

JAAC 56.12

Office fédéral de la justice, juin 1990).

L'enregistrement de conversations téléphoniques sous l'angle de la protection des données.

Limites de la protection qu'offrent l'art. 179^{quinquies} CP, l'art. 28 CC, le droit administratif et le droit du contrat de travail. Propositions de réglementation de ce genre d'enregistrements dans une administration cantonale.

Aufnahme von Telefongesprächen unter dem Aspekt des Datenschutzes.

Grenzen des Schutzes, den Art. 179^{quinquies} StGB, Art. 28 ZGB, das Verwaltungsrecht und das Arbeitsvertragsrecht gewähren. Vorschläge für die Reglementierung dieser Art von Aufnahmen in einer kantonalen Verwaltung.

Registrazione di conversazioni telefoniche sotto l'aspetto della protezione dei dati.

Limiti della protezione garantita dall'art. 179^{quinquies} CP; dall'art. 28 CC, dal diritto amministrativo e dal diritto del contratto di lavoro. Proposte per il disciplinamento di questo genere di registrazioni in un'amministrazione cantonale.

Désireux d'établir une réglementation relative aux enregistrements de conversations téléphoniques en son sein, un département cantonal de la justice a demandé au Service de la protection des données de l'Office fédéral de la justice (OFJ) de faire un examen de la situation actuelle et de lui soumettre quelques suggestions susceptibles de l'orienter dans sa tâche.

Dans sa réponse, l'OFJ rend un avis de droit dont il commence par circonscrire le thème. N'entendant pas traiter cette question dans la globalité, l'OFJ s'abstient notamment d'examiner l'enregistrement de conversations téléphoniques dans le cadre d'enquêtes judiciaires ou politiques. Il aborde le problème de l'enregistrement sous l'angle de l'art. 179^{quinquies} CP, puis au sein de l'administration et dans les rapports de travail. Il conclut en esquissant quelques propositions générales de réglementation de cette question préoccupante du point de vue de la protection de la personnalité. Il n'évoque les enregistrements et leur production en tant que moyens de preuve dans les procès pénaux que succinctement, dans la mesure où cette évocation est susceptible d'éclairer son propos.

1. L'art. 179^{quinquies} CP

1.1. De la licéité de l'enregistrement des conversations téléphoniques

Le législateur a rédigé l'art. 179^{quinquies} CP de manière à établir une disposition claire, accessible à chacun (Message du Conseil fédéral du 21 février 1968 à l'Assemblée fédérale concernant le renforcement de la protection pénale du domaine personnel secret, FF 1968 I 609 ss). Un critère purement technique a été choisi pour établir la non-punissabilité de l'enregistrement d'une conversation téléphonique: il suffisait que l'intéressé utilise un enregistreur autorisé par l'Entreprise des PTT conformément à l'art. 20 de la LF du 14 octobre 1922 réglant la correspondance télégraphique et téléphonique (LTT, RS 784.10). Le numéro de téléphone de l'acquéreur d'une telle installation était précédé dans l'annuaire du signe pick-up.

Dans l'ATF 114 IV 20 ss, la Cour de cassation du TF a précisé que la non-punissabilité de l'enregistrement d'une conversation dépend uniquement de l'utilisation d'un enregistreur homologué par les PTT et non de l'inscription du signe pick-up dans l'annuaire ou de la connaissance de l'existence d'un tel appareil par l'interlocuteur. Cet arrêt n'a fait que confirmer ce que le message du Conseil fédéral susmentionné laissait déjà entendre, à savoir que chaque utilisateur du téléphone devait se comporter, non seulement à la vue du signe pick-up dans le bottin, mais *dans tous les cas*, de la même façon que lors d'une conversation directe effectuée à portée de voix de tiers. Il devait s'attendre à ce que sa conversation soit écoutée, voire enregistrée.

Actuellement, il n'est plus nécessaire de faire figurer le signe pick-up en question dans l'annuaire. Ce signe a d'ailleurs perdu toute son importance, non seulement en raison de l'argumentation qui précède, mais encore parce que les appareils accessoires au téléphone (dont les enregistreurs) ne sont plus soumis au régime de l'autorisation obligatoire (*Stefan Trechsel*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zurich 1989, p. 544).

Dès son entrée en vigueur, l'art. 179^{quinquies} CP offrait déjà une faible protection de la sphère privée de la personne dont la conversation était enregistrée, le critère technique sur lequel cette disposition se fonde étant certes clair, mais critiquable du point de vue juridique. Au fil des ans, cet article a peu à peu été vidé de son contenu, en raison notamment de l'évolution de la technique en matière de télécommunications, une telle évolution étant juridiquement difficile à «museler» sans entraver le bon fonctionnement du marché.

Cette opinion est corroborée par la réponse donnée par le Conseil fédéral à la question ordinaire Reimann du 20 juin 1988 (n° 88.657). Ce conseiller national, inquiet pour la protection de la sphère privée de l'individu, demandait s'il n'était pas possible de munir les enregistreurs homologués et clandestins de signaux sonores, afin d'aviser les interlocuteurs de l'enregistrement de leurs conversations téléphoniques. Il lui a été répondu qu'une telle mesure ne permettait pas d'améliorer la protection des droits de la personnalité, tout d'abord en raison du coût excessif d'une telle opération, et du fait que, d'une part, le marché noir serait à même de fournir des appareils démunis d'un tel signal, et que, d'autre part, les téléphones équipés d'un haut-parleur intégré ne requerraient que l'utilisation d'un magnétophone ou d'un dictaphone ordinaire. Du moment que l'installation systématique d'un signal sonore ne pourrait être garantie, l'adoption d'une telle mesure serait préjudiciable à l'utilisateur du téléphone, rendu moins prudent, car persuadé que l'absence du signal sonore serait garante du non-enregistrement de sa conversation.

1.2. De l'utilisation, par son auteur, des enregistrements auxquels il a procédé

1.2.1. Dans un procès pénal

La protection dérisoire offerte par l'art. 179^{quinquies} CP n'est pas susceptible de porter un grand préjudice à l'interlocuteur enregistré aussi longtemps que ledit enregistrement est simplement conservé ou effacé sans être utilisé par son auteur. Mais qu'en est-il de la communication d'un tel enregistrement à des tiers?

Dans l'**ATF 114 IV 20** ss, le TF a confirmé dans son consid. 2 que «l'absence de punissabilité définie à l'art. 179^{quinquies} CP s'étend également aux actes postérieurs définis aux art. 179^{bis} al. 2 et 3 et 179^{ter} al. 2 CP». Cela signifie qu'une personne peut produire l'enregistrement d'une conversation téléphonique comme moyen de preuve dans un procès pénal, du moment

qu'elle a utilisé un appareil accessoire homologué par les PTT. Une pesée des intérêts en présence, telle que préconisée dans l'ATF 109 Ia 244 ss, n'est dans un tel cas pas nécessaire.

1.2.2. En général

Le message de 1968 susmentionné contient déjà les principes développés dans l'ATF 114 IV 20 ss. Il y est écrit en effet que «l'impunité des actes énumérés à l'art. 179^{quinquies} CP s'étend aux art. 179^{bis} et 179^{ter} CP». La communication de l'enregistrement d'une conversation téléphonique à des tiers quels qu'ils soient n'est donc pas punissable pénalement.

Le Conseil de la ville de Schlieren (ZH) a d'ailleurs tranché dans ce sens dans un cas d'enregistrement effectué par un office social de quatre entretiens téléphoniques avec une personne sous tutelle (*Arthur Schäppi*, Telefongespräch mit Kindergärtnerin heimlich auf Tonband aufgezeichnet, Tages-Anzeiger du 15 mars 1990). Le Conseil d'arrondissement a dernièrement confirmé cette décision (Sozialamt Schlieren: Rechtlich alles okay, Limmattaler Tagblatt du 30 mai 1990).

Une affaire similaire s'est déroulée à Adliswil (ZH), où le secrétaire de l'école avait enregistré une conversation avec une jardinière d'enfants avec laquelle les autorités scolaires étaient en conflit. Lors d'un entretien, l'enregistrement a été passé en présence de l'intéressée, du président de la commission scolaire et de la présidente de la commission des jardins d'enfants (Tages-Anzeiger précité). Le parlement de la ville a été interpellé à ce sujet par deux conseillers communaux.

L'issue de cette dernière affaire n'est à ce jour pas connue. L'OFJ constate cependant que du point de vue pénal, les victimes de ces enregistrements et de leur diffusion sont démunies, l'art. 179^{quinquies} ne leur offrant aucune protection. Il serait dès lors opportun d'examiner cette question lors d'une prochaine révision du code pénal.

Dans les deux cas ci-dessus, les victimes pourraient tenter d'agir du point de vue civil, en invoquant l'art. 28 CC. Cependant, l'atteinte à la sphère privée et l'illicéité de cette dernière devraient être établies, ce qui serait malaisé à défendre concrètement, le législateur ayant considéré que l'utilisateur du téléphone devait se comporter comme s'il tenait une conversation à portée de voix de tiers. Dès lors, seul l'usage manifestement abusif des enregistrements

incriminés serait, selon le contenu de ces derniers, susceptible d'ouvrir la voie à une action en dommages et intérêts, voire, exceptionnellement, en réparation du tort moral.

2. L'administration fédérale et l'enregistrement des conversations téléphoniques

2.1 Vis-à-vis de l'administré

2.1.1. Principe

Comme souligné précédemment, aucune disposition pénale ne fait obstacle à une telle mesure. Cependant, les principes généraux du droit administratif tels la bonne foi, la proportionnalité et l'intérêt public s'appliquent en matière d'enregistrement des conversations téléphoniques tenues entre des particuliers et le personnel de la Confédération. Ces principes sont d'ailleurs repris à l'art. 4 al. 1 et 3 du projet de LF sur la protection des données (LPD; voir à ce sujet le message du Conseil fédéral concernant la LPD, FF 1988 II 522). La bonne foi voudrait, les cas d'enregistrements autorisés ou ordonnés par le juge mis à part, que l'interlocuteur soit avisé de l'enregistrement de la conversation. En outre, une telle mesure ne devrait être prise que dans les cas où un intérêt public prépondérant le requiert. La décision de conserver et d'utiliser un tel enregistrement ne devrait au demeurant pas échoir au seul employé concerné, mais faire l'objet d'un contrôle exercé dans le respect des Directives du Conseil fédéral du 16 mars 1981 applicables au traitement des données personnelles dans l'administration fédérale (ci-après: les Directives du Conseil fédéral, FF 1981 I 1314 s. et FF 1983 II 1212, reproduites dans JAAC 48 II p. 111 à 118), en particulier le ch. 414 et le chapitre 42, relatifs respectivement à la destruction des données devenues inutiles et à la communication des données personnelles.

2.1.2. Sanction

L'art. 6 al. 2 de la LF du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité [LRCF], RS 170.32) prévoit que: «Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit, en cas de faute du fonctionnaire, à une somme d'argent pour réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement.»

Pour que cette disposition soit applicable à l'encontre de l'administration fédérale, il faudrait que le fonctionnaire ait utilisé l'enregistrement d'une conversation de telle manière que la victime ait non seulement subi une *atteinte illicite grave à sa personnalité*, mais encore par la *faute* dudit fonctionnaire. Dans la pratique, un tel cas d'abus est difficilement concevable.

2.2. L'administration fédérale en tant qu'employeur

L'enregistrement des conversations téléphoniques du personnel de la Confédération n'est pas réglementé de manière spécifique. Il existe cependant une pratique, qui est la suivante:

Lors de son engagement, tout membre du personnel de la centrale téléphonique de la Confédération reçoit pour instruction l'interdiction d'écouter et d'enregistrer les conversations téléphoniques des fonctionnaires et employés, ces derniers étant autorisés à faire un usage *raisonnable* de l'appareil mis à leur disposition pour des conversations téléphoniques privées. Si un membre du personnel est soupçonné d'usage abusif du téléphone, on ne procède pas à des enregistrements, mais le directeur de l'office concerné peut exercer une certaine surveillance en demandant aux PTT la facture détaillée relative aux communications établies à partir du raccordement du collaborateur concerné, *après avoir préalablement informé ce dernier* de la mise en place de ce moyen de contrôle.

3. L'enregistrement par l'employeur privé des conversations téléphoniques tenues par son personnel

Selon l'art. 328 al. 1^{er} CO, l'employeur doit protéger et respecter, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. Ce dernier doit en revanche sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur (art. 321a al. 1^{er} CO) et observer ses directives générales et ses instructions particulières (art. 321d CO).

Techniquement, ledit employeur ne peut procéder à l'enregistrement des conversations de son personnel lui-même que s'il dispose d'une centrale téléphonique interne.

Juridiquement, une telle mesure n'est admissible que si un patron a interdit que son personnel use du téléphone à des fins privées par une directive ou un ordre général (Detaillierte Telefonrechnung mit Angaben zur Identifizierung der Teilnehmer unter dem Aspekt des Datenschutzes, [JAAC 53.15](#), p. 84). Dès lors, les employés d'une telle entreprise doivent s'attendre à ce que des contrôles de leurs communications soient effectués, notamment sous forme d'enregistrements. Cependant, les règles de la bonne foi voudraient que l'employeur avise son personnel de l'existence d'une telle mesure. D'autre part, cette méthode de surveillance ne devrait être utilisée par l'employeur que dans des circonstances exceptionnelles, par exemple lorsque l'employé concerné fait preuve de mauvaise foi et refuse obstinément de reconnaître l'évidence, à savoir qu'il reçoit des communications privées trop nombreuses

ou de trop longue durée. De tels abus ne peuvent en effet être établis qu'au moyen de l'enregistrement. Ce dernier ne devrait cependant pas être conservé au-delà du temps nécessaire pour confondre l'employé indélicat.

Il va au demeurant de soi que l'employeur doit mettre à disposition de son personnel un raccordement téléphonique que celui-ci peut utiliser à ses frais en cas d'urgence ou pendant les pauses.

En revanche, si l'employeur n'a pas interdit les conversations téléphoniques privées sur les lieux du travail, son personnel peut en déduire que de tels entretiens sont admis, dans une mesure raisonnable. Dans ce cas, le patron manifeste ainsi qu'il n'a aucun intérêt particulier à contrôler la destination et la durée des entretiens téléphoniques de ses employés. Si dans ce contexte, il procédait tout de même à l'enregistrement des conversations de ses employés, il porterait incontestablement une atteinte aux droits de la personnalité de ces derniers (JAAC loc. cit.).

4. Réglementation possible

L'élaboration d'une réglementation applicable à l'enregistrement des conversations téléphoniques (*in casu* au sein du Département cantonal de la justice) pourrait être envisagée sous forme de directives.

Afin d'éviter les abus, il s'agirait tout d'abord de déterminer le cercle des services autorisés - en raison du caractère spécifique de leur tâche - à enregistrer des appels des administrés. Ce cercle devrait être le plus restreint possible, ainsi que les cas d'enregistrements. Quant aux services ne figurant pas dans cette liste, ils n'auraient en principe pas l'autorisation de procéder auxdits enregistrements.

Les directives devraient en outre contenir les éléments suivants:

- La détermination de leur champ d'application (interne ou non au Département de la justice; types d'enregistreurs autorisés, à savoir accessoires au téléphone, ou aussi dictaphones et magnétophones courants, etc.).
- Un avertissement à l'endroit de tout utilisateur d'enregistreur, afin de le rendre attentif au fait que ses interlocuteurs doivent être avisés au préalable, par une formule sans équivoque, du fait que leurs conversations sont enregistrées.
- Un délai d'effacement le plus bref possible doit être fixé, à savoir le jour même de leur écoute par le destinataire. Exceptionnellement, cet effacement peut être reporté, à la condition que la conservation d'un tel enregistrement soit absolument nécessaire et ne puisse être remplacée par un résumé écrit versé au dossier concerné.
- Une réglementation précise de l'utilisation des données enregistrées doit être mise sur pied, principalement quant à leur communication à des tiers. Il conviendra notamment d'insister sur le fait qu'un enregistrement est à usage strictement interne et ne doit en principe pas être communiqué, ou alors sous forme d'un écrit relatant succinctement l'essentiel du message

téléphonique concerné. Si cette communication est malgré tout nécessaire dans son intégralité, elle doit alors être effectuée selon des règles similaires au chapitre 42 des Directives du Conseil fédéral.

5. Conclusion

L'enregistrement des conversations téléphoniques n'est pénalement pas punissable, dans les limites susmentionnées. Cependant, une telle pratique devrait être évitée dans la mesure du possible, ou utilisée dans les cas d'absolue nécessité, en particulier au sein de l'administration. La sphère privée de l'individu serait ainsi protégée, et la confiance de ce dernier dans les services publics auxquels il s'adresse en serait accrue.

JAAC 56.12 - Office fédéral de la justice, juin 1990).

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	1992
Année	
Anno	
Band	56
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 001 487

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.

Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.