

97.462

Initiative parlementaire
Code pénal. Révision de l'art. 179^{quinquies}
pour la protection des mouvements d'affaires

Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats

du 2 mai 2001

Madame la Présidente,
Mesdames et Messieurs,

Conformément à l'art. 21^{quater}, al. 3, de la loi sur les rapports entre les conseils (LREC), nous avons l'honneur de vous transmettre le présent rapport en même temps qu'au Conseil fédéral pour prise de position.

La commission propose d'adopter le projet de loi ci-joint.

2 mai 2001

Au nom de la commission:

Le président, Dick Marty

Condensé

Le 19 décembre 1997, Monsieur Bruno Frick, conseiller aux Etats, a déposé une initiative parlementaire visant à modifier l'art. 179^{quinquies} du code pénal de sorte que ne soit pas punissable celui qui, uniquement pour éviter toute erreur et toute méprise, aura enregistré une conversation à usage non public à laquelle il aura participé. Le Conseil des Etats a donné suite à cette initiative le 10 juin 1998.

Depuis la révision de cette disposition entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998, seul l'enregistrement des appels de détresse pour le compte de services d'assistance, de secours ou de sécurité n'est pas punissable. Tous les autres enregistrements de conversations téléphoniques sans l'accord des participants sont désormais punissables sur plainte. Cette réglementation ne tient pas compte des habitudes de la vie sociale et commerciale d'aujourd'hui. On pense notamment à des réservations, commandes ou autres transactions passées par téléphone, qui sont courantes dans le domaine du tourisme, des maisons d'envoi par correspondance, des cambistes, banquiers ou journalistes. Aujourd'hui, de nombreuses conversations téléphoniques sont enregistrées à titre de preuve ou pour éviter des erreurs.

La commission des affaires juridiques a élaboré un projet qui élargit la liste des états de fait non punissables, tout en tenant compte de la protection de la sphère privée, des droits de la personnalité et du respect des dispositions en matière de protection des données. Le nouvel art. 179^{quinquies} CP déclare non punissable

- l'enregistrement par un interlocuteur ou un abonné à la ligne utilisée, de conversations téléphoniques avec des services d'assistance, de secours ou de sécurité;*
- l'enregistrement par un interlocuteur ou un abonné à la ligne utilisée, de conversations téléphoniques, pour autant que tous les interlocuteurs en soient préalablement informés;*
- l'enregistrement par un interlocuteur ou un abonné à la ligne utilisée, de conversations téléphoniques auxquelles participe un entrepreneur, utilisé ensuite uniquement à titre de preuve concernant le contenu commercial de la conversation.*

Rapport

1 Historique

Le 19 décembre 1997, Monsieur Bruno Frick, conseiller aux Etats, a déposé une initiative parlementaire visant à modifier le code pénal de sorte que ne soit pas punissable celui qui, uniquement pour éviter toute erreur et toute méprise, aura enregistré une conversation à usage non public à laquelle il aura participé.

L'art. 179^{quinquies} actuel du code pénal (RS 311.0), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1998, dépenalise uniquement l'enregistrement des appels de détresse pour le compte de services d'assistance, de secours ou de sécurité. Tous les autres enregistrements de conversations téléphoniques sans l'accord des participants sont désormais punissables sur plainte. Jusqu'à la révision de cette disposition, l'enregistrement de conversations téléphoniques était notamment autorisé à titre exceptionnel, pour «celui qui aura écouté, au moyen d'un poste téléphonique ou d'une installation accessoire autorisée par l'entreprise des PTT, ou qui aura enregistré sur un porteur de son, une conversation transmise par une installation téléphonique soumise à la régle des téléphones». En même temps que l'assouplissement progressif du monopole des PTT sur les téléphones, cette disposition a été par la suite interprétée de façon de plus en plus souple. Non seulement les banques, les cambistes, les voyageurs faisaient un usage accru de la possibilité d'enregistrer des conversations sans l'assentiment des personnes concernées, mais aussi les journalistes, qu'il s'agisse en l'occurrence de garantir des preuves ou d'éviter des malentendus.

Le 23 février 1998, la commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a proposé, par 9 voix contre 2, de donner suite à l'initiative. Elle s'est alors exprimée clairement en faveur de la protection de la sphère privée, des droits de la personnalité et du respect des dispositions en matière de protection des données. Le 10 juin 1998, le Conseil des Etats a décidé de donner suite à l'initiative sans opposition.

Conformément à l'art. 21^{quater}, al. 1, de la loi sur les rapports entre les conseils (LREC; RS 171.11), le Conseil des Etats a chargé la commission des affaires juridiques d'élaborer un projet d'acte législatif. En application de l'art. 21^{quater}, al. 2, LREC, la commission a demandé au Département fédéral de justice et police de la seconder dans ses travaux. La commission a élaboré un avant-projet¹ et prié le Conseil fédéral de mettre en œuvre une procédure de consultation. La procédure de consultation a duré du 20 mars au 30 juin 2000.

Se fondant sur les résultats² de la consultation, la commission a modifié l'avant-projet. Elle a adopté le présent projet à l'unanimité.

¹ Rapport explicatif et avant-projet du 4 novembre 1999 concernant la modification du code pénal suisse.

² Cf. à ce sujet le résumé des résultats de la procédure de consultation sur l'avant-projet de la commission des affaires juridiques du Conseil des Etats concernant la modification de l'art. 179^{quinquies} CP, Office fédéral de la justice, août 2000, ainsi que le ch. 24 ci-après.

2

Grandes lignes du projet

2.1

L'évolution de la situation juridique avant l'entrée en vigueur de la loi révisée sur les télécommunications

En vertu des dispositions pénales des art. 179^{bis} ss CP³, est punissable tout tiers ou interlocuteur qui aura enregistré sur un porteur de son une conversation non publique – une conversation téléphonique par exemple – sans le consentement des interlocuteurs.

Sous la note marginale «actes non punissables», l'art. 179^{quinquies}, al. 1, CP prévoyait d'exclure la responsabilité pénale en cas d'enregistrement de conversations passant par une installation téléphonique soumise à la régle des téléphones et enregistrées sur un support de son au moyen d'une installation spéciale autorisée par l'Entreprise des PTT.

Cette exception au caractère répréhensible de l'enregistrement sans l'accord des interlocuteurs de conversations téléphoniques est devenue la règle au cours de la libéralisation par étapes des télécommunications. Il en a été ainsi principalement pour deux raisons: premièrement parce que les exigences en matière d'autorisation étaient limitées à l'homologation des appareils d'enregistrement; deuxièmement, à partir du début des années nonante, l'obligation d'annoncer, donc d'inscrire les raccordements dont les titulaires se réservaient le droit de procéder à des enregistrements dans les annuaires téléphoniques (le symbole communément appelé pick-up) a également été abandonnée par la nouvelle législation en matière de télécommunications.

Le but des art. 179^{bis} ss CP, c'est-à-dire protéger l'interlocuteur contre un enregistrement à son insu de paroles normalement éphémères et, partant, contre leur utilisation ultérieure, éventuellement dans un contexte différent, n'était ainsi plus réalisé pour ce qui est des conversations téléphoniques. Pour cette raison, dans son message au sujet de la révision de la loi sur les télécommunications⁴, le Conseil fédéral a prévu une formulation nettement plus restrictive de la disposition d'exception. En vertu de cette dernière, seul celui qui aura enregistré des appels de détresse pour le compte de services d'assistance, de secours ou de sécurité n'est pas punissable. Cette nouvelle formulation de l'art. 179^{quinquies} du code pénal n'a pas été contestée par les Chambres fédérales. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998, avec la nouvelle loi sur les télécommunications⁵.

2.2

L'art. 179^{quinquies} CP actuellement en vigueur

Ce nouvel art. 179^{quinquies} a pour conséquence que, à l'exception des appels de détresse pour le compte de services d'assistance, de secours ou de sécurité, la loi ne prévoit plus aucun cas d'enregistrement de conversations téléphoniques sans le consentement des interlocuteurs non punissable en vertu de la loi. Au contraire,

³ Introduits par la LF du 20 décembre 1968 renforçant la protection pénale du domaine personnel secret; RO 1969 327 ss; cf. à ce sujet le message du Conseil fédéral in FF 1968 I 609 ss.

⁴ FF 1996 III 1361

⁵ RO 1997 2187

chaque personne qui désire enregistrer ses conversations doit en informer ses interlocuteurs, comme le fait automatiquement tout répondeur téléphonique aujourd'hui⁶. Il en découle que des enregistrements qui, auparavant, étaient couramment réalisés peuvent maintenant être constitutifs d'une responsabilité pénale. Il en va notamment ainsi des enregistrements effectués à titre de preuve ou afin d'éviter les malentendus dans le cadre des mouvements d'affaires tels qu'ils sont par exemple réalisés par les banques, les négociants en devises ou dans les domaines des commandes et des réservations.

2.3 Options d'une nouvelle réglementation et avant-projet du 4 novembre 1999 de la commission

L'art. 179^{quinquies} CP actuel a pour conséquence que la sphère privée et les droits de la personnalité priment presque toujours les intérêts d'un enregistrement. La commission est d'avis que la situation juridique présente n'est pas en phase avec la réalité et ne répond pas aux besoins de la vie sociale et du monde des affaires. La révision de l'art. 179^{quinquies} CP doit permettre de trouver un juste milieu entre l'interdiction totale et l'autorisation illimitée.

Pour atteindre ce but, la commission a examiné plusieurs concepts de réglementation. L'une des solutions possibles consisterait à élaborer une réglementation spéciale qui – contrairement au cas de conversations privées entre interlocuteurs physiquement présents – partirait du principe de l'admissibilité de l'enregistrement de conversations téléphoniques par un interlocuteur ou le titulaire du raccordement, sous réserve d'opposition de la part des autres interlocuteurs. La loi admettrait donc une acceptation tacite de la part des autres interlocuteurs. Cette présomption pourrait toutefois être renversée par l'opposition explicite d'un interlocuteur qui ne souhaiterait pas que la conversation soit enregistrée. Un enregistrement réalisé malgré l'opposition explicite d'un interlocuteur resterait donc punissable. Une telle réglementation serait relativement simple et claire. La protection pénale contre des enregistrements et des écoutes de conversations téléphoniques par des tiers demeurerait entière. Il est en revanche incontestable que cette solution irait totalement à l'encontre du renforcement de la protection de la personnalité visé par la révision de la loi sur les télécommunications.

La commission a également examiné la possibilité de régler la question au moyen d'un modèle qui ne tiendrait pas compte des modalités d'enregistrement de la conversation, mais de l'utilisation ultérieure de l'enregistrement. Une telle solution permettrait il est vrai de prendre très largement en compte la formulation de l'initiative parlementaire. Toutefois, la protection des interlocuteurs participant à une conversation téléphonique contre un enregistrement à leur insu serait à nouveau totalement supprimée. La découverte ultérieure d'une utilisation abusive pourrait s'avérer extrêmement difficile, et ceci d'autant plus que le droit pénal ne comporte pratiquement pas de mesures d'accompagnement au sujet de la conservation, de la sécurité et de la destruction d'enregistrements privés.

Pour ces raisons, la commission est parvenue à la conclusion que l'art. 179^{quinquies} CP devrait à l'avenir encore se référer en premier lieu aux conditions de licéité de l'enregistrement d'une conversation. Il conviendra en outre de s'assurer que les

⁶ Cf. le message in FF 1996 III 1411

citoyennes et les citoyens concernés puissent facilement savoir à quelles conditions ils doivent compter avec l'enregistrement de leurs conversations téléphoniques. Enfin, le principe de la confidentialité et du non-enregistrement des conversations téléphoniques devra être préservé.

Sur la base de ces réflexions, la commission a proposé dans l'avant-projet du 4 novembre 1999 de compléter l'actuel art. 179^{quinquies} CP par deux exceptions supplémentaires. Outre l'autorisation actuelle d'enregistrer des appels de détresse pour le compte de services d'assistance, de secours ou de sécurité (al. 1), la commission proposait que la clause relative aux actes non punissables soit étendue à l'enregistrement d'une conversation téléphonique, entrante ou sortante, par un interlocuteur ou l'abonné de la ligne utilisée, pour autant que tous les interlocuteurs en soient informés préalablement de manière suffisante (al. 2). Elle proposait également que tout interlocuteur puisse enregistrer une conversation entrante dans la mesure où les annuaires des usagers mentionnent cette possibilité (al. 3).

2.4 Résultats de la procédure de consultation

Dans le cadre de la procédure de consultation, 52 participants (25 cantons, 7 partis, le Tribunal fédéral, 16 associations et organisations, ainsi que 3 entreprises et des particuliers) se sont exprimés sur l'avant-projet. La nécessité d'une révision de l'art. 179^{quinquies} CP et l'orientation du projet ont été largement approuvées. Les solutions concrètes proposées dans l'avant-projet n'ont cependant été approuvées en tout ou en partie que par une faible majorité de participants.

S'agissant de l'al. 1 de l'avant-projet qui ne change pas par rapport au droit en vigueur, la majorité des participants était d'avis que la réglementation se révélerait inapplicable dans le quotidien de la police. C'est pourquoi il a été proposé de compléter le texte en ce sens que pourrait être enregistré, outre les appels de détresse, l'ensemble des télécommunications des centrales d'alarme et d'engagement policières.

La nouvelle disposition proposée à l'al. 2 n'a pas donné lieu à de nombreuses remarques, ce qui laisse à penser que le principe de la norme reçoit le soutien d'une majorité de participants.

En revanche, l'al. 3 a suscité de nombreuses remarques, le plus souvent négatives. Cette disposition s'est vu pour l'essentiel opposer les objections suivantes:

- La publicité ou la transparence de l'enregistrement envisagé est insuffisante pour les participants à la conversation.
- La référence aux annuaires des usagers n'est pas une solution praticable dans le cadre libéralisé du marché des télécommunications.
- Les participants désireux de s'informer et qui n'auraient pas accès aux annuaires électroniques sont contraints de recourir aux renseignements parlés qui ne sont pas gratuits.

2.5

Remaniement de l'avant-projet

Se fondant sur ces résultats, la commission a décidé de remplacer l'al. 3 de l'avant-projet par une nouvelle disposition qui exclut la punissabilité d'interlocuteurs ou d'abonnés à la ligne utilisée qui, dans le cadre des mouvements d'affaires, enregistrent des conversations auxquelles participe au moins un entrepreneur. De tels enregistrements ne peuvent en outre être utilisés qu'à titre de preuve concernant le contenu commercial de la conversation. En revanche, les deux autres alinéas de l'art. 179^{quinquies} de l'avant-projet n'ont subi que des modifications mineures.

3

Commentaire du nouvel art. 179^{quinquies} CP proposé

Let. a. N'est pas punissable en vertu de l'art. 179^{quinquies} actuel celui qui enregistre des appels de détresse pour le compte de services d'assistance, de secours ou de sécurité. La notion d'appel de détresse pose aux services d'assistance, de secours ou de sécurité le problème de l'arrêt de l'enregistrement ou de l'information des intéressés sur le fait que la conversation est enregistrée lorsqu'il apparaît que le contenu de celle-ci ne constitue pas un appel de détresse. Dans le cadre de la procédure de consultation, cette réglementation a fait l'objet de diverses critiques en ce qui concerne son application. Le remplacement de la notion d'appel de détresse par celle de conversation téléphonique tient compte de cette objection. Les services d'assistance, de secours et de sécurité peuvent dès lors enregistrer en permanence leurs télécommunications.

Une seconde modification par rapport au droit en vigueur réside en ceci que, comme aux let. b et c du projet, ici aussi les interlocuteurs ou les abonnés à la ligne utilisée sont habilités à enregistrer leurs conversations. Ainsi la nouvelle réglementation de l'art. 179^{quinquies} suit-elle le principe selon lequel les participants à une conversation téléphonique peuvent réaliser des enregistrements aux mêmes conditions.

La *let. b*, et *c*'est nouveau, déclare également non punissable «celui qui, en tant qu'interlocuteur ou en tant qu'abonné à la ligne utilisée, enregistre une conversation téléphonique, pour autant qu'il en informe au préalable tous les interlocuteurs de manière suffisante». La notion de «interlocuteur ou abonné», qui trouve application dans les trois variantes de l'art. 179^{quinquies}, inclut d'une part les participants à la conversation et, d'autre part, tous les abonnés à la ligne utilisée ou les personnes physiques (par exemple dans une entreprise) agissant pour eux. Doivent être distingués des interlocuteurs et des abonnés les tiers extérieurs; la protection pénale contre les écoutes et les enregistrements par des tiers – par exemple au moyen d'un raccordement illicite à la ligne – n'est pas limitée par l'art. 179^{quinquies}.

L'enregistrement n'est ainsi pas punissable lorsque l'interlocuteur ou l'abonné à la ligne utilisée en «informe au préalable tous les interlocuteurs de manière suffisante». Il s'agit d'une information préalable lors de chaque conversation téléphonique, notamment sous forme standardisée d'une annonce automatique. L'expression «de manière suffisante» signifie que l'indication préalable de l'enregistrement ne doit pas être forcément explicite lorsque les interlocuteurs peuvent, d'une autre manière, se rendre compte sans problème qu'un enregistrement a lieu, comme c'est le cas lors de l'utilisation d'un répondeur téléphonique. Le concept de réglementation proposé se fonde sur des exigences minimales standardisées régissant la publicité donnée à la possibilité d'enregistrement d'une conversation téléphonique; il ne présuppose pas

cependant l'information de chaque interlocuteur dans le cas d'espèce. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que les annonces automatiques soient faites dans plusieurs langues.

Let. c. Ne sont pas punissables au sens de la let. c de l'art. 179^{quinquies}, totalement nouvelle par rapport au texte soumis à la consultation, l'interlocuteur ou l'abonné à la ligne utilisée qui, dans le cadre des mouvements d'affaires, enregistre une conversation téléphonique à laquelle participe un entrepreneur. Par mouvements d'affaires, on entend des tractations, la conclusion ou la préparation de contrats de droit privé. Pour les intéressés, la conversation doit avoir trait de manière évidente aux mouvements d'affaires. En outre, au moins un des participants à la conversation doit être un entrepreneur. En d'autres termes, il doit s'agir d'une personne qui fait des affaires à titre professionnel. Cette restriction doit permettre d'éviter que de simples conversations privées soient enregistrées sans que les interlocuteurs aient été au préalable informés, simplement parce qu'elles portent sur la conclusion d'un contrat.

Cela mis à part, comme l'enregistrement de la conversation ne pourra ensuite être utilisé qu'à titre de preuve concernant le contenu commercial de celle-ci, il convient de ne pas poser de critères trop sévères à sa licéité. L'utilisation licite va de l'utilisation de l'enregistrement à titre de preuve jusqu'à la levée de malentendus en passant par les démarches précédant un procès. Reste toutefois punissable celui qui utilise les enregistrements à des fins non autorisées, quand bien même ceux-ci ont été faits en toute légalité. Que l'on pense par exemple au cas où une déclaration d'ordre privé est transmise à un tiers. En revanche, ne pas utiliser des enregistrements réalisés en toute légalité, mais simplement les conserver, est couvert par la let. c.

4 Droit comparé

En Allemagne: selon l'art. 201, al. 1, ch. 1, StGB, est punissable quiconque enregistre sans autorisation les paroles prononcées à titre privé par un tiers. Cette disposition vise en principe également l'enregistrement de conversations téléphoniques par l'un des interlocuteurs. Il n'y a cependant infraction que si cet enregistrement est effectué à l'insu de la personne concernée: dans le cas contraire, l'auteur de l'enregistrement n'est pas réputé agir «sans autorisation». Par ailleurs, il est possible d'invoquer un consentement implicite, s'agissant notamment de communications téléphoniques à caractère professionnel ou officiel.

En France: l'art. 226-1 du Code pénal prévoit notamment qu'il est punissable de «capter, d'enregistrer ou de transmettre, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel». Il est cependant précisé que «lorsque les actes [concernés] 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». La loi ne prévoit pas de dispositions particulières pour l'enregistrement de conversations téléphoniques.

En Italie: les art. 615^{bis}, 617 et 617^{bis} CP, qui régissent la protection de la vie privée contre les atteintes illicites, contre l'interception des télécommunications et contre l'utilisation d'appareils enregistreurs, ne sont applicables qu'aux tierces personnes. Ainsi, l'enregistrement d'une conversation téléphonique par l'un des interlocuteurs n'est pas punissable, et il constitue un moyen de preuve recevable par la justice.

En Autriche: selon l'art. 120 StGB, qui régit l'enregistrement des conversations téléphoniques, l'enregistrement lui-même n'est pas punissable, même s'il est effectué à l'insu de l'interlocuteur. Sa publication ou sa remise à un tiers non autorisé, au contraire, sont punissables si elles sont effectuées sans le consentement de la personne dont les propos ont été enregistrés.

5 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

Pour la Confédération comme pour les cantons, la modification envisagée n'entraîne pas de conséquence financière ou sur l'état du personnel.

6 Constitutionnalité

En vertu de l'art. 123, al. 1, de la Constitution, la compétence législative en matière de droit pénal incombe à la Confédération.