

Note d'observations

La loi du 8 décembre 1992, un obstacle au métier de détective privé ?

1. L'arrêt de la cour d'appel de Mons que je commente dans la présente contribution a déjà fait l'objet d'une note d'observation rédigée par D. Mougenot². Afin de ne pas faire double emploi avec le texte de ce dernier ainsi qu'avec d'autres articles consacrés à la thématique de l'irrecevabilité de rapports de détectives comme modes de preuve lorsqu'ils violent l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le droit à la vie privée³ ou lorsque ceux-ci sont empreints de provocation⁴, je me consacrerai à l'analyse de l'application de la loi du 8 décembre 1992 faite par le juge dans le cas présent.

2. Rappelons tout d'abord les faits qui, dans l'affaire qui nous occupe, sont à la source de l'application par le juge de la loi *relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel*. Un détective privé établit un « rapport d'inspection » au moyen d'un logiciel de traitement de texte dans lequel apparaît qu'il s'est rendu à une agence immobilière, s'est présenté comme un amateur potentiel d'un immeuble vendu, a eu des échanges d'*e-mails* et a passé plusieurs coups de téléphone dans le but de constater qu'une personne non titulaire de l'agrégation

requis exerce effectivement la profession protégée d'agent immobilier.

Selon le juge, un tel rapport d'un détective privé « constitue un traitement de données à caractère personnel au sens de la loi du 8 décembre 1992 lorsque, comme en l'espèce, il contient pareilles "données", à savoir toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable, lorsque ces données ont subi un "traitement automatisé", à savoir tout traitement dans lequel la technologie de l'information intervient, tel que le traitement de texte utilisé en informatique ». Étant donné qu'un rapport de détective rédigé par un moyen informatique constitue, selon le juge, un traitement de données à caractère personnel, celui-ci tire alors toutes les conséquences de l'application de la loi en estimant qu'en tant que responsable du traitement le détective se doit d'en respecter les diverses obligations: « Parmi les obligations imposées par la loi de 1992 au responsable du traitement, à savoir la personne ou l'entité qui détermine les finalités ou moyens du traitement des données à caractère personnel, figure celle d'informer – préalablement à la mise en œuvre du traitement et au plus tard au moment où les données sont obtenues – la personne concernée des éléments énumérés par l'article 9 de cette loi, dont l'existence du traitement et ses finalités, ce qui signifie en clair que le détective devra donc indiquer pour qui il intervient et à quoi vont servir les renseignements demandés; lorsque les données font l'objet d'une collecte indirecte auprès d'un tiers, cette information doit être communiquée

² D. MOUGENOT, « Détective privé et vie privée: un couple difficile à accorder », *J.T.*, 2010, p. 298.

³ S. GILSON et K. ROSIER, « Licéité de la preuve et droit au respect de la vie privée: principes et sanctions », *R.D.T.I.*, 2008, pp. 244 et s; D. MOUGENOT, « Humphrey Bogart au XXI^e siècle: la preuve par production d'un rapport de détective privé », *Rev. rég. dr.*, 2008, pp. 242 et s.

⁴ *Ibidem*, p. 253.

dès l'enregistrement des données». Faute d'avoir respecté l'obligation d'information de la loi, le juge conclut alors que cette illégalité conduit, en l'espèce, à une méconnaissance des principes relatifs au procès équitable, dans la mesure où la personne contactée par le détective, d'une part, n'a pas été mise en mesure de savoir qu'elle avait à faire à un détective et de pouvoir ainsi apporter des éléments de contradiction avec les propos rapportés et, d'autre part, n'a été à aucun moment informée du but réel du coup de téléphone passé par le détective se faisant passer pour un prétendu amateur dans un contexte relevant de la provocation. En conséquence, le juge décide d'écarter des éléments de preuve admissibles le rapport du détective privé.

3. Si un tel raisonnement venait à être généralisé, nul doute qu'il mettrait de sérieux bâtons dans les roues dans l'exercice de la profession de détective privé puisqu'il impliquerait que celui-ci doive décliner son nom réel, sa qualité, l'identité de son commanditaire ainsi que la finalité de ses visites avant même de pouvoir procéder à un quelconque acte impliquant un traitement de données à caractère personnel, soit de manière immédiate (ex: prise de vidéos ou de photos contenant des données à caractère personnel), soit *a posteriori* (ex: retranscription de données à caractère personnel par le biais d'un logiciel de traitement de texte). On imagine mal que la profession de détective privé, reconnue puisque organisée par une loi, puisse s'exercer de manière effective si, parmi les obligations qui lui sont imposées, se trouve celle de devoir informer au préalable les personnes filmées, photographiées, appelées par téléphone ou rencontrées de la finalité de son intervention.

4. Afin de clarifier l'application de la loi du 8 décembre 1992 aux faits de l'espèce, je rappelle les définitions des concepts utilisés par celle-ci et les applique aux visites et aux

conversations téléphoniques d'un détective privé, retranscrites au moyen d'un logiciel de traitement de texte ainsi qu'aux échanges par *e-mail* que celui-ci peut avoir avec les personnes sur lesquelles il enquête.

La loi du 8 décembre 1992 s'applique à tout traitement de données à caractère personnel automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'à tout traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier⁵.

On entend par «données à caractère personnel» toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale⁶. Nul doute donc que les noms, prénoms, adresses et autres informations permettant d'identifier une personne qui seraient retranscrits dans un rapport de détective doivent être considérés comme des données à caractère personnel; il en va de même lorsque de telles informations sont échangées par téléphone⁷.

Par «traitement», la loi vise toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que

⁵ Article 3 de la loi du 8 décembre 1992.

⁶ *Ibidem*, article 1^{er}, § 1^{er}.

⁷ Notons au surplus que les données traitées par un détective doivent être considérées comme données judiciaires au sens de l'article 8 de la loi de 1992, puisque «relatives à des suspicions, des poursuites ou des condamnations ayant trait à des infractions ou à des sanctions administratives». Rappelons qu'en principe de telles données ne peuvent être traitées sauf, notamment, lorsqu'elles le sont par des personnes physiques ou morales pour autant que la gestion de leur propre contentieux l'exige, ce qui est vraisemblablement le cas dans l'affaire qui nous occupe.

la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, 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 de données à caractère personnel⁸. En cas de traitement non automatisé, la loi ne s'applique qu'aux « fichiers » entendus comme tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés⁹. Il faut donc considérer que la rédaction d'un rapport de détective – qui se fait actuellement très habituellement au moyen d'un logiciel de traitement de texte – constitue un traitement auquel s'applique la loi. Les informations collectées verbalement par un détective et consignées dans un fichier structuré ou traitées par le biais d'un traitement de texte automatisé constituent clairement un traitement de données au sens de la loi de 1992. Il en va évidemment de même en ce qui concerne les échanges *e-mail* qu'un détective peut avoir avec les personnes sur lesquelles il enquête et les prises de vues qu'il pourrait prendre au moyen d'une caméra ou d'un appareil photo digital.

5. Avant d'analyser les éventuelles obligations que devrait respecter un détective privé effectuant des traitements de données pour le compte de son client, il convient tout d'abord d'examiner si celui-ci doit être qualifié de responsable du traitement.

D'après la loi, le responsable du traitement est « la personne physique ou morale [...] qui, seule ou conjointement avec d'autres, *détermine* les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel »¹⁰. Quant

au sous-traitant, celui-ci est défini comme « la personne physique ou morale qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement et est autre que la personne qui, placée sous l'autorité directe du responsable du traitement, est habilitée à traiter les données »¹¹. Ainsi que le rappelle le Groupe de l'article 29, le rôle premier de la notion de responsable du traitement est de déterminer qui est chargé de faire respecter les règles de protection des données, et comment les personnes concernées peuvent exercer leurs droits dans la pratique. En d'autres termes, il s'agit d'attribuer les responsabilités¹². La capacité de « déterminer » les finalités et les moyens d'un traitement se déduit généralement d'une analyse des éléments factuels ou des circonstances de l'espèce: il convient d'examiner les opérations de traitement en question et de comprendre qui les détermine, en répondant dans un premier temps aux questions « pourquoi ce traitement a-t-il lieu ? » et « qui l'a entrepris ? »¹³. Dans le cas qui nous occupe, il est important de souligner que lorsqu'un client fait appel à un détective privé, la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé lui impose de conclure une convention écrite préalable contenant notamment « une description précise de la mission confiée au détective privé »¹⁴, suggérant par là que c'est le client qui est chargé de déterminer la finalité de la collecte de données par le détective. De plus, la même loi impose au détective, après l'exécution de sa mission, d'établir pour le client un rapport qui comporte un certain nombre d'éléments énumérés strictement par la loi. La rédaction

⁸ *Ibidem*, article 1^{er}, § 2.

⁹ *Ibidem*, article 1^{er}, § 3.

¹⁰ Article 1^{er}, § 4 de la loi du 8 décembre 1992.

¹¹ *Ibidem*, article 1^{er}, § 5.

¹² Groupe de l'article 29, WP169, avis 1/2010 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », 16 février 2010, p. 1.

¹³ *Ibidem*, p. 9.

¹⁴ Article 8, § 1^{er} de la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé.

d'un rapport écrit constituant une obligation légale sans laquelle un détective privé ne pourrait exercer sa profession pour le compte de ses clients, on ne saurait considérer qu'il détermine ce moyen de traitement, mais plutôt que celui-ci est déterminé par la loi. Pour les autres activités qu'un détective pourrait être amené à réaliser pour son client (envoi d'*e-mails*, prises de vues électroniques), la responsabilité de la détermination des moyens pourrait découler du niveau de précision de la description de la mission du détective contenue dans la convention préalable qu'il est tenu de signer avec son client. Afin d'éviter d'être qualifiés de coresponsables du traitement, on ne peut que suggérer aux détectives d'exiger une précision rigoureuse dans les termes utilisés dans la convention préalable pour désigner les moyens que le client souhaite voir utilisés par le détective. À cette condition, nul doute que c'est alors le client qui détermine tant la finalité que les moyens du traitement.

6. La loi du 8 décembre 1992 impose un certain nombre d'obligations au responsable d'un traitement de données à caractère personnel. Parmi celles-ci, j'en relève deux qui me semblent poser question dans le cas d'espèce, à savoir, d'une part, l'obligation de loyauté lors de la collecte de données, et d'autre part, l'obligation d'information.

7. L'article 4, § 1^{er}, 1) requiert du responsable du traitement que les données à caractère personnel soient traitées loyalement et licitement. La licéité suppose que le traitement ne soit ni en contradiction avec les dispositions de la loi du 8 décembre 1992, ni avec aucune autre réglementation spécifique. L'exigence de loyauté renvoie, quant à elle, à la transparence des opérations propres au traitement¹⁵.

Dans cette mesure, la provocation, «mécanisme par lequel la partie qui veut se ménager une preuve crée volontairement une situation dans laquelle les faits à constater peuvent se produire»¹⁶, semble être clairement contraire à l'exigence de loyauté imposée par la loi. Ainsi, après avoir constaté que les agissements du détective consistant à se faire passer, lors de communications téléphoniques ainsi que lors de visites, comme un amateur potentiel d'un immeuble, relevaient du mécanisme de la provocation, il aurait pu, par la même occasion, analyser cette forme de provocation comme une violation de l'exigence de loyauté par le responsable du traitement. Chose intéressante, le juge aurait alors appliqué la loi du 8 décembre 1992 d'une manière «quasi rétroactive» puisqu'au moment de la collecte des informations, aucun traitement de données n'était encore intervenu et que dès lors la loi n'était pas applicable. Il ne s'agirait cependant pas, à proprement parler, d'une rétroactivité de la loi de 1992, mais bien d'une application de cette loi, par le juge, à un traitement compris dans son ensemble *a posteriori*: il n'y aurait pu avoir de consignation automatisée d'informations par logiciel de traitement de texte sans collecte préalable de ces informations. À ce titre, la collecte d'informations se devait d'être loyale pour être licite.

8. Outre l'obligation de loyauté, le détective se devait également de respecter l'obligation d'information que l'article 9 de la loi du 8 décembre 1992 met à sa charge dès lors qu'un traitement de données a lieu. Cette exigence d'information impose au responsable du traitement de «fournir à la personne concernée auprès de laquelle il obtient les données la concernant et au plus tard au moment où ces données sont obtenues, au moins: a) le nom et l'adresse du responsable du traitement et, le cas échéant, de

¹⁵ Y. Poullet et T. Leonard, «La protection des données à caractère personnel en pleine révolution», *J.T.*, 1999, pp. 377 et s., n° 28.

¹⁶ Voy. Mons (14^e ch.), 2 mars 2010.

son représentant; b) les finalités du traitement; [...] d) d'autres informations supplémentaires, notamment les destinataires ou les catégories de destinataires des données et l'existence d'un droit d'accès et de rectification des données la concernant [...]». Lorsque les données sont collectées directement auprès de la personne concernée, cette information doit avoir lieu avant la collecte tandis que lorsque les données ne sont pas directement obtenues auprès de la personne concernée, celle-ci doit être informée lors de l'enregistrement des données ou lors de leur première communication.

Il peut sembler curieux qu'aucune exception à l'obligation d'information n'ait été prévue pour s'adapter aux besoins spécifiques du métier de détective privé, si l'interprétation que l'on donne de l'article 9 consiste à imposer au donneur d'ordres (le client) d'informer les personnes sur lesquelles il souhaite enquêter de la finalité des activités du détective engagé avant même que celles-ci aient lieu.

Cependant, à y regarder de plus près, la solution découlant de l'application de la loi de 1992 aux activités menées par un détective est plus nuancée. En effet, si les données ne sont pas obtenues directement auprès de la personne concernée (par exemple lors de prises de photos ou de vidéos), l'information ne doit seulement avoir lieu que lors de l'enregistrement des données par le responsable du traitement (le client) ou même lors de leur première communication à un tiers, comme par exemple à un juge. Autrement dit, en ce qui concerne les prises de vues, l'application de la loi de 1992 permet au client d'informer la personne photographiée ou filmée au plus tard lors de la transmission des images au juge¹⁷. Ce n'est que pour

les traitements de données obtenues directement auprès de la personne concernée que l'information doit avoir lieu avant la collecte. En d'autres mots, la loi de 1992 ne fait que confirmer le caractère déloyal du mécanisme de la provocation en imposant que toute visite ou entretien téléphonique qu'un détective pourrait avoir avec la personne concernée ainsi que tout courrier échangé avec elle ne peuvent avoir lieu qu'après une information claire et détaillée quant à notamment l'identité du responsable du traitement et les finalités du traitement qui est entrepris par le détective. Une telle interprétation permet de concilier l'efficacité du travail de détective privé avec le respect dû aux garanties d'un procès équitable.

Franck Dumortier¹⁸

dans des lieux non accessibles au public, à l'aide d'un appareil quelconque, sans que le gestionnaire du lieu et les personnes concernées aient donné leur consentement à cette fin». *A contrario*, il semble que les détectives puissent effectuer des prises de vue dans des lieux accessibles au public sans le consentement des personnes filmées ou photographiées, et donc également sans information préalable.

¹⁸ Chercheur au CRID. Assistant en droit aux FUNDP. Franck.dumortier@fundp.ac.be.

¹⁷ Cette solution semble d'ailleurs être confortée par l'article 5 de la loi du 19 juillet 1991 selon lequel «il est interdit au détective privé d'espionner ou de faire espionner ou de prendre ou de faire prendre intentionnellement des vues de personnes qui se trouvent