

# **GE\_GERICHTE AARP/212/2019 vom 10. Januar 2019**

GE Cour de justice, 2019-01-10, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_AARP\\_212\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_AARP_212_2019)

FR: GE\_GERICHTE AARP/212/2019 du 10 janvier 2019

IT: GE\_GERICHTE AARP/212/2019 del 10 gennaio 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'appel est recevable pour avoir été interjeté et motivé selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 CPP).

La Chambre limite son examen aux violations décrites dans l'acte d'appel (art. 404 al. 1 CPP), sauf en cas de décisions illégales ou inéquitables (art. 404 al. 2 CPP).

### **E. 2.1**

Selon l'art. 179ter CP, celui qui, sans le consentement des autres interlocuteurs, aura enregistré sur un porteur de son une conversation non publique à laquelle il prenait part (al. 1) ; celui qui aura conservé un enregistrement qu'il savait ou devait présumer avoir été réalisé au moyen d'une infraction visée à l'al. 1, ou en aura tiré profit, ou l'aura rendu accessible à un tiers (al. 2), sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire.

- 5/11 - P/24393/2017

### **E. 2.2**

Dans un arrêt ancien, le Tribunal fédéral a considéré qu'il ressortait du libellé du titre de l'art. 179ter CP que le bien juridique protégé par cette disposition était la sphère secrète ou privée et estimé que toutes les conversations "non publiques" n'étaient pas protégées par cette norme. L'art. 179ter CP ne protégeait que les conversations à caractère purement privé, ce qui était le cas, par exemple, des déclarations de nature personnelle ou des propos tenus en réunions d'affaire. Une conversation menée sur la base d'une obligation de droit public ne relevait en revanche pas de la sphère privée des participants à la conversation. Ainsi, un interrogatoire de police effectué dans le cadre d'une procédure en cours devait être considéré comme une "tâche officielle" de la police et, par conséquent, les propos tenus dans ce contexte ne pouvaient pas être considéré comme "non publics" au sens de cette disposition. Le Tribunal fédéral a toutefois précisé qu'il ne pouvait pas être déduit de ce qui précède une autorisation générale pour le prévenu d'enregistrer son audition.

L'enregistrement était en effet susceptible d'inhiber, d'émouvoir, d'énerver ou encore de déconcentrer les interlocuteurs et ainsi de compromettre la bonne marche et le résultat de l'opération. Il existait également un risque que l'enregistrement soit coupé ou complété pour être utilisé dans une version mensongère. L'interdiction d'enregistrer une audition pouvait donc avoir pour but légitime d'éviter que l'enquête ne soit troublée, et pouvait donc être imposée (ATF 108 IV 161). L'interprétation particulièrement restrictive de la notion de "conversation non publique" utilisée dans cet arrêt a été largement critiquée et rejetée par la doctrine majoritaire, qui considère que les conversations non publiques ayant lieu par-devant une autorité doivent être protégées contre les enregistrement clandestins. (M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI

(éds), Code pénal - Petit commentaire, 2e éd., Bâle 2017, ad art. 179bis N 7 ; G. STRATENWERTH / B. JENNY / F. BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I : Straftaten gegen Individualinteressen, 7e éd., Berne 2010, §12 N 25 ; J. HURTADO POZO, Droit pénal : partie spéciale, nouv. éd., Genève/Zurich/Bâle 2009, §81 N 2203 ; A. DONATSCH, Strafrecht III : Delikte gegen den Einzelnen, 10e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 402).

### **E. 2.3**

La doctrine susmentionnée estime que l'art. 179ter CP protège la sphère privée et le droit de s'exprimer spontanément dans cette sphère. Cette disposition vise en particulier à protéger les autres participants à une conversation contre un enregistrement clandestin de propos qu'ils conçoivent comme non publics et qu'ils ont choisi de tenir dans un cercle restreint et dans une certaine situation (M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI (éds), op. cit., N 2 et 4 ; G. STRATENWERTH / B. JENNY / F. BOMMER, op. cit., §12 N 42 ; J. HURTADO POZO, op. cit., §82 N 2231 ss ; A. DONATSCH, op. cit., p. 407). La notion de publicité doit s'interpréter selon l'intérêt juridique protégé par la disposition pénale en question et son but (G. STRATENWERTH / B. JENNY / F. BOMMER, op. cit., §12 N 24 ; J. HURTADO POZO, op. cit., § 81 N 2202).

- 6/11 - P/24393/2017 Les mots "non publique" se rattachent à la nature de la discussion, non pas tant à la question de savoir si celle-ci est ou non audible par tout un chacun. Il ne s'agit pas d'exiger une conversation à proprement parler privée et secrète. Le critère, en termes de conversation "non publique", est plus large. Par exemple, en principe, une conversation est toujours publique si, selon la volonté de son auteur, elle doit être entendue par un large groupe de personnes, lesquelles ne sont pas liées par des relations personnelles. C'est le cas, par exemple, lors d'une réunion accessible à tous à la télévision ou à la radio, indépendamment du fait que quelqu'un la regarde ou l'écoute réellement. Inversement, une conversation qui ne peut être entendue par un tiers sans effort particulier, comme par exemple une conversation dans un café ou dans un autre lieu public, est privée. (M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI (éds), op. cit., ad art. 179bis N 6 ; G. STRATENWERTH / B. JENNY / F. BOMMER, op. cit., §12 N 24 ; J. HURTADO POZO, op. cit., § 81 N 2202). Peu importe le contenu de la conversation, il n'est pas nécessaire que celui-ci soit secret puisque c'est le caractère privé de la conversation qui est protégé et non sa teneur (M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI (éds), op. cit., ad art. 179bis N 3 et 4 et références citées). Lors de l'examen de ces conditions, le tribunal doit prendre en compte le contexte dans lequel s'est déroulée la conversation et les circonstances concrètes du cas d'espèce (G. STRATENWERTH / B. JENNY / F. BOMMER, op. cit., §12 N 24 ; J. HURTADO POZO, op. cit., § 81 N 2202).

### **E. 2.4**

Le Tribunal fédéral a, jusqu'à ce jour, refusé de se prononcer sur l'avis de la doctrine (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_925/2018 du 7 mars 2019, consid. 1.4).

### **E. 2.5**

Les comportements réprimés par l'art. 179ter CP sont intentionnels. Le dol éventuel suffit (M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI (éds), op. cit., ad art. 179ter N 7 et 13). L'auteur doit avoir non seulement la conscience du caractère non public de la conversation et de l'absence de consentement des

participants, mais aussi la volonté d'enregistrer la conversation bien que ledit consentement fasse défaut (J. HURTADO POZO, op. cit., § 82 N 2235). S'agissant de la transmission à des tiers d'enregistrements effectués en violation de l'al. 1, l'auteur doit savoir ou tout au moins présumer que lesdits enregistrements ont été réalisés au moyen d'une infraction punie par l'art. 179ter al. 1 CP. Le dol éventuel suffit.

### **E. 2.6**

Conformément à l'art. 21 CP, quiconque ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite n'agit pas de manière coupable ; le juge atténue la peine si l'erreur était évitable.

- 7/11 - P/24393/2017 Le Tribunal fédéral a considéré que seul celui qui a des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir peut être mis au bénéfice de l'erreur sur l'illicéité (ATF 128 IV 201 consid. 2 ; ATF 104 IV 217 consid. 3). Le fait d'avoir des raisons suffisantes de tenir son comportement pour non punissable ne suffit toutefois pas, l'auteur devant encore avoir des raisons qui lui permettent d'admettre qu'il ne fait rien d'illicite (ATF 118 IV 167, consid. 4 notamment). La connaissance de la punissabilité, comme de la norme spécifique interdisant le comportement n'est pas pertinente (ATF 138 IV 13 consid. 8). Une erreur sur l'illicéité est évitable lorsque l'auteur aurait dû avoir des doutes quant à la licéité de son comportement (ATF 121 IV 109 consid. 5 notamment) ainsi que lorsque l'auteur a négligé de s'informer suffisamment tout en sachant qu'une réglementation juridique existait (ATF 120 IV 208 consid. 5b notamment). L'auteur est en effet tenu de se renseigner préalablement auprès des autorités compétentes (ATF 129 IV 6, consid. 3.1). Le juge doit examiner le caractère évitable de l'erreur en tenant compte non seulement des circonstances personnelles de l'auteur, telles que son degré de socialisation ou d'intégration, mais encore des circonstances matérielles qui ont pu l'induire en erreur (M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI (éds), op. cit., ad art. 21 N 9 et arrêts cités).

### **E. 2.7**

En l'espèce, contrairement à ce qu'allègue l'appelant, la situation visée par l'ATF 108 IV 161 et les faits de la présente cause ne sont pas similaires. Les conversations téléphoniques enregistrées par l'appelant ne peuvent en effet pas être assimilées à un interrogatoire officiel de police puisque, lors d'un tel interrogatoire, il aurait été informé de ses droits et ses propos dûment consignés par écrit et versés au dossier de la cause. Tel n'a pas été le cas in casu, les appels s'étant inscrits dans une démarche préalable à l'ouverture éventuelle d'une enquête officielle. Par ailleurs, la dénonciation n'était pas dirigée contre l'appelant, mais contre des agents de surveillance employés par sa société. L'appelant n'était ainsi partie à aucune procédure pénale et n'était pas entendu à ce titre. A aucun moment l'intimé n'a laissé entendre le contraire à l'appelant. En outre, le Tribunal de police a relevé à juste titre que, contrairement au cadre d'une audition officielle au poste de police lors de laquelle le policier serait en mesure de saisir si besoin l'appareil de prise de son, l'intimé n'avait, en l'espèce, ni connaissance de l'enregistrement, ni les moyens de la faire cesser dans l'intérêt de l'enquête, possibilité réservée à l'agent de police par le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité. De tels enregistrements peuvent effectivement nuire au bon déroulement d'une enquête policière, lequel doit être protégé. Les paroles échangées entre l'appelant et l'intimé l'ont été dans un contexte dans lequel elles n'étaient pas destinées à être entendues par des tierces personnes. Au regard de ce qui précède, les conversations enregistrées par l'appelant

peuvent être qualifiées de non publiques.

- 8/11 - P/24393/2017 L'appelant a passé les deux appels téléphoniques en choisissant délibérément d'utiliser celui de ses téléphones portables équipé d'une application d'enregistrement de conversation automatique. Bien qu'il utilisait ce système d'enregistrement sans en aviser ses interlocuteurs depuis 2016, l'appelant savait que cette démarche était contraire à la loi, reconnaissant lui-même qu'il trouvait "délicat" d'informer ses interlocuteurs de l'enregistrement de leurs propos, comme c'était le cas pour les appels avec H\_\_\_\_\_ par exemple. Il était par ailleurs parfaitement conscient de l'absence de consentement de l'intimé. Pour le surplus, il sera encore relevé qu'à aucun moment B\_\_\_\_\_ n'a pu laisser croire par ses propos qu'une enquête officielle avait été ouverte. Au contraire, il a explicitement indiqué à l'appelant le but de sa démarche. Dans le doute, l'appelant aurait pu et aurait dû s'enquérir de la nature procédurale de ces appels ainsi que de la légalité des enregistrements auprès de l'intimé. Ainsi, le comportement fautif de l'appelant doit être considéré comme intentionnel, les doutes éprouvés et la possibilité de s'assurer de la nature procédurale des appels et de la légalité de ses agissements auprès de l'intimé excluant de retenir l'erreur. Les enregistrements litigieux et leur communication subséquente à des tiers sont dès lors contraire à l'art. 179ter al. 1 et 2 CP, la condamnation de l'appelant de ce chef devant être confirmée.

### **E. 3.1**

Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2). La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution (objektive Tatkomponente). Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur (subjektive Tatkomponente). À ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même (Täterkomponente), à savoir les antécédents (judiciaires et non judiciaires), la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 142 IV 137 consid. 9.1 p. 147 ; ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 p. 66 s. ; ATF 136 IV 55 consid. 5 p. 57 ss ; ATF 134 IV 17 consid. 2.1 p. 19 ss ; ATF 129 IV 6 consid. 6.1 p. 20). L'art. 47 CP confère un large pouvoir d'appréciation au juge. Celui-ci ne viole le droit fédéral en fixant la peine que s'il sort du cadre légal, s'il se fonde sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, s'il omet de prendre en considération des éléments d'appréciation prévus par cette disposition ou, enfin, si la - 9/11 - P/24393/2017 peine qu'il prononce est exagérément sévère ou clémente au point de constituer un abus du pouvoir d'appréciation (ATF 136 IV 55 consid. 5.6 p. 61).

### **E. 3.2**

Aux termes de l'art. 44 al. 1 CP, si le juge suspend totalement ou partiellement l'exécution d'une peine, il impartit au condamné un délai d'épreuve de deux à cinq ans. Dans le cadre

ainsi fixé par la loi, la durée du délai d'épreuve est à déterminer en fonction des circonstances du cas, en particulier selon la personnalité et le caractère du condamné, ainsi que du risque de récidive. Plus celui-ci est important plus long doit être le délai d'épreuve et la pression qu'il exerce sur le condamné pour qu'il renonce à commettre de nouvelles infractions (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1339/2016 du 23 mars 2017 consid. 1.1.2 et les références).

### **E. 3.3**

En l'espèce, la faute de l'appelant est non négligeable. Il a enfreint l'art. 179ter al. 1 CP à deux reprises et a ensuite envoyé les enregistrements à des tiers en violation de l'art. 179ter al. 2 CP. L'appelant a choisi d'agir de manière illicite, alors même qu'il aurait pu ou dû savoir que son comportement était répréhensible. Le mobile avoué est peu crédible, dans la mesure où la teneur des conversations échangées n'était propre ni à incriminer, ni à disculper les employés de la société. Sa collaboration et sa prise de conscience peuvent néanmoins être qualifiées de bonnes, étant toutefois précisé qu'il a persisté à nier avoir eu conscience de l'illégalité de son comportement. Son casier judiciaire ne laisse pas apparaître d'antécédents en Suisse. Sa situation personnelle ne présente aucune particularité et ne saurait excuser ses agissements. Tout bien pesé, la peine pécuniaire de 60 jours-amende à 30.- le jour assortie d'un sursis avec délai d'épreuve de trois ans apparaît adéquate au regard de ce qui précède.

### **E. 4**

L'appelant, qui succombe, supportera les frais de la procédure envers l'Etat (art. 428 CPP). \*  
\* \* \*

- 10/11 - P/24393/2017

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.