

FEDERATION SUISSE DES AVOCATS

Prise de position sur l'avant-projet de révision de l'article 179 quinquies du code pénal suisse, pour la protection des mouvements d'affaires

A.- Depuis le 1^{er} janvier 1969, la loi pénale protège le caractère éphémère de la parole notamment dans le domaine des télécommunications. Mais l'interdiction de l'enregistrement sans consentement préalable n'est pas absolue. L'avant-projet mis en consultation et le rapport qui l'accompagne illustrent la difficulté qu'il y a à pondérer, en la matière, le besoin de protection de la personnalité et les nécessités de la vie moderne.

La solution retenue en 1968, comme le relève le rapport, avait abouti à vider la loi de son effet protecteur; l'autorisation de branchement d'un enregistreur n'avait qu'un caractère technique et l'obligation de mentionner, dans l'annuaire, la possibilité d'enregistrement avait été supprimée. La nouvelle version de l'article 179 quinquies, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998, est fondée sur la primauté absolue de la protection de l'interlocuteur : l'enregistrement sans consentement n'est admis que pour les appels de détresse destinés à des services de sécurité ou de secours. L'initiative de Monsieur le Conseiller Frick et le rapport mis en consultation montrent l'inadéquation et des solutions laxistes et des parti pris de rigueur; les premières sacrifient la protection de la personnalité et les seconds ignorent les nécessités de la vie moderne.

La Fédération Suisse des Avocats approuve donc, dans son principe, l'initiative de Monsieur le Conseiller Frick et les objectifs qu'il lui a fixés. Elle doute cependant de l'opportunité de certaines des solutions retenues dans l'avant-projet, lequel représente, dans une large mesure, un retour au système de la loi de 1968.

B.- L'enregistrement sans consentement d'une conversation téléphonique constitue une atteinte grave à la personnalité de l'interlocuteur. Outre qu'elle peut s'analyser comme une appropriation de la voix humaine et donc une aliénation portée à l'interlocuteur, elle met ce dernier en position de faiblesse à l'égard de l'auteur. L'interlocuteur piégé est exposé au risque de reproduction non voulue ou intempestive de paroles prononcées comme éphémères. L'utilisation de l'enregistrement peut donc causer un préjudice et sa seule existence peut entraîner un sentiment d'insécurité. L'enregistrement des conversations téléphonique, dans les cas où il ne répond pas à un intérêt légitime, peut introduire la méfiance dans les relations sociales et, en dernière analyse, compromettre l'usage des télécommunications comme véhicule d'informations, de pensées, de sentiments. Le risque est d'autant plus grand que l'on n'envisage pas de prévoir, pour l'autorisation d'enregistrement, une procédure administrative où l'on pourrait imposer des mesures d'accompagnement pour la conservation, la sécurité et l'utilisation des porteurs de son.

Il est néanmoins des domaines, dans la vie des affaires ou dans l'exercice de certaines professions, où l'enregistrement répond à une nécessité. En son absence, la sécurité des affaires ne pourrait être garantie qu'au moyen d'écrits, et l'on devrait renoncer aux avantages, notamment la rapidité, inhérents aux télécommunications. On peut citer, comme dans le rapport, le cas des banques, des agents en bourse, des voyagistes, même si la nécessité de l'enregistrement perd de son importance avec l'expansion du courrier électronique. Ces situations, dans lesquelles une personne normalement sensible peut accepter le principe d'un enregistrement, sont simultanément celles où le risque d'accidents et d'abus est le plus faible.

En l'absence de procédure d'autorisation, l'option de principe retenue dans l'avant-projet peut être approuvée : la licéité de l'enregistrement est liée à la clarté et à la loyauté de l'information donnée à cet égard.

- Celui qui a des motifs légitimes, liés à la vie des affaires, de procéder à des enregistrements n'hésitera pas à annoncer sa pratique. A la différence de celui qui épie la parole d'autrui, pour en tirer des avantages ou se ménager une position de force.
- Celui qui n'a pas prêté attention à une information appropriée, ne peut s'en prendre qu'à lui-même s'il est enregistré sans y prendre garde.

C.- La mise en œuvre de ces principes dans l'avant-projet, plus précisément à l'alinéa 3 du nouvel article 179 quinquies, n'apparaît pas adéquate :

- a) La distinction entre appel sortant et appel entrant ne répond pas aux exigences de la pratique. Il arrive très fréquemment que deux interlocuteurs doivent s'appeler réciproquement plusieurs fois avant de se joindre. Le hasard finira par déterminer qui sera l'appelant et qui, le répondant. Si un client appelle son correspondant dans une banque pour passer un ordre de bourse, l'enregistrement serait licite selon le projet, autant que les autres conditions soient réunies; il serait punissable si le banquier, absent quelques minutes de son bureau, rappelle son client.
- b) La grande majorité des connexions ne se fait pas sur la base d'une recherche dans un annuaire; le numéro du raccordement est connu par information orale, par des papiers d'affaires, par des cartes de visite, par des sites internet, ou est stocké dans une mémoire de l'appelant. Obliger celui qui veut établir une connexion, à consulter l'annuaire pour se prémunir d'un enregistrement clandestin représenterait une contrainte incompatible avec les exigences de la vie pratique. Celui qui sera

enregistré à son insu n'aura finalement pas reçu une information adéquate, sans qu'on puisse lui en faire le reproche.

- c) Les recherches imposées à l'interlocuteur soucieux d'éviter des enregistrements deviennent d'autant plus disproportionnées que se multiplient les fournisseurs de télécommunications et les annuaires correspondants. On doit également tenir compte du retard dans la publication des annuaires imprimés, qui restent la référence pour la majeure partie des usagers.

D.- La technique des télécommunications devrait sans autre permettre d'insérer au début d'une communication, entrante ou sortante, une annonce portant sur la possibilité d'un enregistrement. Cette annonce pourrait même être remplacée par un message sonore conventionnel, pour autant que sa signification fasse l'objet d'une information large dans le public. On ne voit pas pour quel motif les entreprises qui désirent recourir à l'enregistrement - et ont certes souvent de bonnes raisons de le faire - ne recourraient pas à ces techniques. L'information donnée à l'interlocuteur serait claire et loyale et ne porterait pas atteinte aux intérêts de l'auteur de l'enregistrement, pour autant que sa pratique réponde à un besoin socialement reconnu.

Pour ces motifs, la Fédération Suisse des Avocats propose

- de supprimer l'alinéa 3 de l'avant-projet de nouvel article 179 quinquies,
- de modifier légèrement le libellé de l'alinéa 2, dans le sens qui suit :

"celui qui aura enregistré une conversation téléphonique, que ce soit en tant qu'interlocuteur ou en tant qu'abonné à la ligne utilisée, pour autant qu'une information préalable appropriée soit donnée, lors de la conversation, sur la possibilité d'un enregistrement."

Une autre solution, à caractère complémentaire, mériterait également d'être examinée. A l'occasion d'une prochaine renumérotation de tous les raccordements, on pourrait réserver un préfixe particulier aux abonnés qui installent un appareil d'enregistrement. Les appels entrants pourraient alors être enregistrés sans consentement préalable car celui qui aurait composé le numéro connaîtrait la portée du préfixe. Cette solution pourrait notamment faciliter l'action de la police, puisqu'il suffirait d'attribuer aux corps de police des numéros de raccordement du type décrit ci-dessus.

Berne, le 29 juin 2000

Pour la Fédération Suisse des Avocats :

Le président:

Le secrétaire :

Jean-Pierre Gross

René Rall