

L'influence de la fondamentalisation du droit au respect de la vie privée sur la mise en oeuvre de l'article 9 du code civil

Sophie CANAS - Conseiller référendaire à la Cour de cassation

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 48 (DOSSIER : VIE PRIVÉE) - JUIN 2015 - P. 47 À 58

La notion de vie privée est apparue tardivement dans notre droit. Absente du code civil de 1804, elle a fait l'objet de développements en doctrine seulement à partir du début du XX^e siècle et n'a véritablement connu son essor qu'après la Seconde Guerre mondiale, s'inscrivant alors dans un mouvement plus large tendant à replacer la personne au cœur de nos systèmes juridiques démocratiques.

Le droit au respect de la vie privée a ainsi été affirmé, en 1948, par la Déclaration universelle des droits de l'homme (article 12) et, en 1950, par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont l'article 8, § 1, prévoit que : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». Il a, depuis lors, été énoncé, sur un plan international, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (article 17) et dans la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (article 16) et, au niveau européen, par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 7).

En droit interne, il a fallu attendre la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 pour que le droit au respect de la vie privée soit consacré. L'article 9 du code civil, dans sa rédaction issue de cette loi, dispose désormais, en son alinéa 1^{er}, que : « *Chacun a droit au respect de sa vie privée* ».

Ce droit, bien que récent, a connu une évolution extrêmement rapide, liée, d'une part, à l'apparition de la presse dite « à scandale » et, d'autre part, au développement de technologies permettant de s'immiscer dans la sphère d'intimité des individus.

S'il fait aujourd'hui l'objet d'un contentieux nourri devant les juridictions civiles et pénales ⁽¹⁾, il est également très souvent invoqué devant la Cour européenne des droits de l'homme qui, à compter des années 1990, en a donné une interprétation extensive ⁽²⁾. Le Conseil constitutionnel, dont les décisions « *s'imposent* [...] *à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* » ⁽³⁾, a, quant à lui, affirmé, en 1999, que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 impliquait le respect de la vie privée ⁽⁴⁾ et a fait application de ce droit dans des domaines aussi variés que la vidéosurveillance, les inscriptions au casier judiciaire ou encore la protection du secret médical.

Cette fondamentalisation du droit au respect de la vie privée a profondément modifié la mise en œuvre, par le juge, de l'article 9 du code civil, une telle influence se manifestant tout autant sur le contenu du droit au respect de la vie privée (I) que sur la sanction de ce droit en cas de conflit avec d'autres droits d'égale valeur (II).

I – Le contenu du droit au respect de la vie privée

Si, dans la jurisprudence constitutionnelle, le droit au respect de la vie privée est entendu, de manière classique, comme une protection contre les intrusions publiques ou privées au sein de la sphère d'intimité de chacun ⁽⁵⁾, la Cour européenne des droits de l'homme a développé, à partir de son arrêt *Niemietz c/ Allemagne*, une conception extensive de la notion de vie privée, estimant qu'il serait « *trop restrictif de la limiter à un "cercle intime" où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise* » et que « *le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables* » ⁽⁶⁾. Le juge national a, dans le prolongement de cette décision, adopté à son tour, dans la mise en œuvre de l'article 9 du code civil, une conception élargie de la vie privée (A). Mais cette réception de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme reste partielle, le rattachement du droit de connaître ses origines ou de faire établir sa filiation au droit au respect de la vie privée posant toujours question (B).

A - Une conception élargie du droit au respect de la vie privée

Le droit au respect de la vie privée proclamé par l'article 9 du code civil n'est plus seulement le « *droit de n'être troublé par autrui ni chez soi (inviolabilité du domicile), ni dans son quant-à-soi (inviolabilité de la sphère d'intimité)* » ⁽⁷⁾ ; c'est aussi devenu, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, « *le droit à être perçu tel que l'on est [et] le droit à vivre comme on veut* » ⁽⁸⁾.

Deux exemples permettent tout particulièrement d'illustrer ce constat.

En premier lieu, le droit au respect de la vie privée, en tant qu'il englobe le « *droit à l'autonomie personnelle* »⁽⁹⁾, explique l'évolution de la jurisprudence en matière de transsexualisme. Il faut rappeler qu'avant 1992⁽¹⁰⁾, la Cour de cassation refusait aux transsexuels la modification de la mention du sexe sur leurs actes d'état civil, une telle position trouvant alors sa justification dans le principe d'indisponibilité de l'état des personnes. Mais, à la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme⁽¹¹⁾, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a opéré un revirement et jugé, au visa notamment des articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du code civil, que « *lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification* »⁽¹²⁾. Elle a cependant imposé que la réalité du syndrome transsexuel soit établie par une expertise judiciaire. La première chambre civile de la Cour de cassation est revenue récemment sur cette exigence et décide désormais que « *pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence* »⁽¹³⁾. Elle a précisé que de telles conditions ne portaient pas atteinte « *aux principes posés par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, 16 et 16-1 du code civil, dès lors qu'elles se fondent sur un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et d'indisponibilité de l'état des personnes d'une part, de protection de la vie privée et de respect dû au corps humain d'autre part* »⁽¹⁴⁾.

En second lieu, cette conception élargie du droit au respect de la vie privée a conduit la chambre sociale de la Cour de cassation à en faire application dans les relations de travail. Dans son arrêt *Nikon* du 2 octobre 2001, elle a ainsi solennellement affirmé, au visa notamment des articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du code civil, que « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur* »⁽¹⁵⁾. La protection de la vie privée du salarié au sein même de l'entreprise est ainsi assurée grâce à une interprétation extensive de l'article 9 du code civil, qui elle-même trouve sa source dans l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Si le principe énoncé par l'arrêt *Nikon* a depuis été réaffirmé⁽¹⁶⁾, la Cour de cassation en a toutefois atténué la portée. Elle a, d'abord, jugé que, « *sauf risque ou événement particulier* », l'employeur pouvait ouvrir en présence du salarié, ou celui-ci dûment appelé, les fichiers identifiés par ce dernier comme personnels⁽¹⁷⁾, ainsi que ses messages électroniques personnels⁽¹⁸⁾. Elle a, ensuite, posé une présomption du caractère professionnel des fichiers créés par le salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition et étendu cette présomption aux lettres démunies de toute mention relative à leur caractère personnel ou confidentiel⁽¹⁹⁾, ainsi qu'aux courriers électroniques adressés ou reçus par le salarié⁽²⁰⁾. Il n'en demeure pas moins que ces développements jurisprudentiels révèlent une extension du champ d'application du droit au respect de la vie privée, qui s'inspire de « *l'interprétation dynamique* »⁽²¹⁾ de l'article 8 de la Convention pratiquée par le juge européen, alors même que celui-ci ne s'est que peu aventuré sur le terrain des relations interindividuelles du travail.

Ces deux exemples démontrent que la fondamentalisation du droit au respect de la vie privée a conduit le juge national à adopter, dans la mise en œuvre de l'article 9 du code civil, une conception renouvelée du contenu de ce droit, soit, comme dans le premier cas, pour se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, soit, comme dans le second, en découvrant lui-même ses potentialités.

Mais des incertitudes demeurent.

B - Le rattachement du droit de connaître ses origines au droit au respect de la vie privée en question

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le droit au respect de la vie privée comprend le « *droit à la connaissance de ses origines* »⁽²²⁾, celui-ci apparaissant comme une déclinaison du « *droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain* »⁽²³⁾.

Saisie, plus particulièrement, de la question des expertises génétiques *post mortem*, la Cour de Strasbourg a, dans son arrêt *Jäggi c/ Suisse*⁽²⁴⁾, affirmé que « *le droit à l'identité dont relève le droit de connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée* » et que « *les personnes essayant d'établir leur ascendance ont un intérêt vital à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité* ». Elle a précisé que les intérêts à mettre en balance sont, d'un côté, « *le droit du requérant à connaître son ascendance* » et, de l'autre, « *le droit des tiers à l'intangibilité du corps du défunt, le droit au respect des morts ainsi que l'intérêt public à la protection de la sécurité juridique* ». Elle a, dans cette affaire, conclu à la violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,

après avoir relevé, d'une part, que le requérant, qui avait tenté tout au long de sa vie d'acquiescer à une certitude sur ce point, démontrait un intérêt authentique à connaître l'identité de son père, d'autre part, que le prélèvement ADN constituait une mesure relativement peu intrusive. La Cour a plus récemment adopté une position similaire dans l'affaire *Pascaud c/ France*⁽²⁵⁾, dans laquelle une expertise biologique avait été réalisée du vivant du père présumé, mais annulée au motif que celui-ci, placé sous sauvegarde de justice, n'avait pu valablement y consentir. Elle a notamment rappelé que les personnes essayant d'établir leur ascendance ont « *un intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle* »⁽²⁶⁾.

C'est dans ce contexte jurisprudentiel que la Cour de cassation a été saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité à la Constitution de l'article 16-11, alinéa 2, du code civil qui, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, prévoit que : « *Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort* ». Elle a, par arrêt du 6 juillet 2011⁽²⁷⁾, décidé de renvoyer au Conseil constitutionnel cette question, celle-ci présentant « *au regard du droit à la vie privée et familiale, dont le respect est garanti par la Constitution, un caractère sérieux, en ce que l'article 16-11, alinéa 2 in fine, du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, exclut, notamment dans les actions en établissement ou en contestation de filiation, toute possibilité de prélèvement post mortem sauf accord exprès donné du vivant de la personne concernée* ». Elle a ainsi semblé s'inscrire dans la continuité de la jurisprudence européenne, en admettant que le droit au respect de la vie privée comprend le droit de connaître ses origines et de faire établir sa filiation.

Toutefois, le Conseil constitutionnel a déclaré la disposition contestée conforme à la Constitution, notamment aux motifs qu'« *en disposant que les personnes décédées sont présumées ne pas avoir consenti à une identification par empreintes génétiques, le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, du respect dû au corps humain ; que, par suite, les griefs tirés de la méconnaissance du respect dû à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale doivent être écartés* »⁽²⁸⁾. Le Conseil paraît ainsi considérer que « *le droit au respect de la vie privée ne confère pas au droit d'agir en établissement de la filiation, et de rapporter librement la preuve à l'appui de cette demande, une portée telle qu'il devrait prévaloir sur les choix opérés par le législateur* »⁽²⁹⁾.

Le juge judiciaire, saisi d'une demande d'exhumation aux fins d'expertise génétique, devra donc opter entre deux conceptions du droit au respect de la vie privée, l'une, conventionnelle, l'amenant à considérer que le droit de connaître ses origines y est rattaché, tandis que l'autre, constitutionnelle, le conduisant à une interprétation plus restrictive de cette notion. La Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer, même s'il est notable que, statuant sur un pourvoi formé contre un arrêt ayant rejeté une requête en exhumation aux fins d'expertise génétique, elle ait, sur le fondement des articles 14 et 125 du code de procédure civile, mais aussi de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relevé d'office le moyen tiré de ce que « *la recevabilité d'une action tendant à la reconnaissance d'une ascendance génétique par voie d'expertise, lorsque celle-ci nécessite une exhumation, est subordonnée à la mise en cause des ayants droit du défunt* »⁽³⁰⁾.

Cette question du rattachement du droit de connaître ses origines ou de faire établir sa filiation au droit au respect de la vie privée est d'autant plus cruciale que, pour condamner la France à la suite du refus, par les juridictions judiciaires⁽³¹⁾, de transcrire sur les registres de l'état civil des actes de naissance, établis à l'étranger, d'enfants nés d'une gestation pour autrui, la Cour européenne des droits de l'homme a énoncé que « *le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation* » et considéré que le droit au respect de la vie privée des enfants concernés avait été méconnu, ceux-ci se trouvant à cet égard « *dans une situation d'incertitude juridique* »⁽³²⁾.

La fondamentalisation du droit à la protection de la vie privée a donc une indiscutable influence sur la détermination, par le juge, de son contenu. Mais cette influence est peut-être plus grande encore lorsque, dans sa mise en œuvre, ce droit entre en conflit avec d'autres droits, constitutionnellement et/ou conventionnellement garantis.

II – La sanction du droit au respect de la vie privée

L'émergence et le développement rapide d'une société mondiale de l'information ont, tout à la fois, mis l'exigence ontologique de protection de la vie privée au centre de nos systèmes juridiques et conduit à envisager son articulation avec d'autres principes fondamentaux. C'est ainsi que, désormais, l'atteinte alléguée au droit au respect de la vie privée est appréciée par le juge en considération des autres intérêts en présence, au travers d'une mise en balance des droits. Une telle démarche est employée lorsque le droit au respect de la vie privée entre en conflit avec la liberté d'expression (A) ou avec le droit à la preuve (B).

A - Droit au respect de la vie privée et liberté d'expression

La protection constitutionnelle de la liberté d'expression se fonde sur l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». Le Conseil constitutionnel a précisé qu'il s'agit d'une liberté fondamentale « *d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés* » et que « *les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* »⁽³³⁾.

La liberté d'expression est par ailleurs consacrée par l'article 10, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui dispose que : « *Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières* ». Ce principe comporte cependant un tempérament, énoncé par l'article 10, § 2 : « *L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ». La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi, à maintes reprises, rappelé la nécessaire mise en balance entre le droit à la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention. S'agissant plus particulièrement de la liberté de la presse, elle souligne que « *si la presse ne doit pas franchir certaines limites, notamment quant à la réputation et aux droits d'autrui et à la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général* » et elle rappelle invariablement le rôle indispensable de « *chien de garde* » que celle-ci joue dans nos sociétés démocratiques⁽³⁴⁾.

Invités par le juge constitutionnel et le juge européen à procéder à un contrôle de proportionnalité en cas de conflit entre le droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'expression, les juridictions du fond comme le juge de cassation⁽³⁵⁾ ont fait évoluer leur jurisprudence et ont opéré cette mise en balance des droits, l'article 9 du code civil prenant alors place dans un ensemble plus vaste constitué par des droits fondamentaux en tension les uns par rapport aux autres. La première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi solennellement affirmé, en 2003, que « *les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression revêtant, eu égard aux articles 8 et 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du code civil, une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime* »⁽³⁶⁾.

La recherche d'un tel équilibre conduit notamment les juridictions judiciaires à examiner si l'atteinte à la vie privée, lorsqu'elle est constituée, est susceptible d'être justifiée soit par la nécessité d'informer le public sur un événement d'actualité, tels un procès d'assises⁽³⁷⁾ ou un « fait divers »⁽³⁸⁾, soit par la contribution à un débat d'intérêt général⁽³⁹⁾. Ce dernier « fait justificatif », bien que directement inspiré de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, a néanmoins pu donner lieu à des divergences d'interprétation entre juges nationaux et juges européens. Ainsi, s'agissant de la publication d'un article et de photographies révélant l'existence de l'enfant caché d'un monarque, la Cour de cassation, après avoir rappelé que « *toute personne, quel que soit son rang, sa naissance, sa fortune, ses fonctions présentes ou à venir a droit au respect de sa vie privée* », a jugé que l'atteinte portée à la vie privée n'était justifiée par aucun fait d'actualité ni aucun débat d'intérêt général⁽⁴⁰⁾. La Cour européenne des droits de l'homme, saisie à son tour de cette affaire, a au contraire estimé que : « *L'article et les photos publiés traitaient de la descendance d'un Prince régnant, en révélant l'existence de son fils naturel, jusqu'alors inconnu du public. [...] En l'espèce, les impératifs de protection de la vie privée du Prince et le débat sur l'avenir de la monarchie héréditaire étaient donc en concurrence. Or, il s'agit d'une question d'importance politique. Il y avait donc un intérêt légitime du public à connaître l'existence de cet enfant et à pouvoir débattre de ses conséquences_ éventuelles sur la vie politique de la Principauté de Monaco* »⁽⁴¹⁾. L'affaire a cependant été renvoyée devant la Grande chambre à la demande du Gouvernement français.

La liberté d'expression n'est pas le seul droit susceptible d'entrer en conflit avec le droit au respect de la vie privée. Tel est le cas, également, du droit à la preuve.

B - Droit au respect de la vie privée et droit à la preuve

L'article 9 du code de procédure civile impose à chacune des parties au procès civil de prouver les faits qu'elle allègue au soutien de sa prétention. Il précise cependant que cette preuve doit être rapportée « *conformément à la loi* ». La jurisprudence, qui a par ailleurs posé un principe général de loyauté dans l'administration de la preuve⁽⁴²⁾, refuse donc d'admettre, à titre de preuve, des éléments contenant des informations relevant de la vie privée ou qui ont été obtenus par un procédé y portant atteinte. C'est ainsi que la chambre sociale de la Cour de cassation juge, au visa des articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 9 du

code de procédure civile, qu'« *une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier* »⁽⁴³⁾.

Cette règle connaît cependant des tempéraments en droit de la famille, les litiges qu'il suscite nécessitant souvent que soient démontrés des faits de l'ordre de l'intime. La jurisprudence est donc, en cette matière, plus nuancée⁽⁴⁴⁾, d'autant que, dans la procédure de divorce, l'article 259-1 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, exclut seulement la production des éléments de preuve obtenus par violence ou fraude.

En outre, la question de l'articulation entre les nécessités de la preuve et le respect dû à la vie privée a récemment été réévaluée, à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci a en effet reconnu, sur le fondement de l'article 6, § 1, de la Convention, « *le droit d'une partie à un procès de se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves –* »⁽⁴⁵⁾ ou, autrement dit, un « *droit à la preuve* »⁽⁴⁶⁾. Elle a, de la sorte, invité les juges nationaux « *à aborder la recevabilité d'un mode a priori inadmissible ou suspect à travers le prisme d'un rapport de proportionnalité entre les intérêts que le secret protège et ceux à la satisfaction desquels il fait obstacle, dès lors que, dans cette mise en balance, l'atteinte au secret paraît moindre, et constituer le seul moyen de faire triompher une légitime prétention de fond* »⁽⁴⁷⁾.

Ce droit à la preuve a rapidement trouvé un écho dans la jurisprudence de la Cour de cassation. La chambre commerciale a ainsi affirmé, dans un arrêt du 15 mai 2007⁽⁴⁸⁾, que « *constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions* » et que « *par ailleurs, toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite, et qu'une telle atteinte peut être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense, si elle reste proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence* ». La première chambre civile est allée plus loin, en 2012, en consacrant expressément un « *droit à la preuve* », jusqu'à présent réservé aux besoins de la défense⁽⁴⁹⁾, au profit du demandeur à l'action, tout en rappelant la nécessité, pour les juges du fond, de « *rechercher si la production litigieuse [...] est proportionnée aux intérêts antinomiques en présence* »⁽⁵⁰⁾. Elle a, peu de temps après, mis en œuvre ces principes en admettant que constituait un procédé de preuve licite la filature de la victime d'un accident, à l'initiative de son assureur, les atteintes portées à la vie privée de l'intéressé n'étant « *pas disproportionnées au regard de la nécessaire et légitime préservation des droits de l'assureur et des intérêts de la collectivité des assurés* »⁽⁵¹⁾, se plaçant ainsi dans le prolongement d'une décision plus ancienne de la Cour européenne des droits de l'homme⁽⁵²⁾.

Le juge, sous l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme, procède donc désormais à un contrôle de proportionnalité lorsque le droit au respect de la vie privée se heurte à d'autres droits fondamentaux. Il peut, dès lors, être amené à faire prévaloir ceux-ci sur celui-là, la fondamentalisation du droit à la protection de la vie privée pouvant paradoxalement conduire, dans certains cas, à son éviction.

Les développements qui précèdent, bien qu'ils ne puissent à eux seuls rendre compte de toute la complexité de la matière, permettent néanmoins d'illustrer l'influence majeure qu'a exercée et qu'exerce encore le contrôle de fondamentalité sur la mise en œuvre, par le juge, de l'article 9 du code civil. Cette influence a récemment conduit la Cour de cassation, dans un arrêt largement commenté⁽⁵³⁾ rendu exclusivement au visa de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à écarter, dans un cas d'espèce particulier, l'application de l'article 161 du code civil, qui prohibe le mariage, en ligne directe, entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne, au motif que le prononcé de la nullité du mariage entre le beau-père et sa bru revêtait, à l'égard de cette dernière, « *le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans* ». Cette décision recèle, en elle-même, bien des potentialités, dont l'avenir nous dira si elles seront toutes explorées.

⁽¹⁾ Car la loi du 17 juillet 1970 a aussi créé des infractions pénales, principalement énoncées par les articles 226-1 à 226-4 du code pénal. Mais nous nous cantonnerons, comme indiqué, dans cette étude, à la mise en œuvre de l'article 9 du code civil.

⁽²⁾ Rappelons que la Cour de cassation a jugé que les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales « *sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* » (Ass. Plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-17.049, Bull. civ. I, n° 1).

⁽³⁾ Article 62 de la Constitution.

⁽⁴⁾ Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, cons. 45 ; voir, également : décision n°

2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 75 ; décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, cons. 21.

(5) Voir, sur ce point, J.-F. de Montgolfier, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », *AJ Famille* 2012, p. 578.

(6) CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, req. n° 13710/88, § 29.

(7) Selon la définition qu'en donne le *Vocabulaire juridique* publié par l'Association Henri Capitant (PUF).

(8) Selon l'expression d'A. Lepage, in *Répertoire Dalloz de droit civil*, V° Personnalité (Droits de la), n° 118.

(9) CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni [GC]*, n° 28957/95, § 90 ; CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n° 346/02, § 61.

(10) Voir, notamment : Civ. 1^{re}, 16 décembre 1975, pourvoi n° 73-10.615, *Bull. civ.* 1975, I, n° 374 ; Civ. 1^{re}, 21 mai 1990, pourvoi n° 88-12.829, *Bull. civ.* 1990, I, n° 117.

(11) CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France*, req. n° 13343/87.

(12) Ass. Plén., 11 décembre 1992, pourvoi n° 91-12.373, *Bull. Ass. Plén.* 1992, n° 13.

(13) Civ. 1^{re}, 7 juin 2012, pourvoi n° 10-26.947, *Bull. civ.* 2012, I, n° 123.

(14) Civ. 1^{re}, 13 février 2013, pourvoi n° 12-11.949, *Bull. civ.* 2013, I, n° 14.

(15) Soc., 2 octobre 2001, pourvoi n° 99-42.942, *Bull.* 2001, V, n° 291.

(16) Soc., 12 octobre 2004, pourvoi n° 02-40.392, *Bull.* 2004, V, n° 245 ; Soc., 5 juillet 2011, pourvoi n° 10-17.284.

(17) Soc., 17 mai 2005, pourvoi n° 03-40.017, *Bull.* 2005, V, n° 165.

(18) Soc., 17 juin 2009, pourvoi n° 08-40.274, *Bull.* 2009, V, n° 153.

(19) Ch. mixte, 18 mai 2007, pourvoi n° 05-40.803, *Bull. ch. mixte*, 2007, n° 3.

(20) Soc., 15 décembre 2010, pourvoi n° 08-42.486 ; Soc., 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-26.782.

(21) Selon l'expression de F. Sudre, « À propos du “dialogue des juges” et du contrôle de conventionnalité » in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pedone, 2004, p. 207-224.

(22) CEDH, 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, n° 42326/98.

(23) CEDH, 7 juillet 1989, *Gaskin c/ Royaume-Uni*, série A n° 160, p. 16, § 39 ; CEDH, 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie*, n° 53176/99 ; CEDH, 25 sept. 2012, *Godelli c/ Italie*, n° 33783/09.

(24) CEDH, 13 juillet 2006, *Jäggi c/ Suisse*, n° 58757/00, §§ 38 et 39.

(25) CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud c/ France*, n° 19535/08.

(26) Arrêt précité, § 62.

(27) Civ. 1^{re}, 6 juillet 2011, pourvoi n° 11-10.769.

(28) Décision n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011, cons. 6.

(29) J.-F. de Montgolfier, *op. cit.*

(30) Civ. 1^{re}, 13 novembre 2014, pourvoi n° 13-21.018, en cours de publication.

(31) Civ. 1^{re}, 6 avril 2011, pourvois n°s 09-17.130 et 10-19.053, *Bull. civ.* 2011, I, n°s 70 et 72 ; Civ. 1^{re}, 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-18.315, *Bull. civ.* 2013, I, n° 176.

(32) CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65191/11, § 96 ; CEDH, 26 juin 2014, *Labassee c/ France*, n° 65941/11, § 75.

(33) Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 15 ; décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, *Mme Térésa C et autre (Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans)*, cons. 3.

(34) Voir, par exemple : CEDH, 20 mai 1999, *Bladet Tromsø et Stensaas c/ Norvège*, n° 21980/93, §§ 59 et 62 ; CEDH, 14 février 2008, *July et a. c/ France*, n° 20893/03, §§ 63 et 64.

(35) Voir, sur ce point : S. Guinchard, F. Ferrand, T. Moussa, *Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité*, Dalloz, 2015, p. 278, spéc. n° 24.

(36) Civ. 1^{re}, 9 juillet 2003, pourvoi n° 00-20.289, *Bull. civ.* 2003, I, n° 172.

(37) Civ. 2^e, 25 novembre 2004, pourvoi n° 02-20.424, *Bull. civ.* 2004, II, n° 504.

(38) Civ. 2^e, 20 novembre 2003, pourvoi n° 02-12.297, *Bull. civ.* 2003, II, n° 354.

(39) Civ. 1^{re}, 24 octobre 2006, pourvoi n° 04-16.706, *Bull. civ.* 2006, I, n° 437.

(40) Civ. 1^{re}, 27 février 2007, pourvoi n° 06-10.393, *Bull. civ.* 2007, I, n° 85

(41) CEDH, 12 juin 2014, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c/ France*, n° 40454/07, § 59.

(42) Ass. Plén., 7 janvier 2011, pourvoi n° 09-14.667, *Bull.* 2011, Ass. Plén., n° 1.

(43) Soc., 26 novembre 2002, pourvoi n° 00-42.401, *Bull.* 2002, V, n° 352.

(44) Voir, par exemple, admettant la production d'un journal intime : Civ. 2^e, 6 mai 1999, pourvoi n° 97-12.437, *Bull. civ.* 1999, II, n° 85.

(45) CEDH, 27 octobre 1993, *Bombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas*, série A, n° 274, § 33 ; CEDH, 13 mai 2008, *N.N. et T.A. c/ Belgique*, n° 65097/01, § 42.

(46) CEDH, 10 octobre 2006, *L.L. c/ France*, n° 7508/02, § 40.

(47) Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation, *La preuve*, p. 329.

(48) Com., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-10.606, *Bull.* 2007, IV, n° 130.

(49) Civ. 1^{re}, 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.778, *Bull. civ.* 2008, I, n° 230.

(50) Civ. 1^{re}, 5 avril 2012, pourvoi n° 11-14.177, *Bull. civ.* 2012, I, n° 85.

(51) Civ. 1^{re}, 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-17.476, *Bull. civ.* 2012, I, n° 224.

(52) CEDH, 28 juin 2001, *Mme Verlière c/ Suisse*, n° 41953/98.

(53) Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26.066, *Bull. civ.* 2013, I, n° 234, D. 2014. 179, note F. Chénédé, 153, point de vue H. Fulchiron, et 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2014. 124, obs. S. Thouret, et 2013. 663, point de vue F. Chénédé ; *RTD civ.* 2014. 88, obs. J. Hauser, et 307, obs. J.-P. Marguénaud.