner toute violation de son droit à la vie privée. Les articles 431-14 et suivants du Code pénal prévoient une panoplie d'incriminations

pour sanctionner les atteintes aux droits de la personne au regard du traitement des données à caractère personnel avec des peines extrêmement lourdes.

La loi punit, en effet, d'un emprisonnement d'un an à sept ans et d'une amende de 500 000 FCFA à 10 000 000 FCFA celui qui :

- *collecte par un moyen frauduleux, déloyal et illicite des données à caractère personnel,*
- *traite malgré l'opposition de la personne concernée ;*
- *met et conserve un support ou mémoire informatique sans le consentement exprès de l'intéressé, des données à caractère personnel qui, directement ou indirectement font apparaître l'origine raciale ou ethnique, les opinions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale ou qui sont relatives à la santé ;*
- *conserve une donnée au-delà de la durée nécessaire,*
- *détenant des DCP à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou de toute autre forme de traitement, les détournent de leur finalité,*
- *les recueille à ces occasions et lorsque leur divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de la vie privée et qui les porte à la connaissance d'un tiers qui n'a pas qualité pour les recevoir.*

On note qu'entre le 1^{er} janvier 2022 et le 22 septembre 2023 plus de deux cents affaires de collecte et de diffusion de données personnelles ont été instruites par le parquet auprès du Tribunal de grande instance de Dakar. Les enquêtes sont menées, pour la plupart, par la division spéciale de cyber sécurité et se sont terminées par l'arrestation des mis en cause.

B/ Liberté d'information, presse et vie privée

Depuis plusieurs années, on observe un contexte de révolution du secteur de la presse. Ce bouleversement s'est manifesté par une pluralité de vecteurs de l'information et de la communication avec le développement considérable de la presse écrite, la libéralisation de l'audiovisuel, entraînant la création de plusieurs radios et télévisions privées, et l'utilisation de l'internet comme moyen de diffusion de l'information au public. L'exposé des motifs du Code de la presse le relève à juste raison.

Le Sénégal compte, selon les chiffres du ministère de la Communication, des Télécommunications et de l'Économie numérique publiés dans la revue annuelle (2022) numérique de l'État : 28 chaînes télé (généralistes, culturelles ou religieuses), 250 radios (50 commerciales et 200 communautaires), 45 journaux et plus de 250 sites d'information.

Ce contexte est aussi marqué par une multiplication des atteintes graves, constantes, continues et répétées à la vie privée de certains citoyens et des abus dans les émissions d'animation, en particulier.

La révélation au public de la vie privée d'une personne, notamment sur internet, peut compromettre sa réputation, à tort ou à raison, et lorsqu'il s'agit d'éléments avilissants, coller à lui toute sa vie durant.

Ne dit-on pas que l'internet est rancunier ?

Les procès en diffamation se sont multipliés. C'est parce que la diffamation s'accompagne généralement d'une atteinte à la vie privée.

L'utilisation et l'application de l'article 258 du Code pénal qui sanctionne « *Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé* », font souvent l'objet de critique. Des voix se sont dernièrement élevées pour s'offusquer de ce que, dans notre pays, des condamnations pénales continuent d'être prononcées pour les affaires de diffamation, contrairement à supposée tendance actuelle qui veut que ces dernières se règlent de plus en plus par des négociations entre l'auteur et la victime pour aboutir à une réparation civile. Le cas de la France est souvent cité. Il faut simplement retenir que notre ce pays, nous n'avons pas l'équivalent de l'article 9 du Code civil, texte de base de ces actions.

La liberté d'information est une liberté fondamentale dans un Etat de droit. Elle est prolongée, pour les media, par la liberté d'expression qui est aussi un droit et une liberté fondamentale. Ils sont tout aussi garantis par la Constitution, chacun ayant vocation à s'exercer et à être protégé.

Comment concilier le droit à la vie privée avec ces libertés ?

Afin de trouver un équilibre, la loi a aménagé des règles.

Le Sénégal, par le Code de la presse, a essayé d'instaurer un dispositif juridique où le droit du public à une information plurielle et de qualité, dans le respect du droit à la vie privée, des institutions de la République, de l'ordre public et des bonnes mœurs, occupe une place importante, selon l'exposé des motifs.

Contrairement à l'article 363 bis du Code pénal, le Code de la presse, en son article 17, donne une définition plus étendue de l'atteinte à la vie privée. Selon cette disposition, la captation, l'enregistrement, la conservation, la transmission ou la publication sans le consentement de leur auteur des paroles prononcées, des images, des photos ou des vidéos à titre privé ou confidentiel constitue une atteinte à l'intimité de la vie privée. Il en est de même de la publication, par quelque moyen que ce soit, de montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne, sans son consentement.

La liberté d'expression ne peut justifier une atteinte à la vie privée.

Commenté [H1]:

Le respect de la vie privée est une obligation de la presse. Le législateur Sénégalais le rappelle constamment et de manière répétée. Cela est révélateur de l'importance qu'il accorde à la notion. Il a choisi, non pas de l'affirmer dans les principes, mais plutôt comme une obligation de tous les gens de presse.

Cette obligation s'impose en priorité à l'organe de presse. Selon l'article 57, « *Les entreprises de presse et de la communication audiovisuelle doivent respecter la vie privée et les bonnes mœurs. Elles doivent aussi respecter l'ordre public en veillant notamment à ne pas diffuser des programmes ou messages de nature à inciter à la violence ou à la haine* ».

La loi rappelle cette obligation également pour chaque intervenant du secteur. Les articles 17 et 39 le ressassent pour le journaliste et le technicien des media, d'une part et pour les agents de programme, d'autre part.

Si pour le journaliste et le technicien des media, la condition de formation ou de pratique peut faire penser à la maîtrise de la déontologie journalistique, il en est autrement pour les agents de programme. La loi met dans cette catégorie: l'animateur d'antenne, l'animateur de programme et tout animateur, dont l'activité dans l'organe de presse consiste à diffuser des éléments de programme, notamment ceux liés au sport, aux loisirs, à la culture, à l'exception des nouvelles d'informations générales relevant exclusivement des prérogatives du journaliste. Autrement dit, est agent de programme qui veut. Et c'est là où le bât blesse. Avec la multitude d'organes de presse et la nécessité d'avoir des programmes en continu, toute personne peut intervenir. Il y'a une grande urgence à définir les conditions d'intervention.

Toute atteinte à l'intimité de la vie privée est sanctionnée pénalement.

Au-delà de la responsabilité individuelle, notamment en cas de diffamation, les articles 222 à 227 du Code de la presse prévoient une responsabilité pénale de la personne morale et une responsabilité en cascade.

L'article 222 dispose en effet que « *Les personnes morales, autres que l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics et les agences d'exécution ou structures assimilées, sont pénalement responsables des infractions prévues par le présent Code, commises pour leur compte par leurs organes ou représentants. La responsabilité des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits* ».

Voilà un exemple rare de responsabilité pénale de la personne morale en droit sénégalais.

Les peines encourues vont de l'amende à l'interdiction à titre définitif d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles

ou sociales en passant par la fermeture définitive ou temporaire d'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés, l'exclusion des marchés publics ou de faire appel public à l'épargne à titre définitif ou temporaire. La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit peut en outre être prononcée.

La responsabilité en cascade est également prévue. Au cas où l'une des infractions prévues à l'article 363 bis du Code pénal est commise par un moyen de diffusion publique prévu dans le Code, le directeur de publication, le responsable des programmes ou de l'information, le rédacteur en chef sera poursuivi comme auteur principal, lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public. Lorsque l'une quelconque de ces personnes est mise en cause, l'auteur ou le producteur sera poursuivi comme complice. Pourra également être poursuivie comme complice, toute autre personne à laquelle les articles 45 et suivants du Code pénal sur la complicité seront applicables.

La question des émissions interactives est également réglée par l'article 225 qui prévoit que *«Lorsque l'infraction résulte du contenu d'un message, adressé par un internaute à travers un service de communication en ligne et mis par ce service à la disposition du public, dans un espace de contributions personnelles identifié comme tel, l'éditeur ou l'administrateur ainsi que le fournisseur d'accès voient leur responsabilité pénale engagée comme auteur principal, sauf s'il est établi qu'ils n'avaient pas effectivement connaissance du message, avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où ils en ont eu connaissance, ils ont agi promptement pour retirer ce message.»*

Dans les cas prévus à l'article précédent et au présent article, les entreprises de presse employeurs sont civilement responsables des condamnations pécuniaires au profit des tiers ».

Le champ de la responsabilité pénale est assez étendu. Cette option du législateur de ratisser large avec la volonté de prévoir toutes les hypothèses est la conséquence de la « fondamentalisation » du droit à une vie privée consacré par les textes internationaux et par la Constitution du Sénégal.

L'homme des media, comme tout autre citoyen, fût-il un personnage public ou politique, n'est pas au-dessus de la loi car, dans un Etat de Droit, l'irresponsabilité pénale est difficilement concevable.

Comme le rappelle si bien l'article 59 du Code de la presse *« L'État assure à toute personne vivant sur le territoire national le droit d'être informé, d'accéder aux sources et aux moyens d'information et la liberté d'informer, dans le respect de la loi »*. Le citoyen a l'obligation de la respecter quelle que soit son statut, son appartenance, ses convictions politiques ou religieuses, son sexe ou son origine.

Sans respect de la loi, toute société est appelée à disparaître. Le président de la république le rappelait justement à l'occasion du forum Paix et Sécurité tenu à Diamniadio le 27 novembre : « La liberté sans responsabilité devient une menace pour la société »

CONCLUSION

Cette énumération non exhaustive et sélective des règles actuellement en vigueur au Sénégal garantit un niveau assez élevé de protection de la vie privée du citoyen sénégalais. Toute cette législation vise, en réalité, à protéger l'individu contre les agressions des simples particuliers. Le droit au respect de la vie privée est un grand principe de sociabilité humaine.

L'incompatibilité des aspirations manifestées par les citoyens révèle toutefois des contradictions entre cette nécessaire protection de la vie privée et d'autres principes démocratiques.

En dépit des dispositions constitutionnelles, législatives et réglementaires ainsi que d'une jurisprudence abondante, la protection de la vie privée se heurte aujourd'hui à de nouvelles difficultés. Les évolutions technologiques et le développement de l'informatique et des télécommunications ne vont pas sans nuire à la confidentialité des activités privées.

Sur un autre plan, le citoyen se trouve pratiquement désarmé contre de pareilles atteintes à ce droit constitutionnel lorsqu'elles sont commises par les pouvoirs publics.

La « fondamentalisation » du droit au respect de la vie privée doit avoir comme corollaire sa protection et son respect par l'Etat, ses services et ses démembrements.

La protection n'est toutefois pas absolue s'agissant des pouvoirs publics.

En effet, la protection cesse chaque fois que le public a un intérêt légitime à connaître les activités, le comportement, la situation, la condition ou la manière d'être d'une personne. La puissance publique s'immisce dans la vie privée, le plus souvent, en raison de son propre droit à la preuve.

C

C'est ainsi que les saisies, les fouilles, les contrôles d'identité et les perquisitions au domicile d'un citoyen sont règlementés par le code de procédure pénale. Le secret professionnel n'est pas opposable à certaines autorités, notamment les juges et les officiers de police judiciaire dans le cadre des investigations. Les écoutes téléphoniques ou interceptions, judiciaires ou de sécurité, de communications obéissent à une réglementation rigoureuse.

Ces atteintes sont légitimes dès lors que ces pouvoirs exorbitants sont conformes à la Constitution. Elles sont strictement encadrées par la loi.

Cette légitimité n'est toutefois pas exempte de dangers et, l'inquiétude notée du côté des citoyens est palpable.

Cette inquiétude est-elle, pour autant, justifiée ?

Alors que le monde s'émeut encore du Cloud Act des Etats-Unis d'Amérique et au moment où le débat sur les algorithmes apprenants se fait jour, des atteintes plus silencieuses et beaucoup plus graves provenant notamment des Etats apparaissent. Leur principale justification est le besoin sécuritaire. Les lois sécuritaires ont toutefois de quoi inquiéter les citoyens quant à la protection de leur vie privée.

La sécurité, considérée, depuis de nombreuses années, comme l'une des préoccupations majeures des citoyens génère des dispositifs de protection et de surveillance de plus en plus sophistiqués et difficilement conciliables avec une garantie d'inviolabilité de la vie privée.

Les lois sur le terrorisme et principalement la loi no 2016-33 relative aux services de renseignement contiennent des dispositions particulièrement permissives et dérogoires au droit commun. Les lois anti-terroristes autorisent les perquisitions et les visites domiciliaires à toutes heures de jour et de nuit même sans le consentement de la personne au domicile de laquelle elles ont lieu ou de toute autre personne concernée. La loi dite sur le renseignement, quant à elle, accorde aux services spéciaux le pouvoir de recourir à des procédés techniques, intrusifs, de surveillance ou de localisation, pour recueillir les renseignements utiles à la neutralisation, en cas d'indices relatifs à des menaces contre la sûreté et les intérêts fondamentaux de la nation.

Il ne s'agit pas de douter de la légitimité de la lutte contre le terrorisme qui justifie la prise de mesures radicales. Ces mesures dérogoires et exceptionnelles, malgré leur encadrement légal pointilleux, peuvent, toutefois, être à l'origine de graves violations d'un droit fondamental. Le citoyen sénégalais est convaincu, à tort ou à raison, que son Etat s'adonne à l'espionnage de personnes publiques, de journalistes ou de simples particuliers.

Un parlementaire sénégalais relevait d'ailleurs, lors du vote de ces lois, un paradoxe sur ce qui se passe dans notre pays. « *Les textes et la Constitution garantissent la protection de la vie privée des gens. Mais lorsqu'il y a des manifestations ou des opérations d'identification, la police par exemple possède des données sur les citoyens qui peuvent être utilisées à d'autres fins* », regrettait-t-il.

Un dispositif de veille et de contrôle doit être mis en place afin de faire respecter la finalité de ces pouvoirs exorbitants et, au besoin, prévoir des sanctions assez dissuasives en cas de manquements. L'Etat doit aussi respecter le droit à la vie privée du citoyen, un droit fondamental consacré à la fois par le droit international et par le droit interne.

La protection de la vie privée doit être l'affaire de tous. Il y va de la survie de notre cher pays, le Sénégal.

Barou DIOP

Magistrat

Conseiller délégué à la Cour suprême du Sénégal