

**Le Droit  
et l'Écoute Électronique  
en Droit Français**

par

**Robert BADINTER**

Professeur à l'Université d'Amiens

## LE DROIT ET L'ÉCOUTE ÉLECTRONIQUE EN DROIT FRANÇAIS

Robert BADINTER \*

*Professeur à l'Université d'Amiens*

1. Le moment paraît privilégié pour traiter du problème de l'écoute électronique en droit français. Et-ce parce que l'évolution des techniques d'espionnage — que celui-ci soit policier, commercial ou familial — n'a pas encore atteint le stade industriel comme en d'autres pays, notamment aux États-Unis ? Est-ce parce que la compétition industrielle, les conflits conjugaux ou l'investigation policière ne revêtent pas encore en France la même âpreté qu'ailleurs ? Ne serait-ce pas plutôt parce que la passion de la technique ou le goût du « gadget » ne sont pas encore dominants dans la société française ? Toujours en est-il que le législateur français est resté jusqu'à ce jour indifférent à la formidable menace que recèle pour la liberté individuelle le développement accéléré des techniques d'écoute électronique.

2. Ce n'est pas que les tribunaux français n'aient jamais été amenés à connaître la pratique de l'écoute électronique. Mais, outre que les décisions à ce sujet sont assez peu nombreuses, il est remarquable de constater que c'est toujours sur le plan de l'admissibilité de la preuve d'un acte ou d'un fait juridique par le moyen d'écoute clandestine que le débat était placé. La doctrine, à la suite de la jurisprudence, interrogeait volontiers la recevabilité et la portée de ce mode de preuve<sup>1</sup>. Mais le fait même de l'écoute clandestine, hors l'utilisation de ses résultats en justice, ne paraît pas avoir à ce jour retenu l'intérêt des juristes français<sup>2</sup>.

Mais voici que James Bond a remplacé dans la faveur du public Arsène Lupin. Ce qui paraissait anticipation ou imagination est apparu comme péril présent ou imminent. Au moment où le législateur se préoccupait de consacrer, dans la loi, les défenses que la jurisprudence avait su, avec persévérance et habileté, édifier autour de la vie privée<sup>3</sup>, le législateur mesurait que le secret de cette vie privée était dorénavant à la merci des techniques d'écoute. A défaut de pouvoir, tel Josué arrêtant le soleil, empêcher les progrès de cette technique où vont de pair la miniaturisation des instruments et l'extension de leur puissance, le législateur se devait d'en interdire ou d'en limiter l'usage.

Encore à cet égard se trouvait-il confronté avec un choix fondamental : ou bien c'était l'écoute clandestine, considérée indépendamment de son objet, que le législateur déclarait illégale. Ou bien, au lieu de s'en prendre au procédé lui-même en tant que tel, le législateur n'en proscrivait l'emploi que dans certains domaines qu'il entendait protéger. Le choix du législateur est à cet égard fondamental et révélateur. Car en mettant l'écoute clandestine hors la loi, quel que soit sa forme ou son objet, le législateur affirme du même coup que la protection de l'individu contre toute forme d'espionnage est un droit essentiel en notre société. En choisissant l'autre terme de l'alternative, la prohi-

1. Voir notamment Carel, *Les modes de preuve au XX<sup>e</sup> siècle*, Gaz. Pal. 1957. I. doc., p. 32 ; Mimin, *La preuve par magnétophone*, J.C.P. 1957. I. 1370 ; Blondet, *Les ruses et artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire*, J.C.P. 1958. I. 1419 ; Ivainier, *Le magnétophone, source ou preuve de rapports juridiques en droit privé*, Gaz. Pal., 1966. II. chr. 91 ; Savatier, note sous Cass., 18 mars 1955, . 1955. 573 ; Esmein, note sous Cass., 18 mars 1955, J.C.P. 1955. II. 8909.

2. Voir cependant Lyon-Caen, note sous Lyon, 21 déc. 1967, D. 1969, p. 27, et Ivainier, précité.

3. Voir Cabannes, *Le droit au respect de la vie privée : fondement et quantum de la responsabilité du journaliste indiscret*, conclusions sous Paris, 15 mai 1970, D. 1970, 466.

bition ou l'écoute en fonction de son objet, restrictivement limité, le législateur opte pour la légalité de l'écoute hors le champ interdit par la loi.

3. C'est à cette conception que s'est rallié, au moins pour l'instant, le législateur français. Par la loi du 17 juillet 1970, il a interdit sous toutes ses formes l'écoute clandestine en tant qu'elle porte volontairement atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui. Mais il ne proscriit pas pour autant l'espionnage du travail, l'espionnage industriel ou policier. Sans doute la jurisprudence a-t-elle refusé à l'employeur de se prévaloir de l'enregistrement à son insu des propos tenus par le salarié sur le lieu de son travail, condamnant ces méthodes « susceptibles de transformer l'existence des hommes en un espionnage clandestin permanent<sup>4</sup> ». Sans doute la Cour de cassation a jugé que l'interception d'une conversation par la police, sur commission rogatoire d'un juge d'instruction, violait les règles de la procédure pénale et les garanties essentielles des droits de la défense<sup>5</sup>. De même a-t-elle annulé un procès-verbal de police relatant des déclarations enregistrées tenues par téléphone par un inculpé à son insu et par provocation<sup>6</sup>. Mais les juges du fond ont à plusieurs reprises admis l'utilisation des procédés d'écoute clandestine, notamment par table d'écoute, dans le cadre d'informations judiciaires<sup>7</sup>. Si la doctrine demeure hésitante sur la légalité de ce mode de preuve dans la phase judiciaire du procès pénal<sup>8</sup>, elle incline en tout cas à l'accepter dans la phase policière de l'enquête<sup>9</sup>. Et le fait même de l'écoute téléphonique clandestine par la police administrative, agissant sous l'autorité du ministre de l'Intérieur, n'a d'ailleurs pas été dénié par le garde des sceaux lors du débat à l'Assemblée sur le projet de loi touchant les libertés individuelles.

4. Ce sont peut-être ces considérations d'efficacité policière qui ont fait qu'au moment de mieux assurer la protection des libertés individuelles, le législateur a estimé que l'écoute clandestine ne devait être interdite que pour protéger la vie privée des individus.

Il est vrai qu'à cet égard il faisait l'objet de puissantes incitations. Les impératifs de la conscience internationale s'étaient exprimés dans l'article 12 de la déclaration universelle des droits de l'homme : « Nul ne fera l'objet d'immixtion arbitraire dans sa vie privée, sa famille, son domicile... toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions... »

L'article 8, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (que la France, il est vrai, a signée mais n'a pas ratifiée) énonce également : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance... »

Plus récemment, la recommandation 509, adoptée par l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe le 31 janvier 1968, déclarait que « des techniques récemment développées, comme l'interception des communications téléphoniques, l'écoute clandestine..., représentent une menace pour les droits et liber-

4. Cour de Lyon, Première Chambre, 21 décembre 1967, D. 1969. 26, note Lyon-Caen, et Paris, 5 novembre 1966, D. 1967. 273 ; voir Ivainier, Gaz. Pal. 1966. II. doc. p. 91.

5. Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 18 mars 1955, J.C.P. 1955. II. 8909, note Esmein ; D. 1955. 573, note Savatier.

6. Cass. crim., 12 juin 1952, J.C.P. 1952. II. 7241, note Brouchet ; voir également dans le même sens à contrario Cass. Crim., 18 février 1958, *Bull. crim.*, n° 163, et Paris, 28 mars 1960, *Gaz. Pal.* 1960. 2.253.

7. Voir Toulouse, 7 novembre 1956, *Gaz. Pal.* 1956. II. 360 ; Trib. Seine, 15 février 1957, J.C.P. 1957. II. 10.069 ; Paris, 5 mars 1957, J.C.P. 57.II.10.069 ; Cour de Poitiers, 7 janvier 1960, J.C.P. 60.II.11.599, note Chambon ; Trib. Seine, 30 octobre 1964, D. 1965. 423.

8. Voir notamment : Blondet, *Les ruses et artifices de la police...*, J.C.P. 58.I.1419 ; Lambert, *Traité de police judiciaire*, 3<sup>e</sup> éd., p. 735 à 739 ; Mimin, *La preuve par magnétophone*, précité ; Doll, *De la légalité de l'interception des communications téléphoniques au cours d'une information judiciaire*, D. 1965. chr. 125.

9. Voir Chambon, note sous Poitiers, J.C.P. 60.II.11.599.

tés de l'individu et en particulier pour le droit au respect de la vie privée ». Et l'Assemblée invitait les Etats membres à assurer, par des dispositions législatives appropriées, une protection suffisante contre ces procédés qui menacent la vie privée.

Ces incitations et la conscience de la nécessité d'adapter la protection juridique à la vie privée contre les progrès techniques de l'espionnage privé ont amené le législateur à déposer un projet de loi qui est devenu la loi du 17 juillet 1970. Par ce texte, d'une part, le législateur consacrait le droit au respect de la vie privée et confortait les pouvoirs des juges civils aux fins d'en assurer protection. D'autre part, en présence des périls croissants que font peser sur la vie privée les techniques modernes et d'abord celles de l'écoute électronique clandestine, il édictait des sanctions pénales contre les auteurs d'atteinte à la vie privée par voie d'utilisation de ces procédés d'espionnage.

L'étude de la protection de la vie privée contre l'écoute électronique requiert donc, d'une part, la définition du droit au respect de la vie privée en droit français<sup>1</sup>, puis des mesures juridiques assurant la protection, contre l'écoute électronique, de l'atteinte à la vie privée<sup>2</sup>.

## I. — LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE EN DROIT FRANÇAIS

5. L'article 22 de la loi du 17 juillet 1970 insère dans le Code civil un article 9 dont le paragraphe 1<sup>er</sup> est ainsi conçu : « Chacun a droit au respect de sa vie privée. »

C'est de longue date que le droit français a reconnu l'existence de ce droit et s'est efforcé d'en assurer la protection. La jurisprudence en ce domaine remonte au jugement du 16 juin 1858<sup>10</sup> par lequel le Tribunal civil de la Seine avait estimé que la photographie de l'actrice Rachel, prise sur son lit de mort et reproduite sans le consentement de sa famille, portait atteinte à la vie privée. Le représentant du ministère public, l'avocat impérial Pinard, avait, à cette occasion, déclaré : « Quelque grand que soit un artiste, quelque historique que soit un grand homme, ils ont leur vie privée distincte de leur vie publique. »

En 1868, était votée une loi sur la presse dont l'article 11 punissait d'une amende toute publication dans un écrit périodique d'une indiscrétion relative à la vie privée.

Avec le développement de la presse à scandales, dont l'expansion est si remarquable dans tous les pays occidentaux dans les dernières décennies, cette jurisprudence, protectrice de la vie privée, a eu à maintes reprises l'occasion de s'affirmer.

6. A mesure qu'elle se développait, la nature juridique du droit au respect de la vie privée était d'ailleurs précisée plus complètement par la jurisprudence. Allant au-delà du droit à réparation du préjudice causé par l'atteinte à la vie privée, s'inscrivant dans le droit commun de la responsabilité civile, la jurisprudence a dégagé la notion d'un véritable droit de la personnalité au respect de sa vie privée<sup>11</sup>.

Par la définition du droit au respect de la vie privée comme droit de la personnalité, toute atteinte à celui-ci devient condamnable en tant que telle sans que la personne concernée ait à faire la preuve du préjudice spécial qu'elle aurait éprouvé. Une telle analyse de la nature du droit évite aux tribunaux de laisser le débat s'enliser sur le terrain toujours difficile à apprécier du carac-

10. D.P. 1858, 3. 62.

11. Voir Cour de Paris, 27 février 1967, Dalloz, 1967. 450 ; Paris, 24 novembre 1966 ; Trib. Seine, 18 mars 1966, Dalloz, 1966, 566, note Foulon-Piganiol.

tère plus ou moins désobligeant de telle ou telle allégation, qui n'est pris en considération que pour la détermination du montant de la réparation. En le définissant comme droit de la personnalité, la jurisprudence française accordait au respect de la vie privée les mêmes caractères qu'aux autres droits de la personnalité, tels le droit à l'image, à l'honneur, ou le droit moral de l'auteur<sup>12</sup>.

Le droit au respect de la vie privée apparaît ainsi général, absolu, extra-patrimonial<sup>13</sup>.

7. Si la nature juridique du droit apparaît ainsi clairement dégagée, le contenu de la vie privée demeure cependant difficile à définir.

Dans toutes les décisions où il est fait explicitement référence au droit au respect de la vie privée, les tribunaux s'étaient gardés de donner de la notion de la vie privée une définition par la suite astreignante. Seule, la Cour d'appel de Paris, par arrêt du 15 mai 1970, s'est efforcée de définir le droit au respect de la vie privée en reprenant la formule du professeur Stig Stromholm, de l'Université d'Upsala : « Le droit, pour une personne, d'être libre de mener sa propre existence comme elle l'entend avec le minimum d'ingérences extérieures. » Une telle définition paraît d'ailleurs mieux exprimer un principe d'éthique sociale que délimiter le contenu du droit lui-même.

La doctrine s'y est toujours pour sa part efforcée. Ainsi, monsieur l'avocat général Lindon conclut qu'il y a « un secteur de la vie privée qui doit être plus particulièrement protégé et qui comprend essentiellement, dans un rapprochement singulier, les intérêts des autres membres de la famille, l'image de l'intéressé, l'intimité de sa vie familiale et amoureuse, sa fortune personnelle<sup>14</sup> ». D'autres estiment que la vie privée doit être définie négativement comme ce qui n'est pas la vie publique de l'intéressé, celle-ci étant définie à son tour comme « la part de notre vie qui se déroule nécessairement en présence du public, notre participation publique à la vie de la cité<sup>15</sup> ». Seraient donc exclues de la vie privée toutes les activités professionnelles, les activités-loisirs et les activités civiques et politiques.

8. De ces définitions, il convient de rapprocher les décisions nombreuses qui ont condamné diverses atteintes à la vie privée permettant de mieux cerner par l'objet de ces atteintes le contenu de la notion.

Relèvent ainsi de la vie privée : les *amours*<sup>16</sup>, l'*amitié*, amoureuse ou non<sup>17</sup>, le *divorce* et le *mariage*<sup>18</sup>, la *maladie*<sup>19</sup>, la *religion*<sup>20</sup>, les *loisirs*<sup>21</sup>, les *souvenirs*<sup>22</sup>, le *domicile*<sup>23</sup>.

A lire ce catalogue, le contenu de la vie privée se révèle ainsi divers et étendu. Surtout l'analyse de la jurisprudence fait apparaître que ce contenu est relatif : il est fonction de l'évolution des mœurs ou des circonstances de la

12. Nerson, *Les droits extra-patrimoniaux*, thèse Lyon, 1939 ; Nerson, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1966, p. 66 et s. ; Lindon, *La presse et la vie privée*, J.C.P. 1965. I. 1887 ; Martin, *Le secret de la vie privée*, dans *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1959, p. 222.

13. Voir Robert Badinter, *Le droit au respect de la vie privée*, J.C.P. 1968. I. 2136.

14. Lindon, *La presse et la vie privée*, J.C.P. 1965. I. 1887.

15. Robert Badinter, *Le droit au respect de la vie privée*, précité.

16. Paris, 17 mars 1966, D. 1966. 749 ; Trib. Seine, 4 octobre 1965, J.C.P. 1966. II. 14.482, note Lyon-Caen.

17. Paris, 7 avril 1965, Gaz. Pal. 1966. I. 40.

18. Trib. Seine, 25 juin 1966, J.C.P. 1966. II. 14.875, note Lindon.

19. Paris, 13 mars 1965, J.C.P. 1966. II. 14.222, confirmé par Cass. civ., 12 juillet 1966, D. 1967. 183, note Mimin.

20. Trib. Seine, 18 mai 1966, *Bardot c. Société France Editions et Publications*.

21. Paris, 27 février 1967, D. 1967. 453, note Foulon-Piganiol.

22. Paris, 16 mars 1955, Gaz. Pal. 1955. I. 396.

23. Paris, 15 mai 1970, D. 1970. 466.

vie de l'individu. La vie privée du quidam est plus étendue que celle de l'homme politique ou de l'artiste qui joue un rôle en vue sur la scène sociale. Dans la vie de chacun, la sphère de la vie privée est plus ou moins étendue selon son rôle social.

9. Aussi relative s'affirme-t-elle, la vie privée de chacun comporte en tout état de cause un noyau irréductible, une zone d'intimité qui appelle une protection absolue. C'est cette intimité de la vie privée que le législateur a estimé particulièrement nécessaire de protéger contre les atteintes perfectionnées de la technique moderne. Il a estimé que le commérage, le ragot, l'insinuation malveillante étaient le plus souvent susceptibles de tomber sous le coup de la loi sur la diffamation. Mais devant la violation, par téléobjectif ou micro dissimulé, de l'intimité de la vie privée d'autrui, la loi pénale paraissait désarmée. C'est pourquoi la loi du 17 juillet 1970 est venue remédier à cette carence en ajoutant, aux dispositions de droit commun existant jusqu'alors, de la protection de la vie privée, des défenses assorties de sanctions pénales contre les atteintes à l'intimité de la vie privée qui se réaliseraient grâce à des procédés plus modernes et notamment par voie d'écoute électronique.

## II. — PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE CONTRE L'ECOUTE ELECTRONIQUE CLANDESTINE

10. Par l'article 22 de la loi du 17 juillet 1970, le législateur a d'abord consacré le pouvoir des juges civils de prendre toutes mesures utiles pour protéger la vie privée. Il a mis en particulier l'accent sur la possibilité pour le juge des référés de prendre de telles mesures en cas d'urgence.

Par ailleurs, le législateur a, en ce qui concerne l'atteinte par voie d'écoute électronique à l'intimité de la vie privée, modifié l'article 368 du Code pénal.

Dorénavant, de telles atteintes sont punies de peines d'emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 2 000 francs à 50 000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement. Il apparaît ainsi que, par un ensemble cohérent de dispositions d'ordre civil aussi bien que pénal, le législateur français a entendu assurer aussi bien la répression (A) que la prévention (B) des atteintes par voie d'écoute électronique à la vie privée.

### A. — Sur la répression.

11. Les tribunaux civils prononcent à l'endroit des auteurs d'atteinte à la vie privée, notamment sous forme de publication dans la presse, des condamnations pécuniaires qui ont la nature de dommages-intérêts. Ces dommages-intérêts doivent être déterminés selon l'étendue du préjudice causé à la victime. En fait, il apparaît bien souvent que la gravité de l'atteinte entre également en considération dans la détermination du montant des sommes mises à la charge de l'atteinte. Les dommages-intérêts prennent ainsi les caractères d'une véritable peine privée. Par ailleurs, les tribunaux ajoutent souvent aux dommages-intérêts la publication de la décision rendue aussi bien dans le journal condamné que dans d'autres quotidiens ou hebdomadaires, aux frais de l'auteur de l'atteinte. Dans la mesure où pareille publication est ordonnée dans d'autres journaux que celui qui a publié l'information incriminée, une telle mesure apparaît véritablement comme une peine privée<sup>24</sup>.

12. Ces diverses sanctions ne manqueraient pas d'être utilisées par les tribunaux civils dans le cas d'atteinte à la vie privée par voie d'écoute électronique clandestine. A ce jour, il ne semble pas que de tels faits aient été soumis aux tribunaux français. Tout au plus relèvera-t-on le cas très voisin de pho-

24. Voir conclusions de monsieur l'avocat général Cabannes, Paris, 15 mai 1970, *Dalloz*, 1970, p. 470.

tographies prises au téléobjectif de Brigitte Bardot dans l'intimité du jardin de sa maison de campagne qui a entraîné la condamnation de l'hebdomadaire fautif<sup>25</sup>. L'utilisation d'un tel procédé tomberait à présent sous le coup des dispositions pénales de la loi du 17 juillet 1970, modifiant l'article 368, 2°. Ce sont sensiblement les mêmes dispositions pénales qui viennent frapper l'utilisation clandestine d'écoute électronique dans un cas semblable.

13. L'article 368, paragraphe 1<sup>er</sup>, punit en effet des peines susindiquées « quiconque aura volontairement porté atteinte à l'intimité de la vie d'autrui :

- 1°) En écoutant, en enregistrant ou transmettant au moyen d'un appareil quelconque des paroles prononcées dans un lieu privé par une personne sans le consentement de celle-ci.

En outre, l'article 369 nouveau frappe des mêmes peines la conservation, la publication ou l'utilisation, publique ou non, de tous enregistrements ou documents obtenus par l'un des procédés visés à l'article 368.

En cas de publication, si le délit a été commis par voie de presse, les poursuites doivent être exercées contre l'auteur de l'atteinte et le directeur de la publication. Dans le cas d'émissions, elles doivent être exercées contre l'auteur, les personnes responsables de l'émission ou tout chef d'établissement, directeur ou gérant des entreprises ayant procédé à la diffusion, ainsi que leurs complices. En outre, l'infraction est réputée constituée dès lors que la publication est faite, reçue ou perçue en France (article 369).

Si la définition des faits et des personnes punissables s'avère ainsi extrêmement large, la répression pénale de l'écoute électronique et de sa divulgation est cependant limitée par une triple restriction : les poursuites ne pourront être exercées qu'à l'initiative de la victime (a). L'écoute devra avoir été réalisée à l'insu de la personne écoutée ou enregistrée (b). Les paroles écoutées devront avoir été proférées dans un lieu privé (c).

14. a) — L'article 372, paragraphe 2, du Code pénal, modifié par la loi nouvelle, réserve à la seule victime l'initiative des poursuites pénales en cas d'atteinte à la vie privée par voie d'écoute électronique clandestine. Il précise en effet que « l'action publique ne pourra être engagée que sur plainte de la victime, de son représentant légal ou de ses ayants droit ».

Le législateur a voulu par là mettre l'accent sur l'atteinte à la personne de la victime plus que sur l'atteinte à l'ordre public. Il reprend ainsi les dispositions existantes en matière de diffamation ou d'adultère où la victime est maîtresse des poursuites pénales, en ce sens qu'elle seule en a l'initiative et peut à tout moment y mettre fin par son désistement.

A cet égard, le texte du nouvel article 372 laisse subsister une incertitude : si le ministère public ne peut de son propre chef déclencher des poursuites contre l'auteur d'un délit d'atteinte à la vie privée, ne pourra-t-il du moins continuer les poursuites même si la victime se désiste de sa plainte ? En d'autres termes, la victime n'est-elle maîtresse que de l'initiative des poursuites, ou bien aussi de leur exercice ou de leur aboutissement ?

L'exemple des poursuites pour adultère ou diffamation inclinerait vers cette solution : si la victime est souveraine maîtresse de son honneur, pourquoi ne le serait-elle pas de sa vie privée ? Dans les deux cas, ne s'agit-il pas d'une atteinte à un droit de la personnalité, dont la disposition doit être laissée à la personne elle-même ? Mais la lettre du texte laisse difficilement place à une telle solution. Toute exception doit être interprétée restrictivement. Or, le texte

25. Paris, 27 février 1967, D. 1967. 453, note Jacques Foulon-Piganiol.

n'abandonne à la victime que le droit de déclencher l'action publique. Son exercice ultérieur ne relèvera, conformément au droit commun, que de l'appréciation souveraine des magistrats. Sans doute le désistement de la victime incitera les juges du fond à une plus grande modération. Mais ce désistement ne sera plus nécessairement absolu, ce qui, dans certaines affaires où les circonstances de fait peuvent se révéler odieuses — ainsi dans le cas où la victime serait un mineur célèbre dont le représentant légal accepterait, après coup, et moyennant finances, de retirer sa plainte — permettra de sanctionner, au-delà de l'atteinte à la personne, l'atteinte à la conscience collective que constitue l'exploitation bénéficiaire d'une détestable indiscretion.

15. Que l'issue de la poursuite pénale échappe ainsi à la volonté souveraine du plaignant se révèle d'autant plus nécessaire que celui-ci peut n'être pas la victime. Bien entendu, la loi reconnaît le pouvoir du représentant légal à agir au nom de la victime, mineur, ou incapable majeur. Mais elle accorde aussi le droit d'agir et de déclencher par sa plainte l'action publique à l'ayant droit de la victime.

Or, en matière de diffamation, le législateur a estimé que seuls peuvent agir les héritiers de la victime, et seulement à condition de prouver que, par l'effet de la diffamation commise contre le de cuius, eux-mêmes se trouvent atteints.

De même, en matière d'atteinte au droit moral de l'auteur, seuls les héritiers sont habilités à agir, et ce dans l'ordre normal de dévolution successorale.

La catégorie des ayants droit est plus large. Le légataire particulier serait-il autorisé à poursuivre celui qui a porté atteinte à la vie privée de son auteur, au même titre que l'héritier ab intestat ? La nature du droit à la vie privée, droit de la personnalité, donc attaché à la seule personne, commandait que son exercice post mortem soit limité au cercle restreint des héritiers ou, à défaut de ceux-ci, confié au légataire universel.

Le cercle des ayants droit s'avère trop large, s'agissant de l'exercice d'un droit extra-patrimonial, qui ne doit qu'exceptionnellement survivre à son titulaire. Le législateur à cet égard a fait preuve d'un laxisme mal venu qui contraste avec les dispositions restrictives qui limitent par ailleurs la répression.

16. b) — Que l'écoute doive revêtir un caractère clandestin pour être pénalement répréhensible est une évidence que le législateur se devait de rappeler. C'est l'espionnage de la vie privée que la loi condamne. Le consentement à ce que des propos tenus dans un lieu privé fassent l'objet d'une écoute publique ou d'un enregistrement leur retire le caractère de secret et d'intimité que la loi seule entend protéger. Si le principe n'est pas discutable, sa mise en œuvre demeure cependant malaisée aussi bien en ce qui concerne la preuve du consentement que l'étendue de celui-ci.

Le consentement à l'écoute ou à l'enregistrement étant un fait juridique, sa preuve pourra être faite par tous moyens. Mais pratiquement, se voir réclamer une autorisation écrite antérieurement à l'écoute ou à l'enregistrement pourra souvent apparaître à l'auteur des propos comme une précaution inutile ou vexatoire. La preuve par témoin est par ailleurs toujours complexe à susciter ou à administrer. Le législateur a donc, dans l'article 368 nouveau du Code pénal, formulé une présomption : lorsque les actes d'écoute ou d'enregistrement auront été accomplis au cours d'une réunion au su et au vu des participants, le consentement de ceux-ci sera présumé. Rien de plus logique. Dès lors que l'écoute cesse d'être clandestine, le consentement de celui dont on recueille les propos paraît bien acquis. Sans doute ne s'agit-il là que d'une présomption simple, susceptible de preuve contraire. Mais on voit mal comment la personne qui savait ses paroles écoutées au-delà du cercle des participants à la réunion ou enregistrées pourrait prouver qu'elle n'entendait point que ses propos fassent

l'objet de cette écoute ou de cet enregistrement. Le renversement du fardeau de la preuve, conséquence de toute présomption simple, paraît en fait assez insurmontable pour l'auteur.

Mais même si la preuve du consentement peut être établie, la portée de celui-ci peut être sujette à contestation. En effet, une chose est de consentir à l'écoute et à l'enregistrement, autre chose est de consentir à la divulgation de la publication de celui-ci. Dans la mesure où la loi distingue le fait de l'écoute ou de l'enregistrement d'autrui (article 368) et le fait de la divulgation ou de la publication de l'enregistrement ou du document ainsi obtenu (article 369), le consentement de l'intéressé, qui retire à l'une ou à l'autre catégorie d'agissements leur caractère délictueux, devra être spécifiquement rapporté. Le consentement à l'écoute et à l'enregistrement n'impliquant pas nécessairement le consentement à la diffusion, l'autorisation de divulguer devra être dans ce dernier cas établie à l'encontre de l'auteur des propos sans que la présomption ci-dessus analysée dans l'article 368 nouveau puisse être étendue. Il appartiendra donc à celui qui voudra diffuser un enregistrement, réalisé en réunion publique et au su et au vu de l'intéressé, de prouver le consentement à cette divulgation. Cette preuve pourra, bien entendu, être faite par tous moyens.

17. c) — Seuls, enfin, seront protégés par la loi pénale les propos tenus dans un lieu privé. C'est l'intimité de la vie privée que le législateur entend protéger. Et pour lui, cette intimité ne se conçoit que dans un tel lieu. Se trouvera donc exclue du champ de la répression l'écoute électronique clandestine dès lors que les propos seront tenus dans un lieu accessible au public : rue, jardin, stade, établissement de spectacles, restaurant, banques, etc. Peut-être cette conception est-elle trop restrictive. Il apparaît ainsi paradoxal de soutenir que des amoureux sur le banc public ne sont plus dans l'intimité de leur vie privée. Pourtant l'écoute électronique ou l'enregistrement de leurs tendres propos ne tomberait pas sous le coup de la loi de 1970. C'est en réalité par sa teneur plutôt que par son cadre que s'affirme la nature d'une conversation.

18. Le caractère privé du lieu où les paroles auront été surprises ne suffira d'ailleurs pas non plus à rendre dans tous les cas l'écoute clandestine pénalement répréhensible. Les locaux professionnels, les locaux industriels, les bureaux des entreprises ne sont pas ouverts au public. Ils constituent autant de lieux privés mais celui qui pratiquerait l'espionnage industriel, commercial ou professionnel en captant les propos tenus dans ce lieu ne serait pas à l'évidence, animé de la volonté de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui. Les dispositions répressives de la loi du 17 juillet 1970 leur seront donc inapplicables.

19. Pareille indifférence de principe à l'espionnage hors le champ de la vie privée, par voie d'écoute électronique ou autrement, paraît d'autant plus regrettable que l'illégalité de l'écoute clandestine emporte des conséquences importantes concernant le problème de l'admissibilité comme preuve judiciaire des enregistrements ou documents réalisés grâce à de telles écoutes<sup>26</sup>. L'illustration nous en est donnée à propos même de la protection de la vie privée contre l'écoute électronique clandestine.

20. Dans le droit des personnes, en effet, la jurisprudence avait jusqu'à présent admis, dans certains cas, la possibilité de se prévaloir d'un enregistrement au magnétophone comme mode de preuve, soit dans le cadre d'une instance en divorce<sup>27</sup>, soit pour subvenir aux besoins d'un enfant adultérin<sup>28</sup>.

26. Voir Mimin, *La preuve par magnétophone*, précité ; Blondet, *Les ruses et artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire*, J.C.P. 1958. 1. 1419 ; Ivainier, *Le magnétophone, source ou preuve de rapports juridiques en droit privé*, Gaz. Pal. 1966. 2. 91.

27. Trib. civ. Seine, 23 juin 1933, Gaz. Pal. 1933, 2. 353 ; Trib. civ. Seine, 10 février 1957, J.C.P. 1957. II. 10.069.

28. Dijon, 29 juin 1955, J.C.P. 1955. II. 8856.

Mais cette jurisprudence se révèle être incertaine quant à l'autorité de ce mode de preuve : tantôt il était considéré comme un commencement de preuve par écrit<sup>29</sup>, lorsque l'audition de l'enregistrement avait lieu en présence des parties ; tantôt il était accueilli comme une simple présomption ou un indice<sup>30</sup>. L'incertitude subsistait d'autre part quant à la portée de cette jurisprudence. Tantôt, en effet, l'enregistrement avait été réalisé au vu de la personne enregistrée, tantôt à son insu. Dans la mesure où le débat portait sur l'admissibilité de pareils enregistrements en tant que mode de preuve, et jamais sur la légalité de l'écoute en tant que telle comme atteinte à la personnalité d'autrui, le caractère clandestin ou non de l'écoute se révélait d'ailleurs sans portée juridique.

21. La loi du 17 juillet 1970 apporte à cet état du droit des modifications substantielles. Elle interdit toute atteinte à la vie privée faite par écoute électronique et enregistrement des paroles d'autrui sans consentement de la personne écoutée. Dès lors, toute écoute enregistrée en connaissance de cause de la personne écoutée est licite. Et par conséquent, l'enregistrement ainsi réalisé pourra être admis en preuve comme tout autre indice ou présomption simple dans la mesure où les admet le droit des personnes. Il en sera ainsi par exemple dans l'engagement précité du père de subvenir aux besoins de son enfant adultérin qui pourra notamment être prouvé par la déclaration de ce père enregistrée avec son plein accord, par magnétophone.

Par contre, la loi interdisant l'écoute électronique clandestine de la vie privée, en tant que telle, il devient impossible de se prévaloir d'un enregistrement réalisé à partir d'un procédé quelconque d'écoute clandestine dans le cadre de sa vie privée à l'encontre de l'auteur des propos. A la discussion sur le problème de l'admissibilité comme mode de preuve d'un enregistrement réalisé à partir d'une écoute électronique clandestine, s'ajoute la question préjudicielle de la légalité d'une telle écoute qui dans le cadre de la vie privée est dorénavant illicite.

Ainsi, le mari jaloux qui dissimulera au foyer un appareil d'écoute et d'enregistrement pour surprendre les conversations téléphoniques de sa femme afin de prouver son adultère commettra dorénavant un délit au même titre que le commettait celui qui interceptait la correspondance adressée à son épouse. De même, le père inquiet des fréquentations de sa fille vivant au foyer familial, qui écouterait clandestinement, grâce à un micro enregistreur caché dans la chambre de celle-ci, ses conversations, commettrait un délit. C'est seulement dans le cas où il s'agirait d'un enfant mineur que le devoir de surveillance inhérent à l'exercice de l'autorité parentale pourrait apparaître comme un fait justificatif exonérant ce père abusif ou trop vigilant de sa responsabilité pénale. De même, la jeune personne plus habile que sage, qui par de tels procédés entendrait se prémunir contre la légèreté d'un jeune homme aussi enclin à promettre le mariage qu'à s'y dérober, commettrait un délit. Sans doute, ce faisant, la jeune fille, lors de l'écoute et de l'enregistrement, n'entend point rendre publique l'intimité d'une vie privée qui était à cet instant aussi bien la sienne. Mais le texte de l'article 368 ne fait aucune distinction quant au mobile de l'écoute clandestine, qu'il soit honorable ou mercantile. C'est le fait lui-même de l'écoute qu'il interdit en tant qu'il porte atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui. Or, une promesse de mariage, faite dans le cours des propos amoureux et non pas publiée dans le carnet du jour, relève bien de l'intimité de la vie privée de son auteur. Vainement objectera-t-on encore que la bénéficiaire de cette promesse verbale doit pouvoir s'en ménager la preuve par tous moyens et que distinguer entre l'enregistrement d'une telle promesse et son aveu écrit

29. Dijon, 29 juin 1955, précité.

30. Seine, 16 février 1957, précité.

dans une lettre est vain et n'aboutit qu'à protéger la ruse contre la faiblesse<sup>31</sup>. Si le rapprochement entre l'enregistrement des paroles par l'interlocuteur et la production d'une lettre par le destinataire n'est pas sans fondement, il méconnaît cependant un élément essentiel en l'espèce : c'est que l'auteur de la lettre a choisi de l'écrire et de l'adresser, alors que dans le cas d'une écoute électronique clandestine, c'est à son insu que ces propos ont été captés et conservés. Or, c'est cette écoute dérobée que le législateur a voulu proscrire en soi ; car que resterait-il d'intimité à une vie privée toute hérissée de magnétophones, de mini-micros cachés dans les têtes de lit et de récepteurs téléphoniques ? L'écoute clandestine est illégale parce qu'elle est attentatoire à la personnalité de celui qu'elle surprend ou qu'elle traque. Dès ce moment, l'enregistrement qui fixe cette écoute clandestine est entaché d'illegalité et, dans ces conditions, ne saurait être admis comme preuve.

... Le moraliste d'ailleurs se consolera de ce que cette solution paraît emporter de risques d'iniquité. La jeune personne qui ne céderait à la séduction d'une promesse de mariage que sous la protection de micros enregistreurs préalablement dissimulés par elle n'est sans doute pas la naïve sentimentale que les rédacteurs de l'article 312 du Code civil ont voulu protéger contre sa faiblesse. Et la sauvegarde en notre temps du droit des personnes au respect de leur intimité, serait-ce à l'encontre de qui la partage, compense bien les défaites éventuelles d'une vertu tout entourée de défenses électroniques.

Si l'espionnage familial, conjugal, sentimental se trouve ainsi déclaré illégal et pénalement sanctionné, il demeure socialement préférable que, à la condamnation des agissements délictueux d'écoute clandestine, soit alliée la prévention de la réalisation de telle écoute. A cette mesure de prévention, le législateur, à la suite de la jurisprudence, a entendu pourvoir.

## B. — Sur la prévention.

22. Antérieurement à la loi du 17 juillet 1970, les tribunaux civils s'étaient efforcés d'empêcher ou de faire cesser toute atteinte à la vie privée en prescrivant à cette fin toute mesure utile.

Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 1966<sup>32</sup>, le pouvoir du juge des référés d'assurer en cas d'urgence, par tous moyens, et notamment par voie de saisie, la protection des droits de la personnalité était acquis dans notre droit.

Sans doute la jurisprudence de la Cour de Paris, par les arrêts Picasso<sup>33</sup> et Gunther Sachs<sup>34</sup>, paraît avoir réservé, au moins lorsque cette atteinte s'exprimait par voie de presse, le pouvoir du juge des référés d'ordonner la saisie au cas où cette atteinte s'avérait intolérable, soit par la nature des allégations, soit par la personnalité de la victime<sup>35</sup>.

Sous réserve de cette appréciation souveraine, par le magistrat, du caractère de gravité ou d'intolérabilité de l'atteinte, la compétence du juge des référés ne souffrait, à cet égard, aucun doute. La loi ne fait donc que consacrer l'état du droit existant. A examiner la jurisprudence, il ne semble pas que les juges aient eu à connaître d'atteintes à la vie privée par voie d'écoute électronique clandestine. Il n'en reste pas moins que dans le cas de publicité d'enre-

31. Voir Esmein, J.C.P. II. 8099 ; Mimin, *La preuve par magnétophone*, précité ; Carel, *Les modes de preuve au XX<sup>e</sup> siècle*, Gaz. Pal. 1957, doctrine, p. 32.

32. Cass civ., 12 juillet 1966, Dalloz, 1966, p. 181, note Mimin rejetant le pouvoir formé contre l'arrêt *Anne Philippe* du 13 mars 1965 ; Paris, 13 mars 1965, J.C.P. 65. II. 14.223.

33. Paris, 7 avril 1965, Gaz. Pal. 1966. I. 40.

34. Paris, 15 novembre 1966, D. 1967. 181.

35. Paris, Première Chambre, 6 juillet 1965, Gaz. Pal. 1966. I. 39.

gistrements ou de documents réalisés grâce à ces écoutes, hypothèse qui n'a rien de théorique au regard de l'acharnement de la presse à scandales, la saisie de la publication pourrait être ordonnée par le juge des référés, si la gravité de l'atteinte causée le requérait. De même l'interdiction d'une émission où serait annoncée la diffusion de l'enregistrement pourrait être prononcée par voie d'ordonnance de référé.

23. Aux pouvoirs de prévention du juge civil s'ajoutera l'effet préventif de certaines dispositions répressives de la loi nouvelle. Réprimer l'usage des moyens techniques modernes d'écoute et d'enregistrement électronique dans le champ clos de la vie privée est apparu en effet insuffisant au législateur. Il lui est apparu plus efficace de contrôler ou de limiter la mise en circulation. Aussi, par une disposition rappelant la protection de la santé publique contre des médicaments douteux ou dangereux, le législateur, par l'article 371 nouveau du Code pénal, a prévu que pourrait être dressée, par un règlement d'administration publique, une liste des appareils conçus pour réaliser notamment l'écoute, l'enregistrement ou la transmission des propos à l'insu de la personne écoutée. Les appareils figurant sur cette liste ne pourront être fabriqués, importés, offerts ou vendus qu'après autorisation ministérielle. Tout contrevenant à cette interdiction est passible des mêmes peines que l'auteur ou le complice de l'écoute ou de la divulgation interdite. Il suffira donc de surveiller de près l'évolution technologique des procédés d'écoute ou d'enregistrement clandestins pour proscrire, à mesure de leur apparition, les nouveaux moyens d'espionnage privé.

Sans doute n'est réputée délictueuse que la fabrication ou la mise en circulation en France des appareils d'écoute prohibés à l'exclusion de leur détention. Mais à l'encontre du détenteur de l'instrument qui tairait le nom de son fournisseur ou de celui qui ne justifierait pas de l'autorisation requise, la confiscation de l'appareil pourra être prononcée. Cette peine accessoire, ayant pour effet d'interdire tout usage ultérieur de l'appareil proscrié, complète ainsi très utilement l'arsenal des mesures de prévention.

24. Sans doute, ces mesures préventives s'avéreront les plus efficaces dans la lutte contre l'écoute électronique clandestine. Car il est convenable que l'exclus du prétoire. Mais l'écoute clandestine est un moyen trop commode de percer les secrets d'autrui, pour que le mari jaloux, le père inquiet, l'amant angoissé résiste aisément à la pire tentation : celle de savoir enfin la vérité redoutée.

C'est le démon faustien de la connaissance qui amènerait irrésistiblement trop d'êtres passionnés à attenter aux secrets dérobés des êtres les plus chers, si les instruments leur en étaient fournis.

Au surplus, l'écoute clandestine étant difficile à découvrir, plus difficile encore à prouver, sauf l'aveu de son auteur ou l'utilisation inconsidérée de ses résultats, rares seront les possibilités de poursuite. Et ce, d'autant plus que l'initiative en sera laissée au conjoint, à l'enfant, à l'amant espionné. Limiter la tentation en proscrivant la diffusion des moyens techniques de l'espionnage privé apparaît donc plus efficace que de s'en rapporter à la crainte du gendarme — ou plutôt de la victime.

Les mêmes considérants n'interviennent plus quand il s'agit de lutter contre l'exploitation commerciale de la vie privée d'autrui. Les progrès techniques de l'écoute électronique clandestine plus encore que des téléobjectifs ouvrent aux chasseurs de scandales des voies nouvelles, et combien redoutables. Il est facile en effet de dissimuler un micro minuscule dans l'appartement de la star, ou du riche armateur ; et d'enregistrer à distance les propos les plus secrets — donc les plus excitants, pour les lecteurs, pour ne pas dire les voyeurs, de la presse à scandales. Compte tenu des bénéfices réalisés, l'acquisition clandestine, même à coût élevé, des instruments de cet espionnage, ne constituera

qu'une bien faible charge d'exploitation. Quant à savoir où s'en procurer, la difficulté, qui s'avérera le plus souvent insurmontable pour le quidam, sera pour de telles entreprises inexistante.

Contre l'utilisation de l'écoute électronique par les industriels du ragot, seules se révéleront donc efficaces les mesures préventives déjà utilisées par les juges civils. Et en premier lieu, la saisie ordonnée des enregistrements et des documents réalisés, avant leur publication ou leur diffusion. Les sanctions pénales pourront ensuite frapper les coupables d'espionnage privé. Mais à mesurer la prospérité sans cesse accrue de l'industrie du scandale, et son inaltérable indifférence aux sanctions pécuniaires prononcées qu'exprime la continuité de ses agissements, comment ne pas être sceptique sur les chances que possède un texte, au demeurant bien venu, de modifier l'essentiel : un certain état des mœurs de notre société.

---