



**SAISINE N° 10** : *Quel regard éthique peut-on porter sur la situation de l'enregistrement, par un patient, de son entretien avec un médecin, et ce à l'insu du médecin.*

Avis rendu le 21 MARS 2016

## SOMMAIRE

POUR INTRODUIRE LE QUESTIONNEMENT	p. 2
QUE DIT LA LOI ?	p. 2
...ET LE REGLEMENT INTERIEUR DE L'ETABLISSEMENT ?	p. 4
LE STATUT DE L'ENTRETIEN : UN ESPACE SECURISE ?	p. 4
LA SITUATION VUE DU COTE DU PATIENT	p. 5
QU'EN EST-IL DU COTE DU SOIGNANT ?	p. 5
- La question de la confiance et de la confidentialité	p. 6
- Quel est le sens de l'enregistrement d'un entretien médical par le patient ?	p. 7
- Enregistrer, filmer,...pour dénoncer ?	p. 7
PROPOSITIONS DE PISTES D'ACTION	p. 8
POUR TENTER DE CONCLURE	p. 8
BIBLIOGRAPHIE	p. 9
ANNEXE : Ce que dit le droit	p.10

## POUR INTRODUIRE LE QUESTIONNEMENT

Notre époque connaît un développement exponentiel des nouveaux moyens techniques personnels de communication, et notamment des téléphones portables. Désormais à la portée de tous, et d'une utilisation aisée, ils représentent des outils de plus en plus adaptés et destinés à saisir le « réel » d'une situation, de par leurs capacités d'enregistrement. Cette facilité d'usage tend à favoriser des comportements qui questionnent les soignants sur le plan éthique, en tant qu'un enregistrement risque d'être effectué à l'insu d'un ou de plusieurs protagonistes d'une situation de soin, notamment lors du huis clos d'un entretien médical.

La question de « la situation » est justement primordiale. De quelle situation est-t-il question dans le cas qui nous occupe aujourd'hui ? Il s'agit d'un entretien à visée psychothérapeutique entre un patient et un médecin psychiatre assisté d'une infirmière, et ce dans un bureau médical d'un établissement hospitalier. Le patient y effectue, à l'insu des deux soignants, un enregistrement vocal de l'entretien.

Si une telle situation ne manque pas de convoquer dans un premier temps, de la part des professionnels, une importante réactivité notamment émotionnelle, elle nous invite dans un second temps à questionner la pratique de l'enregistrement vocal dans un lieu public, l'hôpital, la notion de confidentialité, la dimension de confiance partagée, la notion de respect de la parole de l'autre en situation, la notion d'alliance thérapeutique, la notion de protection du patient, ainsi que bien d'autres points que nous tenterons de développer au fil de ce texte.

## QUE DIT LA LOI ?

**L'article 9 du Code civil** dispose : « Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée: ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ». Pour aller plus loin en matière de droit concernant l'article 9 du Code Civil, nous vous renvoyons à l'annexe du présent avis.

**L'article 226-1 du Code pénal** dispose : « st 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 :

1o En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel; — V. Arr. du 29 juill. 2004 ss. art. R. 226-1.

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

Lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé ».

En premier lieu, la jurisprudence nous indique qu'un établissement hospitalier est un lieu public. La chambre du patient, quant à elle, est considérée comme un lieu privé. (Pour aller plus loin en matière de droit concernant ce point, nous vous renvoyons à l'annexe du présent avis.)

Concernant la pratique de l'enregistrement, l'article 226-1 du Code Pénal fait apparaître qu'il n'est pas interdit de pratiquer l'enregistrement d'un entretien. Le délit concerne l'atteinte à l'intimité de la vie privée de la personne, à son intimité. Un enregistrement n'est donc pas interdit par le droit si les paroles ne sont pas prononcées à titre confidentiel ou privé.

Un doute subsiste quant à la nécessité que les paroles enregistrées concernent la vie privée ou personnelle de la victime (Il y a divergence de jurisprudences. Pour aller plus loin en matière de droit concernant l'article 226-1 du Code Pénal, nous vous renvoyons à l'annexe du présent avis).

Dans un sens positif : l'enregistrement de paroles dans l'exercice de la vie professionnelle des personnes à la condition que la captation de paroles n'aboutisse pas indirectement à une interférence avec la vie personnelle, ne constitue pas le délit. Ainsi si un chef d'entreprise capte clandestinement des conversations de ses salariés au cours de leur travail, ce fait peut tomber sous le coup de l'article 226-1 dès lors que ces salariés ont pu échanger des propos touchant directement à leur vie personnelle.

Pour autant, un entretien médical est en principe confidentiel et l'enregistrement est interdit. Son enregistrement par un téléphone peut constituer le délit de l'article 226-1 du Code pénal sans consentement de la victime et la volonté de la part de l'auteur de porter atteinte à l'intimité de la vie privée.

Quant à la notion de secret professionnel, elle ne s'applique qu'au seul bénéficiaire du patient et c'est le médecin qui y est soumis (articles 226-13 et 226-14 du Code Pénal, articles 4 et 72 du Code de Déontologie Médicale, et article L 1110-4 du Code de la Santé Publique (issu de la Loi Kouchner, qui le pose comme un droit fondamental de la personne malade).

Dans une décision du 24 septembre 2014 n°11888 de la chambre disciplinaire nationale, confirmée par le Conseil d'Etat (CE, 17/06/2015, n°385924), il a été jugé que le secret médical s'étend à toute information de caractère personnel confiée par un patient ou vue, entendue ou comprise par le praticien dans le cadre de son exercice.

Notons qu'un enregistrement vocal est un document recevable en cas de procédure devant le juge pénal. Au contraire, il appartient au juge civil de ne pas admettre en principe la preuve obtenue de façon illicite.

Notons enfin que le droit de filmer en lieu public n'interdit pas le « droit à l'image ». Actuellement, il apparaît que l'image est une dimension plus protégée par la législation que le son, la verbalisation.

## ...ET LE REGLEMENT INTERIEUR DE L'ETABLISSEMENT ?

Au niveau du règlement intérieur du Centre Psychothérapique de Nancy, il ne figure actuellement pas d'indication sur la question des enregistrements de la parole d'autrui. Est-ce possible de porter au règlement intérieur l'interdiction d'enregistrer un entretien thérapeutique à l'insu du soignant ? Plus qu'un nouvel article dans le règlement intérieur, un article dans la *Chartre du soigné* pourrait être envisagé, dans le but de privilégier la perspective d'un engagement du patient plutôt qu'une injonction à coloration « sécuritaire ».

*A contrario*, notons que la notification, dans le règlement intérieur ou dans la charte de l'utilisateur, d'une réglementation des pratiques d'enregistrement au sein de l'établissement, serait susceptible de donner l'idée de cette pratique à des personnes qui ne l'avaient pas eue...

## LE STATUT DE L'ENTRETIEN : UN ESPACE SECURISE ?

**Un entretien, pour être thérapeutique, nécessite d'être un espace sécurisé, tant pour le soigné que pour le soignant.**

Qu'en est-il ici de l'intérêt du patient ? Qu'en est-il de la façon dont il est susceptible d'utiliser un enregistrement le concernant ? Par exemple, un patient, vulnérable ou en état de vulnérabilité par définition, pourrait dans un moment impulsif publier sur Facebook ou autres réseaux sociaux un enregistrement de son séjour en hôpital psychiatrique...et le regretter par la suite...

Il apparaît alors de la responsabilité de l'équipe soignante d'interroger le sens de cette pratique de l'enregistrement avec le patient, ce en quoi le patient imagine que cet enregistrement peut lui être utile, sa destination, son devenir éventuel, ce en quoi les conséquences de cet enregistrement pourraient par la suite lui échapper.

Enfin, citons le cas particulier que représente l'entretien en thérapie familiale systémique, qui répond à une organisation spécifique, caractérisée entre autres choses par l'enregistrement visuel et sonore de la séance. Dans ce cadre, toutes les personnes y participant, à savoir le patient, sa famille ainsi que les thérapeutes, ont connaissance de ces modalités d'enregistrement qui constituent avant tout un outil thérapeutique permettant une méta connaissance de la façon dont se sont organisés les échanges et les interactions lors de la séance. Ces enregistrements restent en possession et sous responsabilité de l'équipe soignante, avec accord explicite de la famille concernée.

## LA SITUATION VUE DU COTE DU PATIENT

Législativement parlant, il semblerait que le contenu de l'entretien appartienne d'abord au patient. Contrairement au soignant – soumis à sa déontologie, à la confidentialité et au secret professionnel – le patient n'est pas tenu à une quelconque réserve concernant le contenu de son entretien thérapeutique.

Se pose la question du sens de l'enregistrement d'un entretien par le patient. Le patient chercherait-il à mieux s'approprier le discours du médecin ? Et ce par crainte d'un manque de compréhension ou de troubles mnésiques ? L'enregistrement constituerait alors pour le patient un document précieux auquel se référer aussi souvent qu'il en éprouverait le besoin ou le désir. Il nous est effectivement apparu que, pour certains patients se vivant en incapacité partielle ou momentanée de mémoriser l'intégralité d'un entretien médical, un enregistrement vocal pouvait représenter la possibilité technique de s'approprier le dit entretien dans son intégralité afin de potentialiser son effet thérapeutique par la répétition de son audition par le patient.

Un patient pourrait être susceptible d'enregistrer un entretien sans malice. Il s'avère donc nécessaire d'entendre sa parole dans une telle situation, d'analyser avec lui la situation ainsi que les différents points de vue des protagonistes, et ce éventuellement à visée de mettre en place d'autres modalités, plus adaptées et consensuelles, d'appropriation des éléments de l'entretien thérapeutique par le patient.

Mais, même dans l'éventualité d'un accord préalable patient-soignant, est-on toujours dans un cadre thérapeutique lorsque l'entretien fait l'objet d'un enregistrement, même consensuel ? Patient comme soignant, se sachant enregistrés, sont susceptibles de jouer un rôle, d'adopter des positionnements particuliers variant par exemple de l'inhibition à l'exhibition, de développer des stratégies conscientes, des biais cognitifs inconscients, de l'ordre de la désirabilité sociale par exemple, autant de combinaisons qui ne manqueront pas de colorer les échanges, répondant alors à des enjeux qui pourraient s'avérer éloignés de la dimension thérapeutique.

## QU'EN EST-IL DU COTE DU SOIGNANT ?

Que craint le soignant du fait de l'enregistrement de l'entretien ?

Dans un entretien thérapeutique, le soignant œuvre en tant que professionnel d'une part, mais en tant qu'être humain d'autre part. Il donne donc de sa personne, s'implique aussi personnellement dans la relation, dans l'alliance thérapeutique, peut parfois évoquer un point de son vécu émotionnel afin de signifier au patient que le vécu de celui-ci est partageable, humain, versus idiosyncrasique. Le soignant a un vécu singulier de la rencontre avec le patient. Jusque où peut-on normer cette rencontre ? Et peut-on la normer ?

Dans le cas d'un enregistrement fait à l'insu du soignant, il ressort pour celui-ci l'éprouvé d'un sentiment de trahison, une notion de préjudice, voire de malveillance, la crainte d'une

remise en cause ou d'un jugement de sa pratique. Le terme de « viol » a été évoqué lors des débats suscités par cette saisine et qui ont précédé la rédaction du présent avis.

Se pose donc la question du fantasme du soignant, concernant ce que le patient a fait, fait ou pourrait faire d'un enregistrement de l'entretien thérapeutique. L'enregistrement serait dans ce cas perçu comme un outil. Et nous serions alors ici dans la dimension de l'imaginaire.

Il serait nécessaire, par la possibilité d'une réunion de l'équipe par exemple, de comprendre pour quelles raisons les soignants se sentent en difficulté, voire en insécurité, dans la situation présente.

Quelles sont les possibilités d'action du soignant envers le contenu de l'enregistrement effectué à son insu ? Quelle est sa possibilité pour le soignant d'effacer cet enregistrement ? Ce qui revient à poser : A qui appartient cet enregistrement ? Son contenu est-il propriété partagées des deux parties (enregistreur et enregistré) ou propriété de l'enregistreur seul ? Ce contenu est-il propriété privée ? Comme nous l'avons vu ci-dessus (cf. : La situation vue du côté du patient), législativement parlant, il semblerait que le contenu de l'entretien appartienne d'abord au patient...

Enfin, dans l'éventualité où un patient demande à enregistrer l'entretien, le soignant peut-il refuser ? Selon quelles modalités ? Il serait alors nécessaire au soignant « tricoter » avec le patient la portée clinique de cet acte, et son sens dans la relation thérapeutique.

#### La question de la confiance et de la confidentialité :

Il existe une différence entre la notion de public et de publicité, l'entretien serait de l'ordre d'un espace confidentiel public. Si le discours du patient est confidentiel, à l'inverse du discours du soignant, il n'en reste pas moins que la notion de confiance est fondamentale dans la relation soignant/soigné. Qu'en est-il de cette confiance lorsqu'une des deux personnes est supposée par l'autre être dans un climat de suspicion ? Notons que dans ce cas les deux personnes seraient dans un climat de suspicion l'une envers l'autre... dans un climat à coloration paranoïde ? Du point de vue de la confiance également, les multiples dimensions de la relation thérapeutique mériteraient ici d'être interrogées.

Il paraît fort probable, comme nous l'avons évoqué, que le discours du professionnel sera différent selon qu'il sera en entretien privé ou potentiellement public, comme dans le cas d'un enregistrement de l'entretien. Si donc la connaissance par le professionnel qu'il est enregistré est susceptible de changer son discours, c'est également la relation avec le soigné, donc la relation thérapeutique, la notion d'alliance thérapeutique, qui s'en trouveront modifiées. Dans le cas où un patient prévient qu'il va enregistrer l'entretien, le professionnel peut donc poser qu'il n'aura pas le même discours avec enregistrement que sans enregistrement. La relation ne manquera donc pas d'en être affectée, au risque de devenir formelle, artificielle, bien éloignée du colloque singulier qui donne toute sa richesse à l'entretien thérapeutique. Le soignant doit être dans une situation de confort pour assurer la prise en charge du patient dans les meilleures conditions, d'où la nécessité de poser le cadre de l'entretien et la pertinence de construire un « contrat moral » avec le patient afin de poser ce cadre de confiance.

De même, nous avons spécifié ci-dessus qu'un enregistrement vocal est un document recevable en cas de procédure juridique et qu'il appartient au juge d'entériner ou non ce document. Mais dès lors, il semble que nous ne soyons plus véritablement dans un cadre thérapeutique...

Notons enfin qu'il existe néanmoins des exceptions à la notion de confidentialité, il est nécessaire de les spécifier au patient en début de PEC (ex : abus, maltraitances,...).

### Quel est le sens de l'enregistrement d'un entretien médical par le patient ?

Si comme nous l'avons évoqué, l'enregistrement vocal et visuel est un outil systémique, contractuel, parlé, qui fait l'objet d'une reprise, d'un travail prenant sens dans le cadre thérapeutique, il n'en va pas de même concernant des entretiens thérapeutiques individuels. En effet, un regard rétrospectif sur ce qui a été dit dans l'espace spécifique du moment spécifique d'un entretien spécifique n'est pas forcément souhaitable. Le temps de l'entretien est tout à fait particulier, avec des associations d'idées, des erreurs, des tâtonnements, des élaborations d'hypothèses,..., l'oralité permettant ici de travailler notamment sur le ressenti du patient... et du soignant dans l'ici et maintenant. Un enregistrement vocal quant à lui enferme dans le factuel. **Ce dont on se sert dans la relation thérapeutique c'est ce que le patient a retenu de l'entretien et non le réel de ce qui a été dit par les parties en présence.** (Dans la même idée, l'écrit dans les dossiers officiels est beaucoup moins informatif que l'écrit dans les dossiers personnels du soignant). Enfin, l'enregistrement vocal d'un entretien ne permet pas d'en restituer les finesses et notamment les pondérations de la verbalisation apportées par la subtilité et la richesse de la communication non-verbale que constituent les mimiques faciales, la gestuelle, le positionnement corporel,....

Il est donc pertinent dans un entretien de distinguer le fond et la forme, de garder une vigilance sur la forme tout en préservant le fond.

### Enregistrer, filmer,...pour dénoncer ?

Un enregistrement peut témoigner de maltraitances ou de non bienveillance de la part du soignant, ce qui peut participer à une amélioration bénéfique de certaines pratiques de prise en charge. Ainsi, l'émission TV « Les infiltrés » rendit publiques des images prises à l'insu de professionnels et témoignant de pratiques maltraitantes dans certaines maisons de retraite, ce qui contribua à entraîner une prise de conscience collective et institutionnelle qui préfigura la mise en place de mesures.

## PROPOSITIONS DE PISTES D'ACTION...

- La nécessité de sécuriser une pratique émergente, du fait des possibilités d'enregistrement dues aux performances techniques des nouveaux médias.
- L'amendement du Règlement intérieur et de la Charte de l'utilisateur, spécifiant l'usage des appareils d'enregistrement au sein de l'hôpital.
- La possibilité de reprise en équipe de ce type d'incident, de façon apaisée. Ce qui permettrait, dans un premier temps, l'élaboration des éprouvés émotionnels des membres concernés de l'équipe. Puis l'élaboration autour de cette situation particulière mais qui est susceptible de se reproduire au regard de l'augmentation de l'usage des nouveaux médias au sein des services hospitaliers.
- La perspective que cette situation soit reprise et analysée avec le patient, dans une recherche du sens de cet acte de la part du patient envers les professionnels et ce à visée thérapeutique, permettant un travail autour de la notion de confiance dans le relationnel à l'autre par exemple.
- L'évocation, avec le patient, de la question de l'usage des médias sociaux... et du devenir de leurs contenus.
- La possibilité que ce type d'incident permette de travailler en thérapie avec le patient la notion d'intimité, d'espace personnel, de limites, de notion de soi et de l'autre, la notion d'interaction et ses modalités.
- La nécessité d'un accord, d'un « contrat », entre soignant et soigné, avant un éventuel enregistrement d'entretien, afin que soit respectée la confiance réciproque indispensable à la relation. Le dit enregistrement serait alors une « propriété partagée » dont il conviendrait de décider, avant l'entretien, du statut et de la destination.
- La nécessité de faire régulièrement le point avec le service qualité de l'institution, relativement à la pratique d'enregistrements au sein de l'établissement, compte tenu des rapides améliorations techniques et de leur facilité d'utilisation par les particuliers.

## POUR TENTER DE CONCLURE ...

Plus que l'enregistrement en tant que tel, c'est essentiellement la notion d'insu qui semble avoir posé problème dans la situation qui nous occupe ici, l'insu du soignant par rapport à un acte le concernant et qui semble remettre en cause la dimension de confiance sur laquelle s'étaye l'alliance thérapeutique ainsi que la qualité de l'investissement qu'elle induit, tant de la part du professionnel que du patient.

Au-delà de cette situation particulière, se pose la question dans notre société en mutation, de la sphère de l'intime, de l'ouverture au regard public, et cela également au sein de nos institutions hospitalières. Il nous appartient donc en tant que soignants, d'en tenir compte, d'y rester vigilants et d'y sensibiliser les personnes vulnérables dont nous assurons la prise en charge afin de contribuer à ce que les diverses modalités de cette prise en charge d'un moment particulier de leur vie reste contenu par la dimension de confidentialité et de respect de la personne qui infuse les pratiques soignantes.

-oOo-

## BIBLIOGRAPHIE

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006417929&cidTexte=LEGITEXT000006070719> (Art. 226.1 Code Pénal)

[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=0535E7599A539863975E1C1E65687A53.tpdila08v\\_2?idArticle=LEGIARTI000006417930&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20151023](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=0535E7599A539863975E1C1E65687A53.tpdila08v_2?idArticle=LEGIARTI000006417930&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20151023) (Art. 226.2 Code Pénal)

[https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/chambre\\_sociale\\_576/arret\\_n\\_10427.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arret_n_10427.html) (Arrêt n°1145 du 23/05/2007)

<https://www.macsf.fr/vous-informer/organisation-des-soins/relation-patient-soignant/enregistrement-consultation-medicale.html> (Enregistrement d'une consultation médicale réalisée à l'insu du praticien)

## ANNEXE

### Ce que dit le droit :

L'article 9 du Code civil ne fonde en principe que la protection du domicile, des correspondances, de l'image, ou encore, de la voix, c'est-à-dire des vecteurs de la vie privée que l'on retrouve systématiquement associés au droit au respect de la vie privée.

L'existence d'un droit au respect de la voix est unanimement reconnue par la doctrine.

Certaines décisions de justice sanctionnent d'abord l'exploitation commerciale de la personnalité par une utilisation, non autorisée, de la voix d'autrui à des fins publicitaires ou artistiques. De même, la diffusion de la voix d'une cantatrice notoire, sans autorisation expresse et spéciale, est illicite car "la voix est un attribut de la personnalité, une sorte d'image sonore" (TGI Paris, 19 mai 1982, Maria Callas).

Le problème est que les décisions de justice qui concernent la voix concernent toutes une utilisation commerciale ou artistique de cette dernière. Or tel n'est pas le cas concernant la question posée par la présente saisine. On ne connaît d'ailleurs pas à quelle(s) fin(s) le patient a fait l'enregistrement.

-oOo-

L'article 226-1 du Code pénal incrimine l'intrusion volontaire dans la vie privée d'autrui par le biais de l'espionnage auditif. L'élément matériel de l'article 226-1 du Code pénal se définit comme le fait de porter atteinte à la vie privée d'autrui en réalisant un acte d'espionnage sonore.

Le comportement incriminé est un acte d'espionnage dont l'illicéité est liée à trois caractères et une condition importante :

- l'acte vise d'abord l'utilisation d'une technique audiovisuelle ;
- l'acte technique vise ensuite des paroles qui qualifient l'atteinte à la personnalité ;
- il doit enfin être réalisé dans un certain contexte, formel ou spatial, qui qualifie au-delà de la personnalité, l'atteinte à l'intimité.
- Il faut une volonté intentionnelle de porter atteinte à l'intimité.

Il faut un procédé quelconque permettant l'enregistrement des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel. D'une manière générale, le texte ne vise donc que les intrusions artificielles ou techniques. Tel est le cas d'un téléphone.

L'acte technique vise l'appréhension de paroles prononcées. L'article 226-1 du Code pénal qui emploie une formule générale permet d'incriminer celui qui enregistre une conversation à laquelle il participe.

Est punissable la captation de paroles confidentielles réalisée dans un lieu public, ce qui est le cas d'une personne utilisant son téléphone portable dans la rue. Le critère déterminant est alors subjectif : il s'agit de la volonté de la victime. Pour certains auteurs de la doctrine, "Seule compte la façon dont elles ont été prononcées dans l'esprit de l'auteur". Dans cette optique, « l'adjectif "confidentiel" concerne la forme d'expression, non le contenu exprimé ».

Si l'article 226-1 du Code pénal ne vise plus, au fond, la notion de lieu privé, comme c'était le cas dans le Code pénal antérieur à 1994, une présomption de confidentialité des paroles peut être fondée sur la nature privée du lieu où elles ont été prononcées. Au contraire, cette présomption n'existe pas dans un lieu public et il appartient à la personne dont les paroles ont été captées de rapporter la preuve positive de leur caractère privé ou confidentiel.

L'article 226-1 est dépendant des autres conditions de l'infraction. Elle est d'abord la résultante des actes d'espionnage réalisés dans le contexte privé ou confidentiel ; elle est ensuite impliquée par l'absence de consentement. Plus précisément, l'infraction suppose-t-elle seulement la réalisation des actes d'espionnage dans le contexte précédemment décrit ou, au surplus, la démonstration que les paroles présentent une nature intime ?

De deux choses l'une alors : ou bien l'infraction est formelle et elle est constituée par la seule et unique réalisation des actes d'espionnage décrits par la loi ; ou bien l'infraction est matérielle et elle suppose que les actes techniques aient causé une atteinte effective à l'intimité que les juges doivent constater à titre autonome en précisant la nature intime des propos ou de l'image.

Selon la première, l'infraction n'est consommée que si les paroles ou l'image ont trait à l'intimité de la vie privée, en touchant, par exemple, sa vie sentimentale, sa santé, etc. Selon la seconde conception : il s'agit de considérer que l'atteinte à l'intimité de la vie privée de la victime est moins une composante distincte de l'infraction, que la résultante de ses éléments constitutifs : l'absence de consentement de la victime jointe à la nature confidentielle ou privée des paroles.

La majorité de la doctrine semble être en faveur de la seconde conception. L'atteinte à l'intimité est ainsi objectivement impliquée par l'accomplissement d'actes d'espionnage auditif ou visuel à la double condition d'une part, de leur clandestinité (absence de consentement de la victime) et, d'autre part, de leur contexte (lieu privé pour l'image ; confidentialité des paroles).

Il reste des divergences en jurisprudence.

Enfin, pour constituer le délit de l'article 226-1, il faut que l'auteur de l'enregistrement ait la volonté de porter atteinte à l'intimité de la vie privée. C'est une infraction intentionnelle.

-oOo-

### **Lieu privé et lieu public**

D'une manière générale, est privé tout lieu qui, par nature, n'est pas public. Ainsi le domicile est un lieu privé par nature.

Le lieu privé est l'endroit qui n'est ouvert à personne, sauf autorisation de celui qui l'occupe de manière permanente ou temporaire. Le seul critère opérant est donc la volonté de l'occupant disposant d'un pouvoir d'autorisation. À l'inverse est un lieu public celui qui « est accessible à tous, sans autorisation spéciale de quiconque que l'accès soit permanent et inconditionnel ou subordonné à certaines conditions » (T. corr. Paris, 23 oct. 1986).

Ex. de qualification de lieu privé : une cabine téléphonique isolée phonétiquement, mais placée sur la voie publique, constitue un lieu privé (CA Besançon, 5 avr. 1978),

Un lieu ne devient pas privé parce que la personne filmée ou photographiée se livre à une activité intime ou lorsqu'elle veut conserver la confidentialité d'une scène. Comme le précisait le tribunal d'Aix-en-Provence dans un jugement remarqué du 16 octobre 1973, " faire dépendre le caractère public ou privé d'un lieu, de la nature de la scène qui s'y déroule, conduirait à insérer dans le texte légal une modalité qui n'y figure pas et à donner à la loi une interprétation extensive, inacceptable en matière pénale » (T. Aix-en-Provence, 16 oct. 1973). Le critère tient donc seulement au pouvoir de la personne d'interdire l'accès au lieu, non à sa volonté d'y accomplir des actes intimes : la piscine d'un centre de thalassothérapie n'est pas un lieu privé, indépendamment de l'activité de ses membres (CA Paris, 11e ch., sect. A, 13 mars 1996).

-oOo-