

# LES ENREGISTREMENTS CLANDESTINS

L'actualité commande d'y voir clair en droit pénal. Si la poursuite et la réparation subséquente pour atteinte à la vie privée peuvent découler également de l'article 9 du code civil, seule la réponse répressive face à l'adoption d'un tel comportement sera développée. Réponse répressive qui sera examinée uniquement au titre d'une action au fond devant les juridictions pénales et ce, indépendamment du recours à une procédure d'urgence visant à faire cesser une telle indifférence aux valeurs sociales protégées.

Les enregistrements faits à l'insu d'une personne peuvent revêtir, selon les circonstances, diverses qualifications pénales.

La situation pénale de la personne diffère selon que cette dernière :

- enregistre les paroles d'une autre sans son consentement
- conserve, divulgue les enregistrements effectués.

## LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'AUTEUR DE L'ENREGISTREMENT

En effet, selon l'article 226-1 du code pénal, « est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende le fait au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :

- 1) en captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ;
- 2) en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé... ».

Les enregistrements visant seulement les paroles d'une personne, la fixation de l'image de celle-ci à son insu ne sera pas envisagée. L'élément matériel de cette infraction est relatif soit à la captation de paroles, soit à l'enregistrement à l'insu d'une personne des paroles de cette dernière, et ce quelque soit le procédé employé. Dans ce cadre, la jurisprudence a reconnu que le procédé pouvait être notamment un magnétophone (*Cass crim 8 décembre 1983*

*Juris data n° 1983-702774*). La jurisprudence est indifférente aux résultats de l'enregistrement et sanctionne même un enregistrement dans lequel les propos seraient incompréhensibles (*Cass crim 19 mai 1981 Bull crim n° 161*). En outre, il importe peu que les paroles aient été prononcées dans un lieu privé ou public, seule compte la démonstration que les paroles aient été adressées à titre privé ou confidentiel. Enfin, et cet élément constitue la pierre angulaire de cette incrimination, l'auteur des paroles ne doit pas avoir donné son consentement pour la captation, l'enregistrement ou la transmission de ses paroles.

Dans ce cadre, et afin de faciliter la preuve de l'absence de connaissance de l'auteur des paroles de l'enregistrement, le législateur a prévu une présomption d'accord lorsque « les actes mentionnés (...) ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés alors qu'ils étaient en mesure de le faire ». Il en découle que cette présomption n'a pas lieu d'être lorsque l'auteur des paroles n'est pas en mesure de se rendre compte que son interlocuteur enregistre leur conversation notamment à l'aide d'un magnétophone ou d'un dictaphone. Concernant l'élément moral de cette infraction, il est constitué classiquement par la preuve d'un dol général, c'est-à-dire par la conscience de l'auteur des faits de commettre un acte illicite. Toutefois, et au regard de la spécificité de cette infraction, le législateur a entendu renforcer la démonstration de l'intention de l'auteur des faits en exigeant la preuve d'un dol spécial : « le fait (...) de volontairement porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui ». A ce titre, l'atteinte à la vie privée est caractérisée même si les propos sont professionnels dès lors que « les branchements clandestins ont, par leur conception, leur objet et leur durée, nécessairement conduit leur auteur à pénétrer dans la vie privée des personnes écoutées » (*Cass crim 7 octobre 1997 JurisData n° 1997-004434*). Enfin, il n'est pas nécessaire que ces enregistrements aient causé un préjudice pour que

l'infraction soit constituée. L'auteur de ces enregistrements encourt un an d'emprisonnement et 45 000 € d'amende. En outre et conformément à l'article 226-31 du code pénal, les personnes physiques coupables de cette infraction encourrent également des peines complémentaires telles que « l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, l'interdiction d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit... ». Les poursuites ne peuvent être exercées que sur plainte de la victime au procureur de la République. Il est à noter que lorsque l'auteur des faits conserve un enregistrement de paroles au sens de l'article 226-1, il commet un délit continu au titre duquel la prescription de l'action publique ne commence à courir que lorsqu'il a cessé (*CA Aix-en-Provence 25 novembre 2002 Juris Data n° 2002-204085*).

## LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'AUTEUR DE LA DIVULGATION DES PAROLES

Dans la continuité de l'incrimination précédente, l'article 226-2 du code pénal prévoit que, « est puni des mêmes peines le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1. Lorsque le délit prévu par l'alinéa précédent est commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables. »

Cette infraction, dite de conséquence, nécessite tout d'abord la démonstration d'une condition préalable : la réalisation d'un des actes punis à l'article 226-1, à savoir, notamment, un enregistrement clandestin de paroles portant atteintes à

l'intimité de la personne. Ensuite, le comportement incriminé est celui tendant soit à la conservation d'un enregistrement de paroles, soit à la divulgation de celui-ci en le portant à la connaissance du public et ce, par quelque moyen que ce soit. En outre, compte tenu des répercussions notamment d'une telle révélation, la preuve d'un dol spécial n'est pas exigée, seule suffit la démonstration de la conscience de la réalisation d'un acte illicite. Enfin, lorsque le délit est commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, ce sont les dispositions de la loi du 29 juillet 1881 qui ont vocation à s'appliquer.

Ainsi, et de manière classique, la responsabilité pénale s'effectue en cascade (article 42 de ladite loi) où le responsable principal est tout d'abord le directeur de publication du journal : « Seront passibles, comme auteurs principaux des peines qui constituent la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse, dans l'ordre ci-après, savoir :

- 1) Les directeurs de publications ou éditeurs, quelles que soient leurs professions ou leurs dénominations, et, dans les cas prévus au deuxième alinéa de l'article 6, des codirecteurs de la publication ;
- 2) A leur défaut, les auteurs ;
- 3) A défaut des auteurs, les imprimeurs ;
- 4) A défaut des imprimeurs, les vendeurs, les distributeurs et afficheurs... »

Lorsque l'infraction est commise par un moyen de communication par voie électronique, le directeur de la publication n'engagera sa responsabilité que « lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public » (article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982). Enfin, si le directeur de la publication est mis en cause, les auteurs des divulgations pourront être poursuivis pour complicité quelque soit le mode de communication utilisé (article 43 de la loi du 29 juillet 1881 et 93-3 de la loi du 29 juillet 1982).

■ Yves Bismuth,  
avocat au barreau de Lyon