

La protection de la personnalité des enfants en cas de partage de leur image par leurs parents sur internet (« *sharenting* »)

Sous la direction du Professeur Yaniv Benhamou assisté par Sébastien Aubert dans le cadre du cours "Droit et numérique"

17 décembre 2021

I.	Table des matières	
	<i>Bibliographie</i>	<i>IV</i>
<i>II.</i>	<i>Introduction</i>	<i>1</i>
<i>III.</i>	<i>Notions</i>	<i>2</i>
<i>IV.</i>	<i>La protection des données personnelles de l'enfant en droit suisse</i>	<i>3</i>
	1) Garanties conventionnelles et constitutionnelles	3
	1.1) CDE	3
	1.2) RGPD	3
	1.3) Constitution fédérale suisse	3
	2) Garanties légales	4
	2.1) Code civil	4
	2.2) La loi sur la protection des données (LPD)	5
<i>V.</i>	<i>Conditions d'exercice du droit à l'image par l'enfant</i>	<i>6</i>
	1) Conditions d'exercice	6
	1.1) Consentement	6
	1.2) Capacité de discernement	7
	1.3) Consentement "libre et éclairé"	7
	2) L'exercice d'un droit par procuration	8
<i>VI.</i>	<i>Mesures additionnelles de protection de l'enfant</i>	<i>9</i>
<i>VII.</i>	<i>Conclusion</i>	<i>9</i>

EXEMPLAIRE ATTESTATION DE NON-PLAGIAT

**Article 13 Directive de la Faculté de droit sur le plagiat
(entrée en vigueur le 1 septembre 2012)**

Tout travail écrit rendu par un-e étudiant-e de la Faculté de droit doit comporter la déclaration suivante (approuvée par le *Conseil participatif de la Faculté de droit* en date du 28 septembre 2016) dûment signée par l'auteur-e du travail :

"Je déclare que je suis bien l'auteur-e de ce texte et atteste que toute affirmation qu'il contient et qui n'est pas le fruit de ma réflexion personnelle est attribuée à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets."

NOM : STEINMYLLER

Prénom : AUDREY

Date : 12.12.2021

Signature : 

Bibliographie

1) Ouvrages doctrinaux

BAERISWYL Bruno, *in* BAERISWYL Bruno/PÄRLI Kurt (édit.), *Hankommentar Datenschutzgesetz (DSG)*, Berne (Stämpfli) 2015, LPD 4 p. 50-65 (cité : SHK DSG-AUTEUR).

FANKHAUSER Roland/FISCHER Nadja, *Kinderfotos auf Facebook oder wenn Eltern die Persönlichkeitsrechte ihrer Kinder verletzen*, *in* Brennpunkt Familienrecht. Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag [FRANKHAUSER Roland/ REUSSER Ruth E./SCHWANDER Ivo édit.] Zurich, Saint-Gall (Dike Verlag) 2017, p.212.

FLÜCKIGER Alexandre, *l'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ?*, *in* *Pratique juridique actuelle (PJA/AJP)* 2013, p. 856.

FÜZÉSSERY Simone/SCHNEIDER Danielle, *La révision de la loi fédérale sur la protection des données*, *in* *Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) : Tragweite und erste Erfahrungen / Le Règlement général sur la protection des données (RGPD) : portée et premières expériences* [EPINEY Astrid/ROVELLI Sophia édit.], Zurich (Schulthess) 2020, p.144.

HAAS Raphaël, *Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach art. 28. Abs. 2 ZGB*, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2007, N 430.

HAUSHEER Heinz/AEBI-MÜLLER Regina Elisabeth, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 5^e éd., Berne (Stämpfli) 2020, N 12.06.

HELLE Noémie, *Publication de l'image de l'enfant sur les réseaux sociaux : de quel(s) droit(s) ?*, *in* *Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA/ZKE)* 2019, p. 505-506.

HUSI-STÄMPFLI Sandra/JEDELHAUSER Rita, *Alles für ein "like": Kindeswohl vs Sharenting*, *in* *Jusletter* 29 avril 2019, [https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2019/977/alles-fur-ein--like-_e154b3bef5.html] (9.12.2021).

HUSI-STÄMPFLI Sandra, *Kinderrechte in der digitalen Welt*, *in* *Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit (digma)*, Zurich, (Schulthess) 2019, p. 84ss.

MAURER-LAMBROU Urs /BLECHTA Gabor-Paul (édit.), *Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz und Öffentlichkeitsgesetz*, 3^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2014 (cité: BSK DSG-AUTEUR).

MEIER Philippe/DE LUZE Estelle, *Droit des personnes*, Zurich (Schulthess) 2014, N 657.

MÉTILLE Sylvain, *Le traitement de données personnelles sous l'angle de la (nouvelle) loi fédérale sur la protection des données du 25 septembre 2020*, *SJ* 2021 II, p.36.

PASQUIER Bruno/Silacci Alessandro/Caon Maurizio, *Protection des données : consentement, devoir d'informer et utilisation des pictogrammes*, *in* *Pratique juridique actuelle (PJA/AJP)* 2021, p. 895.

VAERINI Micaela, Protection de la personnalité : les actions défensives (28s CC) à la lumière des nouvelles dispositions de protection de l'adulte et de l'enfant, *in* Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA/ZKE) 2014, p.444.

WERMELINGER Amédéo, *in* BAERISWYL Bruno/PÄRLI Kurt (édit.), *Hankommentar Datenschutzgesetz (DSG)*, Berne (Stämpfli) 2015, LPD 13 p. 175 (cité : SHK DSG-AUTEUR).

2) Autres

Dernière consultation le 26.11.2021

DOMENJOZ Jean-Claude, Droits de l'enfant à sa propre image : quelle protection de son identité numérique ?, <https://educationauxmedias.ch/droits-de-enfant-a-sa-propre-image-quelle-protection-de-son-identite-numerique/>, *in* : Éducation aux médias et à l'information, <https://educationauxmedias.ch>, 25.05.2021.

Dernière consultation le 26.11.2021

ENGEVIK Jen, Sharenting : could your social media posts affect your child's future ?, <https://parentology.com/what-is-sharenting-and-could-it-damage-your-childs-future/>, *in* : Parentology, <https://parentology.com>, 02.04.2019.

Dernière consultation le 11.11.2021

JIMMY KIMMEL LIVE, Youtube challenge - I told my kids I ate all their Halloween candy 2018, <https://www.youtube.com/watch?v=IJvRDU6X1k8>, *in* : chaîne de Jimmy Kimmel Live, <https://www.youtube.com/channel/UCa6vGFO9ty8v5KZJXQxdhaw>, <https://www.youtube.com>, 02/11/2018.

Dernière consultation le 2.12.2021

KUTSCHER Nadia/ BOUILLON Ramona, Kinder. Bilder. Rechte. Persönlichkeitsrechte von Kindern im Kontext der digitalen Mediennutzung in der Familie, Schriftenreihe des Deutschen Kinderhilfswerkes e.V., 2018, p. 54-59 (https://www.dkhw.de/fileadmin/Redaktion/1_Unsere_Arbeit/1_Schwerpunkte/6_Medienkompetenz/6.13._Studie_Kinder_Bilder_Rechte/DKHW_Schriftenreihe_4_KinderBilderRechte.pdf).

Dernière consultation le 1.12.2021

LEISTNER Alexandra, Sohn verklagt Mutter : 10'000 Euro für Fotos auf Facebook, <https://de.euronews.com/2018/01/11/sohn-verklagt-mutter-10-000-euro-fur-fotos-auf-facebook>, *in* : Euronews, <https://de.euronews.com>, 11.01.2018.

Dernière consultation le 9.12.2021

MIM, Lisa und Lena löschen ihren Tik Tok Account, <https://www.20min.ch/story/lisa-und-lena-loeschen-ihren-tiktok-account-373742500369>, in : 20 minutes, <https://www.20min.ch>, 03.04.2019.

Dernière consultation le 7.12.2021

Carola SCHABERT, Parcours "mein Körper gehört mir !", <https://www.kinderschutz.ch/angebote/praventionsangebote/mein-korper-gehört-mir>, in : <https://www.kinderschutz.ch/fr>, 14.01.2021.

II. Introduction

A l'heure où les réseaux sociaux représentent notre fenêtre sur le monde, la communauté digitale ne cesse d'augmenter et d'alimenter nos fils d'actualités avec des *posts* toujours plus surprenants les uns que les autres. Pour cause, une véritable course aux *likes* s'est installée dans les esprits des utilisateurs, chacun cherchant à montrer le meilleur de lui-même à travers son profil soigné. Un phénomène a récemment explosé ces dernières années : le *sharenting*. Néologisme né de la contraction de "*share*" (partager) et de "*parenting*" (être parent), ce terme décrit l'acte par lequel des parents publient du contenu relatif à leurs enfants sur les réseaux sociaux. Que ce soit par pure fierté parentale ou dans le but de générer des revenus, le *sharenting* produit à lui seul des centaines de millions de photos sur Instragram. Les parents 2.0 semblent être prêts à utiliser tous les moyens pour augmenter leur audience et leur nombre de vues. Un exemple concret de cette ferveur passe par des *challenges*, tels que « *tell your kids you ate all their halloween candy* »¹, consistant à faire croire aux enfants que tous leurs bonbons d'Halloween ont été mangés tout en les filmant, puis en postant ensuite leur réaction pour faire rire une audience sur Youtube.

Celui-ci pose un problème majeur dès lors que les photos et vidéos contiennent des informations sur la physionomie, l'état de santé, le développement, le cadre de vie de l'enfant ou encore les préférences de sa famille, sans compter ce que collectent en sus les cookies. Ces informations sont rarement soumises au consentement des enfants et la portée d'une publication se veut encore pleine de zones d'ombre. Par ailleurs, une étude démontre qu'en moyenne, un utilisateur lambda ne connaît que 20 % de ses "amis" ; l'image est ainsi susceptible d'être vue, utilisée et partagée par des "amis" inconnus, voire des "amis" d'amis, l'auteur de la publication perdant tout contrôle sur cette dernière². L'enfant se voit ainsi créer une empreinte numérique qu'il n'a pas décidée, et qui le suivra toute sa vie, pouvant lui porter préjudice dans son intégration à l'école, ses relations sociales, ses candidatures pour les universités, ses jobs³. La publication en masse de photos d'enfants permet également à des personnes malintentionnées d'usurper leur identité par exemple pour les sortir de leur contexte et les poster sur des sites de pédophilie. Enfin, la publication d'images destinées aux réseaux sociaux est accompagnée d'un long travail de prise de vue, d'angles choisis, de retouches. L'enfant est, de ce fait, enclin à adopter un comportement égocentrique voir séducteur, afin d'obtenir un maximum de "likes", ce qui l'empêche d'évoluer tel qu'il est réellement⁴. Au surplus, le soutien qu'apportent les internautes par leurs "likes" peut déboucher sur une surenchère de publications de l'enfant, le privant ainsi d'une part importante de sa sphère privée⁵. En résumé, les parents ne sont plus maîtres de ces publications, qui peuvent circuler partout sur Internet et dont les limites ne sont encore pas connues à ce jour⁶.

Il est alors légitime de se demander comment est consacrée la notion de protection de la personnalité de l'enfant en Suisse au niveau des différentes juridictions, et de vérifier sa mise en œuvre dans les cas de *sharenting*. Pour ce faire, nous comparerons les différents niveaux de garanties conventionnelles, constitutionnelles et civiles au regard de la personnalité de l'enfant.

¹ JIMMY KIMMEL LIVE, *Youtube challenge - I told my kids I ate all their Halloween candy 2018*.

² ENGEVIK Jen, *Sharenting : Could your social media posts affect your child's future ?* ; FLÜCKIGER, p. 856.

³ HUSI-STÄMPFLI Sandra, *Kinderrechte in der digitalen Welt*, p. 84ss.

⁴ DOMENJOZ, *Droits de l'enfant à sa propre image : quelle protection de son identité numérique ?*.

⁵ HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER, N 10.

⁶ FRANKHAUSER/FISCHER, p. 206.

Dans un second temps, nous analyserons les conditions à l'exercice concret du droit à l'image par l'enfant, et dernièrement, nous chercherons à mettre en lumière les solutions afférentes à une meilleure protection de l'enfant à l'avenir.

III. Notions

Le droit de la protection des données personnelles est un droit relativement récent et celui-ci est en constante évolution grâce aux progrès permanents des nouvelles technologies. Il convient dès lors d'identifier quelques notions courantes, qui seront utiles pour la suite de notre développement.

- Enfant : toute personne âgée de moins de dix-huit ans (art. 14 du Code civil suisse, ci-après : CC).
- Données personnelles : par "données personnelles" au sens de l'art. 13 al. 2 de la Constitution fédérale (ci-après : Cst.) et du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (ci-après PFPDT), on entend toutes les informations sur la situation personnelle, les émotions ou les pensées de la personne concernée, dans la mesure où elle peut être déterminée sur la base de ces informations ; en somme, toutes les informations se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (nom, adresse IP, e-mail, numéro de téléphone, empreinte digitale, numéro AVS...) ⁷.
- Environnement numérique : ensemble des technologies de l'information et de la communication (TIC), dont internet, les technologies et dispositifs mobiles et associés, ainsi que les réseaux, bases de données, contenus et services numériques, servant à traiter, modifier et échanger de l'information ⁸.
- Données sensibles : les données sensibles sont des données personnelles concernant les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales ; la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race ; des mesures d'aide sociale ; des poursuites ou sanctions pénales ou administratives ⁹.
- Traitement : toute opération relative à des données personnelles - quels que soient les moyens et procédés utilisés - notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données ¹⁰.

⁷ MÉTILLE, p. 4.

⁸ Recommandation CM/Rec (2018)7 du Comité des ministres aux États membres, du 4 juillet 2018, sur les lignes directrices visant à respecter, protéger et réaliser les droits de l'enfant dans l'environnement numérique.

⁹ Cf. art. 3 let.c LPD.

¹⁰ MÉTILLE, p. 6.

IV. La protection des données personnelles de l'enfant en droit suisse

1) Garanties conventionnelles et constitutionnelles

1.1) CDE

La Suisse a ratifié son adhésion à la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE)¹¹. Celle-ci est entrée en vigueur le 26 mars 1997. La CDE énonce à son art. 16 § 1 et 2 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" (al.1). "L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes (al.2)".

1.2) RGPD

Bien que la Suisse ne fasse pas partie de l'Union européenne, il y a lieu de mentionner ici un développement plus récent de la législation communautaire en la matière : le Règlement général sur la protection des données (ci-après : RGPD ou Règlement)¹².

Entré en vigueur le 25 mai 2018, ce Règlement constitue une véritable révolution législative concernant la protection des données. Cet acte législatif est destiné en premier lieu aux États membres de l'Union, mais la Suisse se le voit appliquer dès lors que le traitement des données par une des entreprises sises sur son territoire se rapporte à une personne située dans le territoire de l'UE. L'activité strictement personnelle ou domestique ne fait pas l'objet du RGPD, mais celui-ci porte à son article 12 § 1 une attention particulière aux enfants : ces derniers doivent bénéficier d'une protection particulière et doivent pouvoir exprimer leur volonté¹³. On peut alors s'attendre à ce que la doctrine et la jurisprudence suisses s'orientent à leur tour, vers une meilleure protection de l'enfant et de l'adolescent.

1.3) Constitution fédérale suisse

La Constitution suisse codifie quant à elle, à son article 13, le droit à la protection de la vie privée et familiale ainsi que le droit d'être protégé contre l'emploi abusif de données la concernant. Il ressort de cette disposition un droit à l'autodétermination qui permet à tout individu de décider lui-même quelles informations personnelles il souhaite divulguer, à qui et à quelles fins¹⁴.

Les titulaires de ce droit fondamental sont toutes des personnes physiques, indépendamment de leur âge, tandis que la notion d'information personnelle englobe tous les faits de la vie, les émotions ou les pensées de la personne identifiable en question¹⁵.

Ce droit est renforcé à l'art. 11 al.1 Cst. qui octroie une protection particulière aux enfants et aux jeunes au regard de leur intégrité et leur développement.

¹¹ RS 0.107.

¹² Règlement n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données), JO n° L 119 du 4 mai 2016, p. 1.

¹³ Recommandation CM/Rec (2018)7, § 5.

¹⁴ Arrêt du Tribunal Fédéral 1D_17/2007 du 2 juillet 2008, consid. 4.1 ; FLÜCKIGER, p. 848.

¹⁵ Cf. *supra* p.7; HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER, N 14.

La vie privée et le droit à l'image de l'enfant bénéficient ainsi respectivement d'une double protection, tant sur le plan national, qu'international. La sécurité juridique en la matière s'y voit de ce fait, fortement renforcée.

2) Garanties légales

2.1) Code civil

La protection de la personnalité est garantie aux articles 28ss du Code civil suisse ; elle commence à la naissance et finit par la mort (art. 31 al.1 CC). Il en découle un principe général inscrit dans la législation, admettant que chaque personne peut décider du sort de sa propre image et, cas échéant, agir en justice pour défendre ses droits selon l'art. 28 al.1 CC. Rappelons ici que la publication d'une photographie, quel que soit le support utilisé (réseaux sociaux ou médias traditionnels), constitue une atteinte à la personnalité¹⁶. Pour que l'illicéité de l'atteinte soit levée, la publication doit être justifiée par le consentement de l'ayant droit, à défaut, de son représentant légal, ou par un intérêt public ou privé prépondérant¹⁷. Le droit à l'image, tel qu'ancré dans la protection de la personnalité en droit civil, requiert que le consentement de la personne concernée soit obtenu aussi bien pour la prise de vue en tant que telle, que pour une publication ultérieure, dans la mesure où la personne en question peut être identifiée sur les images¹⁸.

L'enfant mineur ne possède pas l'exercice des droits civils. Le droit à l'image est un droit strictement personnel, toutefois ce droit est relatif en tant qu'il est exercé par les représentants légaux de l'enfant jusqu'à ce qu'il soit capable de discernement (art. 19c al. 2 CC). Or, la capacité de discernement n'étant pas rattachée à un âge fixe en droit suisse, elle doit être évaluée au cas par cas¹⁹. Un mineur capable de discernement peut alors exercer son droit de manière autonome - sans le consentement de ses représentants légaux - dès le moment où son droit est violé lors de la publication d'une photo le concernant (art. 19c al.1 CC).

Les droits consacrés par les art. 28ss CC se traduisent en trois actions à la disposition du défendeur : action en interdiction de l'atteinte, action en cessation de l'atteinte, subsidiairement action en constatation du caractère illicite de l'atteinte (art. 28a CC). Cet article se veut expressément vague afin d'élargir le champ de protection de la disposition : une atteinte à la personnalité comprend "tout comportement humain qui remet en cause - totalement ou partiellement - l'existence ou la substance d'un bien de la personnalité appartenant à autrui"²⁰. Que ce soit un fait, un acte isolé ou un état de fait qui se prolonge, celui-ci doit dépasser le seuil de tolérance qu'on est en droit d'attendre de toute personne vivant en société²¹. L'illicéité étant une notion objective, il n'est pas pertinent de savoir si l'auteur était de bonne ou de mauvaise foi²².

¹⁶ ATF 138 II 346 consid. 8, JdT 2013 I 72.

¹⁷ HELLE, p. 505-506 ; MÉTILLE, p. 36.

¹⁸ Cf. *supra* p. 5.

¹⁹ Cf. *infra* p. 7.

²⁰ VAERINI, p. 444.

²¹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 12.06.

²² ATF 134 III 193, consid. 4.6; MEIER/DE LUZE, N 657.

2.2) La loi sur la protection des données (LPD)

L'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données a amené des changements fondamentaux concernant la protection des données. Le Conseil Fédéral s'est empressé de revoir la législation interne afin de se conformer au RGPD, dans le but de maintenir son statut d'État "tiers" : celui-ci détient un niveau de protection des données suffisant, et lui permet de garder la possibilité d'échanger des données avec l'Union²³. C'est ainsi que la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)²⁴ a été révisée le 1^{er} mars 2019 afin de "protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données" (art. 1 LPD).

2.2.1) Champ d'application

La loi sur la protection des données (LPD) ne s'applique pas aux données personnelles qu'une personne physique traite pour un usage exclusivement personnel et qu'elle ne communique pas à des tiers. Dans le cas du *sharenting*, les parents publient des données de leurs enfants sur les réseaux sociaux ; ces plateformes communiquant l'information à des tiers - amis, *followers*, relations - pouvant aller d'une dizaine à des millions de personnes, celle-ci est largement partagée à travers le web. Partant, la LPD est applicable (art. 2 al.2 let.a LPD *a contrario*)²⁵.

Afin que la LPD déploie ses effets, il faut que la personne soit identifiable ; ceci dépendra des informations que contient la photo et de celles qui l'accompagnent. HUSI-STÄMPFLI et JEDELHAUSER affirment que les photos de portraits en elles-mêmes permettent évidemment d'identifier l'enfant : par la reconnaissance faciale, effective même des années plus tard, par l'environnement qui l'entoure, qui permet entre autres d'évaluer le niveau de vie de la famille, mais également par les légendes de ces photos mentionnant souvent le nom, la situation et le contexte de la publication. Même une photo où l'enfant serait pris de dos, ne constituant à première vue aucun risque pour l'enfant d'être reconnu, permettrait de l'identifier étant donné que les auteurs de la publication - ses parents - sont connus et qu'ils peuvent également indiquer toute information y relative (date et lieu de naissance/habitation p.ex.)²⁶.

Si tel est le cas, la LPD exige que les personnes privées s'adressent aux individus concernés pour justifier le traitement de leurs données²⁷. Sont réservés les intérêts privés ou publics prépondérants, ou une loi qui justifierait de renoncer au consentement (art. 13 al.1 LPD). Le consentement est valable si la personne concernée est capable de discernement et donne son accord de son plein gré au traitement des données (par ex. à la publication d'une image sur les plateformes des médias sociaux) après avoir été informée de manière appropriée²⁸ (art. 4 al. 5 LPD). Pour les données personnelles sensibles, un consentement exprès, c'est-à-dire faisant ressortir la volonté de la personne directement de la communication, est même nécessaire²⁹. Cet aspect sera développé ci-après, en même temps que les actions permettant à l'enfant de protéger ses données³⁰.

²³ FÜZÉSSERY/SCHNEIDER, la révision de la loi fédérale sur la protection des données, p. 144.

²⁴ RS 235.1.

²⁵ BSK-DSG LAMBROU/KUNG LPD 2 N 21-22.

²⁶ HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER, N 16.

²⁷ MÉTILLE, p. 36.

²⁸ Cf. *infra* p.7.

²⁹ WERMELINGER, p. 175 ; PASQUIER/SILACCI/CAON, p. 895.

³⁰ Cf. *infra* p. 9.

La LPD ne fait pas de distinction entre les différentes personnes privées impliquées. Les parents sont en principe également soumis au consentement de leur enfant s'ils veulent traiter de ses données. Il faut toutefois garder à l'esprit que le traitement englobe beaucoup d'aspects, de l'inscription à un cours de natation à la publication de photos avec son enfant, en passant par les échanges avec les pédiatres ou encore les enseignants, ce qui rend relatif le principe de l'exigence du consentement ; celui-ci ne peut être demandé en tout temps et pour tout. Néanmoins, dans tous les domaines qui ne sont pas couverts par l'autorité parentale pour le bien de l'enfant en tant que tel, plus particulièrement dans les cas de "*sharenting*" où l'intérêt de l'enfant est largement mis de côté, le consentement de l'enfant au traitement de ses données est requis³¹.

Les règles encadrant la publication d'une photographie d'enfant sur internet sont donc bien instaurées, mais sont-elles réellement mises en œuvre ? Comment l'enfant peut-il agir en cas d'atteinte à sa personnalité ?

V. Conditions d'exercice du droit à l'image par l'enfant

Afin d'évoquer le droit de l'enfant de se retourner contre ses parents en cas de "*sharenting*", il est important de se concentrer sur la question du consentement et de la capacité de discernement de l'enfant dans ce contexte.

1) Conditions d'exercice

1.1) Consentement

Le consentement de l'enfant est imposé par l'art. 4 al.5 LPD : "pour justifier le traitement de données personnelles la concernant, la personne concernée ne consent valablement que si elle exprime sa volonté librement et après avoir été dûment informée. Lorsqu'il s'agit de données sensibles et de profils de la personnalité, son consentement doit être au surplus, explicite"³².

Le consentement de la victime est une manifestation de la volonté par laquelle une personne accepte une atteinte à un bien juridique protégé par ses droits de la personnalité³³. Le Conseil de l'Europe indique clairement dans sa Recommandation que le consentement des mineurs doit être obtenu, pour autant qu'ils soient capables d'exprimer leur volonté³⁴. Il est également recommandé de tenir compte des éventuelles évolutions technologiques (ch.34) et changements sociaux : " where States take measures to decide upon an age at which children are considered to be capable of consenting to the processing of personal data, their rights, views, best interests and evolving capacities must be taken into consideration". Le consentement doit de ce fait, également pouvoir être révoqué en tout temps³⁵.

Comme cité précédemment, l'âge à partir duquel un enfant est capable de discernement, n'est pas fixé par la loi. L'art. 16 CC précise, en ce qui concerne les enfants, que "toute personne qui n'est pas dépourvue de la faculté d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge est capable

³¹ HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER, N 22.

³² Cf. également Message du Conseil Fédéral concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) et sur la modification d'autres lois fédérales, 15 septembre 2017, FF 2017 p. 6565ss, p. 6646ss.

³³ PASQUIER/SILACCI/CAON, p. 891-892.

³⁴ Recommandation CM/Rec (2018)7, § 5ss.

³⁵ HUSI- STÄMPFLI SANDRA, Kinder in der digitalen Welt, p. 86 ; HAAS, p. 540ss.

de discernement". Celle-ci dépendra de l'importance de l'acte en question : la personne doit être en mesure d'appréhender une situation concrète et d'évaluer les conséquences qui en découlent pour ensuite agir en fonction de son appréciation.

1.2) Capacité de discernement

D'après certains auteurs de doctrine, comme HELLE, l'enfant est capable d'avoir une image nette de lui-même et de son environnement dès l'âge de 4 ans. Cette capacité évolue ensuite de 4 à 14 ans, selon le développement de chaque enfant³⁶. A titre d'illustration, il ressort d'une étude menée auprès des enfants à partir de 6 ans, que les enfants sont capables d'évaluer et de discerner les prises d'images les concernant : ainsi les images étaient qualifiées de "gênantes" ("une mère embrasse son fils"), de "cool" (un garçon donne à manger à une tortue géante) ou de "belles" (une fille nue de dos regarde le lac). En outre, s'agissant de la publication d'images sur les réseaux sociaux, ils sont capables de l'associer à la prise de décision de diffuser ou non les images en question³⁷.

Le Tribunal Fédéral refuse certes de fixer un âge à partir duquel un enfant doit être considéré comme entièrement capable de discernement, mais il a admis en tous cas qu'en matière médicale, 13 ans constituait une maturité nécessaire pour prendre des décisions éclairées³⁸. On peut donc retenir par analogie que l'enfant peut exercer seul son droit à l'image, et par-là même son droit à consentir à la publication de photographies sur des réseaux sociaux, dès l'âge de treize ans. On peut toutefois considérer l'alternative d'une partie de la doctrine qui plaide que dans le contexte des médias sociaux, on retienne l'âge de l'entrée à l'école primaire, c'est-à-dire six ou sept ans.

1.3) Consentement "libre et éclairé"

Le problème n'est malheureusement pas résolu par la seule fixation d'un âge auquel ce consentement peut être donné. Pour qu'il soit valable, un consentement doit être éclairé par des informations appropriées (art. 6 ch.6 LPD). Celles-ci comprennent le type et l'étendue du traitement des données, le responsable du traitement des données, la finalité de traitement ainsi que les risques éventuels qui en découlent³⁹. Les parents sont encore étrangers avec les risques des médias sociaux, et même s'ils s'intéressent de plus en plus à la question, la complexité technique des conditions générales des plateformes reste un frein à une appréhension globale des enjeux liés à la publication⁴⁰.

La portée de la publication d'images sur Internet n'est jamais vraiment définissable, et l'on ne sait à l'avance, par qui ou à quelles fins elles seront utilisées⁴¹. Il est ainsi fortement probable que d'un point de vue juridique, le consentement ne saurait être qualifié de "valable" car il n'est, sur ce point, pas éclairé par des informations appropriées.

De plus, il va de soi que le consentement doit être libre et même explicite dans le cas où des données personnelles sensibles sont concernées⁴². Le consentement ne peut être obtenu sous la contrainte, la tromperie ou la menace : ainsi les parents ne peuvent ni tromper leur enfant lors

³⁶ HELLE, p.506.

³⁷ KUTSCHNER/BOUILLON, p. 54-59.

³⁸ ATF 134 II 235, consid. 4.3.5.

³⁹ SHK DSG-BAERISWYL, p.63.

⁴⁰ KUTSCHNER/BOUILLON, p. 84.

⁴¹ Cf. *supra* p.1, nbp 2 ; HAAS, p. 205.

⁴² Cf. *supra* p.5.

d'une discussion sur la publication d'une image le concernant, ni l'inciter à donner son "consentement" en le menaçant ou en le forçant par quelconque moyen⁴³.

2) L'exercice d'un droit par procuration

Pour combler cette incapacité de l'enfant à donner valablement son consentement, l'art. 304 al.1 CC rend le droit à l'image susceptible de représentation par les représentants légaux de l'enfant. Lorsqu'ils publient une photo de leurs enfants sur les réseaux sociaux, les parents n'exercent ainsi pas leur propre droit, mais bien celui de leurs enfants, par procuration⁴⁴. Les parents ont alors un droit de représentation étendu, mais uniquement si l'enfant n'est pas capable de discernement et qu'il n'y a pas de conflit d'intérêts. Or, d'après FANKHAUSER/FISCHER, ce dernier existe déjà lorsque le parent viole en même temps les droits de la personnalité et justifie cette violation dans le cadre d'un auto-contrat en tant que représentant de l'enfant⁴⁵.

Si cette procuration leur est accordée par la loi, c'est parce que le législateur considère que le bien de l'enfant est le centre des préoccupations de tout parent lors d'une décision concernant son enfant (art. 296 al.1 CC). On ne voit pas comment le bien à l'enfant pourrait être invoqué lors de l'exhibition du bébé dans son bain ou lors de ses premiers repas. Le plus souvent, il est plutôt question pour les parents de se mettre en avant sur les réseaux sociaux, d'asseoir leur rôle de père et mère aux yeux de leur "communauté" et de s'assurer de recevoir un retour sur leur maîtrise exceptionnelle de leur qualité de parent, que de promouvoir un potentiel bien à l'enfant qui résulterait de la publication de ces photos en ligne⁴⁶.

La question de savoir si les publications de photographies d'enfants sont licites car conformes à leur bien, n'a jamais été tranchée par le Tribunal, qui n'a pas non plus fixé, le cas échéant, de principes directeurs à ces publications.

Il convient cependant de souligner que la Cour des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte (CMPEA) du canton de Neuchâtel a eu l'occasion de se pencher sur cette problématique dans le cadre d'un litige entre deux parents détenteurs de l'autorité parentale, dont l'un reprochait à l'autre la publication de photos de leur enfant commun sur les réseaux sociaux. La Cour, bien que consciente de l'absence d'avis unanime sur la question, a estimé que les réseaux sociaux faisaient partie intégrante de la vie d'un grand nombre de personnes, qu'elle permettait de créer un lien autour de personnes séparées géographiquement et qu'elle pouvait contribuer au renforcement de leurs liens affectifs avec les parents⁴⁷. Elle a cependant contrasté son jugement en imposant à chaque examen de publication, le respect de l'intérêt de l'enfant et de la sensibilité de l'autre parent, l'inscription de la photographie dans un cadre déterminé, par exemple en restreignant la consultation à des membres de la parenté ou à de vrais amis présélectionnés⁴⁸. Au surplus, la doctrine soutient que l'enfant ne peut être représenté par ses parents contre sa volonté, et, dans la mesure où il est capable de discernement, c'est à lui que revient la faculté d'exercer son droit de manière autonome⁴⁹. Si tel n'était pas le cas, étant donné que le droit à

⁴³ BSK DSG-RAMPINI, LPD 13 N 6.

⁴⁴ HELLE, p.507.

⁴⁵ FANKHAUSER/FISCHER, p. 212.

⁴⁶ DOMENJOZ Jean-Claude, Droits de l'enfant à sa propre image : quelle protection de son identité numérique ? ; FANKHAUSER/FISCHER, p. 211.

⁴⁷ CMPEA.2016.4, consid. 5c.

⁴⁸ Tribunal cantonal NE, Cour des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte, du 29 mars 2016 *in* entscheidesuche.ch.

⁴⁹ FANKHAUSER/FISCHER, p. 212.

l'image est un droit strictement personnel donc non prescriptible, l'enfant pourrait tout à fait exercer ses droits à l'avenir, quand il sera considéré capable de discernement⁵⁰.

Si les parents passaient outre ce consentement, ils pourraient se voir actionner en justice par leurs propres enfants. Cela a notamment été le cas en France ou en Italie, où les parents ont été condamnés à payer une amende allant jusqu'à 45'000 euros et ont dû supprimer les publications litigieuses⁵¹.

VI. Mesures additionnelles de protection de l'enfant

Comme vu précédemment, l'enfant capable de discernement dont la volonté n'a pas été respectée, a le droit de faire valoir toutes les actions découlant des art. 28ss CC en justice concernant la protection de sa personnalité. A cet effet, il peut exceptionnellement mandater un avocat dans le cadre de droits strictement personnels au sens de l'art. 19c CC. (Art. 67 al. 3 CPC)⁵². Le Tribunal Fédéral admet cette capacité à partir de douze ans au regard du droit de l'enfant à changer son nom ; par analogie, cette limite s'appliquera à l'action pour la protection de ses données numériques⁵³.

Si aucune procédure judiciaire dans laquelle les intérêts de l'enfant sont pondérés n'est en cours, l'autorité de protection de l'enfant (APEA) peut soit donner des instructions aux parents, comme celle de ne pas représenter l'enfant dans les médias sociaux ou de gérer des profils pour l'enfant, soit obliger les parents à s'entretenir avec un conseiller familial, qui cherchera à intégrer les intérêts de l'enfant dans les décisions de la famille, ou encore, en *ultima ratio*, elle peut instituer une curatelle en cas de conflits d'intérêts.

VII. Conclusion

En somme, les parents ne sont pas en mesure d'informer correctement leurs enfants en raison de la complexité technique et du manque de connaissances en la matière, d'une part, et les enfants ne sont pas conscients des conséquences de leur consentement d'autre part : il serait donc préférable de se priver de publier des photos d'enfants sur les réseaux. Cependant, cette solution à première vue idéale, n'est pas envisageable à l'ère du numérique : car comme le soulignent HUSI-STÄMPFLI et JEDELHAUSER, la réalité à l'heure actuelle est que l'exposition de sa vie familiale et privée sur les réseaux sociaux est déjà largement ancrée dans les mœurs et esprits des internautes⁵⁴.

Il est alors d'autant plus important d'adopter une approche globale, dès lors que la protection de l'enfant dans une société numérisée est un thème transversal qui demande la collaboration de tous les acteurs concernés⁵⁵. Premièrement, les enfants doivent connaître les droits que l'ordre juridique suisse leur accorde, et doivent pouvoir se défendre de manière appropriée. L'État a une responsabilité particulière en tant que destinataire des droits fondamentaux : le caractère récent des problématiques liées à la protection de la personnalité des enfants mérite à juste titre, toute l'attention des autorités judiciaires et de protection de l'enfant. Ensuite, les parents doivent

⁵⁰ HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER, N 56-57.

⁵¹ LEISTNER, Sohn verklagt Mutter : 10'000 Euro für Fotos auf Facebook.

⁵² FANKHAUSER/FISCHER, p. 214.

⁵³ ATF 140 III 577, consid. 3.1.2.

⁵⁴ HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER, N 37.

⁵⁵ HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER, N 72-73.

avoir conscience qu'en publiant une image de leur enfant, ils ne font qu'exercer par procuration le droit à l'image de ce dernier ; et que celui-ci est mis en péril à partir du moment où une photo l'identifiant est publiée sur les réseaux. Il est donc primordial que l'éducation et la formation servent de pilier à la sensibilisation des personnes concernées.

Les *influencers* ont d'ailleurs un rôle à jouer dans cette sensibilisation en tant qu'ils représentent, de nos jours, des figures d'exemple pour les jeunes esprits : leur parole d'avertissement pourrait toucher davantage ce public cible, tel le cas de jumelles sur Tik Tok qui cherchaient à alerter les utilisateurs des dangers que représente ce réseau social, en supprimant leur compte suivi par de millions d'abonnés⁵⁶.

Les entreprises qui traitent des données personnelles se voient elles-aussi déférer par la Recommandation du Conseil des Ministres une responsabilité accrue vis-à-vis de la protection des enfants : elles sont sommées d'adopter des "codes de conduite", de réaliser des évaluations d'impact sur la protection des données et de mettre en œuvre les concepts de "*privacy by design*" et de "*privacy by default*"⁵⁷.

En outre, la Recommandation encourage une implication des fournisseurs privés dans les campagnes publiques, permettant ainsi de concilier profit économique et intérêt public à la protection des droits de l'enfant. S'il est possible d'exploiter des programmes tels que "Mon corps m'appartient"⁵⁸, pourquoi ne pas imaginer un programme tel que "Mes données m'appartiennent"⁵⁹ ou "Mon image m'appartient"⁶⁰ ? Enfin, si tout le monde n'aimait pas inconsidérablement ces images d'enfants et ne partageait pas des vidéos à la limite de la légalité, de telles images seraient également moins créées et diffusées.

Il est temps de considérer sérieusement ce droit à l'image de l'enfant et la protection qui en découle : les enfants sont l'avenir de notre société mais également les membres les plus faibles ; leurs données sont particulièrement sensibles et doivent imminemment faire l'objet d'une meilleure protection, au risque d'élever une génération d'enfants dont l'autodétermination défaille et l'empreinte numérique exulte, avant même les premiers pas de ces derniers.

⁵⁶ Mim, Lisa und Lena löschen ihren Tiktok account.

⁵⁷ Recommandation CM/Rec (2018)7, § 35, 53.

⁵⁸ SCHABERT, parcours "Mein Körper gehört mir !".

⁵⁹ Voir la campagne <https://deinkindauchnicht.org> dans le cadre de laquelle des adultes se font photographier dans des positions plus ou moins désavantageuses que publient régulièrement des parents de leurs enfants. Cette campagne cherche à éveiller la gêne que les enfants pourraient ressentir lorsque leur consentement n'est pas demandé au préalable.

⁶⁰ HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER, N 75.