

Franz Werro / Pascal Pichonnaz
Editeurs

Colloque du droit de la responsabilité civile 2011
Université de Fribourg

Le procès en responsabilité civile



Stämpfli Editions SA Berne

© Stämpfli Editions SA Berne

Colloque du droit de la responsabilité civile 2011
Université de Fribourg

Le procès en responsabilité civile

Edité par

Franz Werro

Professeur à l'Université de Fribourg et au
Georgetown University Law Center, Washington, DC

et

Pascal Pichonnaz

Professeur à l'Université de Fribourg

Colloque
du droit de la responsabilité civile 2011
Université de Fribourg

Le procès en responsabilité civile

Michel Bergmann
Vincent Brulhart
Benoît Chappuis
Alain Macaluso

Sous la direction de
Franz Werro et Pascal Pichonnaz



Stämpfli Editions SA Berne · 2011

© Stämpfli Editions SA Berne

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2011

Réalisation intégrale:
Stämpfli Publications SA, Berne
Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-3034-9

© Stämpfli Editions SA Berne

Avant-propos

Le présent ouvrage fait suite au colloque du droit de la responsabilité civile qui a eu lieu pour la sixième fois à l'Université de Fribourg le 17 novembre 2011. Comme les précédents et ceux qui ont lieu en alternance à l'Université de Genève depuis 2000, le présent colloque fait partie de la formation continue pour les spécialistes du droit de la responsabilité civile.

Prenant appui sur les nouveautés jurisprudentielles et légales, les contributions réunies dans ce volume font le point sur le procès en responsabilité civile, dont certains aspects ont changé en raison du nouveau code de procédure civile suisse entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Ces contributions ont pour objet les procédures partielles, l'assurance protection juridique, les moyens de preuve collectés de manière illicite ou produits de manière irrégulière, ainsi que l'action civile dans le procès pénal.

Nous espérons que ce livre répondra aux attentes de ses lecteurs. En l'état, nous remercions vivement nos collègues pour les conférences présentées pendant le colloque et pour les textes rédigés en vue de la présente publication. Nos remerciements vont aussi à Béatrice Hurni et Jessica Mabilard, assistantes à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, pour l'aide qu'elles nous ont apportée dans la mise au point de ce volume. Que Patricia Di Crescenzo trouve ici aussi l'expression de notre gratitude pour tout le travail qu'elle a fourni dans la préparation du colloque.

Fribourg, novembre 2011

Franz Werro et Pascal Pichonnaz

Les moyens de preuve collectés de façon illicite ou produits de façon irrégulière

Benoît Chappuis

Chargé de cours à l'Université de Fribourg, Docteur en droit, avocat

| | |
|---|-----|
| Introduction | 108 |
| I. L'enjeu de la preuve dans le procès en responsabilité civile | 109 |
| A. Les exigences procédurales | 109 |
| B. Les enjeux financiers et les moyens techniques | 110 |
| C. L'entrée en vigueur du CPP et du CPC | 111 |
| II. Les preuves illicites | 112 |
| A. La notion de preuve illicite | 112 |
| 1. Les différentes acceptions | 112 |
| 2. La violation du droit matériel | 112 |
| 3. La violation du droit de procédure | 113 |
| B. Les preuves recueillies en violation du droit matériel | 113 |
| 1. Les violations du droit pénal | 113 |
| a) Les atteintes contre le patrimoine | 113 |
| b) Les atteintes contre l'honneur et les atteintes à la liberté | 116 |
| c) L'abus de moyens électroniques | 116 |
| (1) Les diverses règles applicables | 116 |
| (2) Art. 179 ^{quinquies} CP: les comportements licites en matière commerciale ou bancaire | 118 |
| d) Les violations d'un secret | 120 |
| 2. Les violations du droit civil | 121 |
| a) Généralités | 121 |
| b) Les règles du droit de la personnalité et la protection des données | 122 |
| (1) Les principes généraux | 122 |
| (2) La protection des employés | 123 |
| (3) La relation entre la protection des employés et la licéité des enregistrements selon l'art. 179 ^{quinquies} CP | 125 |
| c) Le cas particulier du détective privé | 126 |
| (1) Les principes généraux | 126 |
| (2) Les assurances responsabilité civile | 127 |
| (3) Les assurances obligatoires | 127 |
| (4) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme | 129 |
| 3. Les violations du droit administratif : les violations commises par l'avocat | 130 |
| C. Les preuves produites en violation du droit de procédure | 132 |
| | 107 |

| | |
|---|-----|
| 1. Les règles générales | 132 |
| 2. Les preuves interdites en procédure civile | 133 |
| a) Les preuves non autorisées : la situation du rapport écrit d'un détective privé | 133 |
| b) La violation du droit à la preuve et du droit d'être entendu : l'art. 152 al. 1 CPC | 134 |
| c) La portée de l'art. 152 al. 2 CPC | 135 |
| 3. Les preuves interdites en procédure pénale | 135 |
| III. Les sanctions procédurales | 136 |
| A. Les sanctions de la procédure civile | 136 |
| 1. En cas de production irrégulière de la preuve | 136 |
| 2. En cas de production d'une preuve obtenue de façon illicite | 136 |
| B. Les sanctions de la procédure pénale | 137 |
| 1. Les principes jurisprudentiels | 137 |
| 2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et ses conséquences sur celle du Tribunal fédéral | 139 |
| 3. Les règles du CPP | 140 |
| a) Les preuves inexploitable (art. 141 al. 1 CPP) | 141 |
| b) Les preuves relativement exploitables (art. 141 al. 2 CPP) | 142 |
| c) Les preuves exploitables (art. 141 al. 3 CPP) | 143 |
| Conclusion | 143 |
| Bibliographie | 146 |
| Annexe 1 | 149 |
| Annexe 2 | 155 |

Introduction

L'actualité et l'intérêt de la question des preuves illicites dans le cadre d'un procès en responsabilité civile résultent de plusieurs éléments : certaines des exigences procédurales qui ont été fixées depuis longtemps par le Tribunal fédéral en matière de preuve du dommage, les enjeux financiers considérables que ce type de procès implique fréquemment et l'évolution législative récente sont autant d'éléments qui retiennent l'attention et qui méritent une présentation renouvelée de la question.

L'actualité récente en matière fiscale internationale a d'autre part révélé les faiblesses que recèlent les systèmes informatiques et l'attrait que ces dernières suscitent. Ce qui était inconcevable hier, devient possible, voire banal, aujourd'hui. Ces dérives sont susceptibles d'atteindre tous les do-

maines de la procédure et l'avenir pourrait se révéler plus riche en production de preuves irrégulières que ne l'ont été les dernières décennies.

Après une présentation des enjeux que renferme le procès en responsabilité (infra I), les sources d'illicéité d'obtention des preuves ou d'irrégularité de leur production seront passées en revue (infra II). Cette étude se conclura par l'examen des remèdes et sanctions procédurales apportés à ces situations contraires à la loi (infra III).

I. L'enjeu de la preuve dans le procès en responsabilité civile

A. Les exigences procédurales

Toute partie à un procès, quel que soit l'objet de ce dernier, est confrontée à un problème de preuve ; il ne s'agit donc pas là d'une spécificité du procès en responsabilité civile. Ce dernier se présente toutefois sous un jour particulier du fait que la jurisprudence du Tribunal fédéral a élevé à un haut niveau les exigences d'allégation et de preuve du dommage (*Substanziierungspflicht*)¹ : la victime doit **alléguer son dommage avec précision** et apporter tous les éléments de preuve dont elle peut disposer. Faillir à cette exigence expose le demandeur à voir son action rejetée comme non fondée et non seulement comme irrecevable. L'autorité de la chose jugée sera donc attachée à cette décision négative².

Il est vrai que l'art. 42 al. 2 CO semble apporter un certain tempérament à cette rigueur. Cet article dispose que lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. La jurisprudence se montre toutefois stricte quant aux conditions d'application de l'art 42 al. 2 CO³ : il faut que les preuves du dommage

¹ ATF 127 III 365, c. 2b; TF, 5A_336/2008, c. 4; TF 4C.82/2006, c. 3.4; WALTER, Prozessuale Aspekte beim Streit zwischen Kunden und Vermögensverwalter, RDS I 2008, 112 ss. Sur la question du « Substanziierungspflicht » à la lumière des nouvelles règles du CPC, cf. FELLMANN, Substanziierungspflicht nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in HAVE, Haftpflichtrecht 2011, Zurich 2011, 13 ss, particulièrement 19 concernant la preuve du dommage.

² TF, 4C.82/2006, c. 3.4 ; ATF 115 II 187, c. 3b.

³ ATF 131 III 360, c. 5.1 ; TF, 4C.412/2004, c. 3.2.1.

fassent défaut ou que leur administration ne puisse être raisonnablement exigée du lésé. Le Tribunal fédéral relève que **l'art. 42 al. 2 CO ne constitue pas une solution de facilité** pour le plaideur qui omet d'apporter des preuves⁴. L'application de cette disposition suppose donc que la partie à laquelle le fardeau de la preuve incombe fournisse au juge, dans la mesure du possible, tous les éléments permettant l'évaluation *ex aequo et bono* du montant du dommage⁵. Autrement dit, selon l'art. 42 al. 2 CO, le juge peut recourir à l'évaluation équitable du dommage pour autant que la partie qui supporte le fardeau de la preuve lui ait fourni tous les éléments de fait à cette fin. L'enseignement de la jurisprudence est donc que les remèdes légaux apportés aux conséquences de l'incertitude du dommage n'autorisent pas les parties à se contenter d'approximations et à s'en remettre au pouvoir d'appréciation du juge⁶.

La victime d'un acte dommageable et l'auteur de ce dernier sont ainsi particulièrement exposés aux conséquences liées à la difficulté de réunir des preuves ; ils pourraient donc, peut-être plus facilement que d'autres, songer à recourir à tous les moyens possibles de preuve, y compris ceux que la loi prohibe⁷.

B. Les enjeux financiers et les moyens techniques

Cette possible tentation est renforcée par les enjeux considérables que peut impliquer un procès en responsabilité civile. La lecture de la jurisprudence montre que les valeurs litigieuses vont en effet fréquemment de plusieurs centaines de milliers de francs à quelques millions. Entre le juste besoin d'indemnisation de la victime d'un accident handicapant et la nécessaire lutte contre les fraudes que les assurances entreprennent, l'affrontement peut être vif.

⁴ CHAIX, La fixation du dommage par le juge, *in* C. Chappuis/Winiger (éds), *Le préjudice, une notion en devenir*, Journée de la responsabilité 2004, Genève 2005, 39 ss, N 22.

⁵ ATF 131 III 12, SJ 2005 I 113 ; ATF 131 III 360, c. 6.1 ; ATF 120 II 296, c. 3c ; ATF 113 II 323, c. 9c ; ATF 105 II 87, c. 3 ; ATF 98 II 34, c. 2 ; ATF 97 II 216, c. 1.

⁶ Pour une présentation générale de la question, B. CHAPPUIS, *Le moment du dommage, Analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage*, Zurich et al. 2007, N 312 ss et références citées.

⁷ Pour une présentation de la casuistique en matière de preuves illicites dans le cadre de procès en responsabilité, cf. RÜEDI, *Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Haftpflichtprozess in HAVE, Haftpflichtrecht 2011*, Zurich 2011, 160 ss.

Les moyens de télécommunication, notamment les téléphones portables, ont connu une progression fulgurante ces dernières années. Tout particulier est maintenant capable sans difficulté d'enregistrer sons et images, violant éventuellement l'intimité de tiers. Les connections Internet, les stockages de données électroniques et les accès à distance sont autant de moyens largement répandus susceptibles de permettre, bien plus facilement que par le passé, des interceptions illicites. Ce constat justifie que l'on s'intéresse au sort qui sera réservé à de tels moyens de preuve.

C. L'entrée en vigueur du CPP et du CPC

Le 1^{er} janvier 2011, tant la procédure pénale que la procédure civile ont été unifiées au niveau national par l'entrée en vigueur du CPP et du CPC. Une brève analyse des dispositions que les deux textes nouveaux consacrent aux preuves illicites représente un intérêt certain. Si les règles de procédure civile sont celles qui intéressent au premier chef le juriste en charge de litiges en matière de responsabilité civile, les dispositions du nouveau code de procédure pénale ne doivent pourtant pas être négligées dans l'analyse. Il est fréquent qu'un événement générateur de responsabilité civile donne matière à l'ouverture d'une procédure pénale. On songe ici notamment à tous les accidents (de circulation, de chantier, médicaux, etc.) qui provoquent des lésions corporelles chez la victime, voire qui causent son décès. On peut également songer à une tentative d'escroquerie à l'assurance que cette dernière dénoncerait aux autorités pénales, tout en résistant aux prétentions de l'assuré devant les juridictions civiles. Les preuves recueillies dans la procédure pénale, dont le mode d'investigation est beaucoup plus incisif que celui qui préside à la conduite du procès civil, pourront être versées à la procédure civile et, partant, avoir une influence décisive sur l'issue de cette dernière. L'illicéité des moyens utilisés dans la première – qu'elle conduise ou non à une condamnation – est donc susceptible d'avoir des conséquences procédurales dans la seconde.

II. Les preuves illicites

A. La notion de preuve illicite

1. *Les différentes acceptions*

La notion de preuve illicite n'est pas univoque ; il est en effet deux situations qu'il faut distinguer. Premièrement, la preuve peut avoir été **recueillie en violation d'une règle de droit matériel** et être produite dans le cadre d'un procès conformément aux règles de procédure. Secondement, la preuve – qu'elle ait été recueillie de manière licite ou non – peut être **produite en violation des règles de procédure**. Dans ce dernier cas, on parle parfois, en procédure civile, de preuve **irrégulière** plutôt que de preuve illicite⁸. Ces deux situations non conformes au droit interviennent à des moments différents – une fois au moment de la collecte de la preuve, l'autre au moment de sa production – et les sanctions juridiques qui les frappent ne sont pas les mêmes, ainsi que nous allons le voir.

En procédure pénale, la situation est quelque peu différente puisque la violation de certaines règles de procédure conduit en elle-même à l'illicéité du moyen de preuve (art. 140 et 141 CPP) du fait que ces règles sont destinées à protéger les droits fondamentaux du citoyen (cf. infra III.B.3)⁹.

2. *La violation du droit matériel*

Une partie peut obtenir une preuve d'une façon qui viole une norme de droit matériel, par quoi il faut entendre toute norme de l'ordre juridique suisse, qu'elle soit civile, administrative ou pénale. La violation d'une norme de droit étranger n'est évoquée ni dans la loi ni dans les Messages relatifs aux deux nouveaux codes de procédure. A cet égard, il faut en tout cas retenir que toute collecte de preuves qui violerait une disposition pénale étrangère mais qui tomberait également sous l'empire du Code pénal

⁸ GAILLARD, Le sort des preuves illicites dans le procès civil, SJ 1998 649 ss, 652. Pour faire la distinction entre les preuves illicites et les preuves irrégulières, on parle en allemand de « matériel » et de « formel » « rechtswidrig beschafften Beweismitteln », cf. RÜEDI, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, th. St-Gall, Zurich 2009, N 3 et RÜEDI, HAVE, 158.

⁹ Sur la question de l'autonomie de la preuve illicite au civil par rapport au pénal, cf. GAILLARD, 654.

suisse en vertu des art. 3 à 8 de cette loi, devrait être considérée comme illicite au sens du droit de procédure suisse¹⁰.

3. *La violation du droit de procédure*

Une partie peut ensuite produire une pièce d'une façon qui viole les règles de la procédure pénale ou civile. Parmi les règles essentielles que cette dernière comporte en matière de preuve, on retiendra ici, à titre d'exemple, les suivantes : le *numerus clausus* des moyens de preuve (art. 168 CPC ; infra II.C.1) et le droit des parties de faire administrer des preuves (art. 152 al. 1 CPC), ce dernier droit découlant du droit d'être entendu garanti par la Constitution (art. 29 al. 2 Cst.)¹¹.

B. Les preuves recueillies en violation du droit matériel

1. *Les violations du droit pénal*

La loi pénale comporte nombre de dispositions susceptibles de trouver application en matière de collecte de preuves, même si aucune de ces dispositions n'est spécifiquement destinée à régir le comportement des parties en procédure. Quelques-unes des nombreuses dispositions pouvant entrer en ligne de compte seront évoquées ci-après à titre d'exemples.

a) Les atteintes contre le patrimoine

L'infraction qui vient le plus spontanément à l'esprit en matière d'obtention frauduleuse d'un moyen de preuve est le **vol**, soit la soustraction d'une chose mobilière appartenant à autrui dans le but de se **l'approprier** dans un **dessein d'enrichissement illégitime** (art. 139 CP). Une partie à une procédure civile, désireuse de produire à titre de preuve une pièce qui ne lui appartient pas, la vole ou la fait voler. La réalisation de cette infraction bute cependant sur la condition du dessein d'enrichissement illégitime, qui se révèle problématique.

Le fait que la chose n'ait pas de valeur en elle-même – ce qui serait le cas de relevés de banque, de procès-verbaux ou de lettres par exemple –

¹⁰ Pour une présentation du traitement dans le CPP de la question de preuve recueillie en violation du droit pénal étranger, cf. CR-BÉNÉDICT/TRECCANI, CPP 141 N 11-13.

¹¹ CR-SCHWEIZER, CPC 152 N 1 ; BSK-GUYAN, ZPO 152 N 1.

n'empêche certes pas la réalisation du dessein d'enrichissement. L'avantage patrimonial sur lequel le dessein d'enrichissement porte ne correspond en effet pas forcément à la valeur de la chose soustraite mais peut résulter de l'emploi que l'auteur de l'infraction veut faire de l'objet dérobé¹². Ainsi, le document, quoique lui-même dénué de valeur, est susceptible d'être l'objet d'un vol en raison du dessein d'enrichissement qui anime l'auteur de l'infraction qui cherche à assurer sa victoire dans une procédure. Encore faut-il cependant, pour que ce dessein puisse exister, que la procédure ait un objet patrimonial.

La difficulté principale réside dans le caractère **illégitime** que l'enrichissement recherché doit revêtir. Si la partie qui dérobe un document le fait pour établir un droit dont elle est titulaire, l'enrichissement qu'elle poursuit par le gain du procès n'est pas illégitime. Ce n'est que si elle tente d'établir un droit dont elle n'est pas titulaire que la partie qui dérobe une pièce sera animée d'un dessein d'enrichissement illégitime. La question du bien-fondé de la prétention civile que fait valoir l'auteur à la recherche d'une preuve est ainsi déterminante pour la réalisation de l'infraction.

L'infraction ne sera en tout état pas réalisée si l'auteur **se borne à photocopier le document** qu'il laisse finalement en possession de son propriétaire. Tant un tel cas, l'auteur n'a en effet pas de but d'appropriation, lequel suppose l'incorporation de la chose dans le patrimoine de l'auteur¹³. Il n'est cependant pas exclu que, pour pratiquer cette photocopie, l'auteur ait réalisé une autre infraction, par exemple en pénétrant sans droit dans le domicile de sa partie adverse (infra II.B.1.b) ou encore en ouvrant un courrier qui ne lui était pas destiné (infra II.B.1.b).

La **soustraction d'une chose mobilière (art. 141 CP)** ne compte pas parmi ses éléments constitutifs le dessein d'appropriation ni celui d'enrichissement illégitime, de sorte qu'elle pourrait entrer plus facilement en ligne de compte que le vol. En revanche, il faut que cette sous-

¹² ATF 111 IV 74, c. 1 ; ATF 70 IV 67, JdT 1944 IV 135 ; CORBOZ, Les infractions en droit suisse, T. 1, 3^{ème} éd., Berne 2010, CP 139 N 11 ; HURTADO POZO, Droit pénal – Partie spéciale, Genève 2009, N 807 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I : Straftaten gegen Individualinteressen, 7^{ème} éd., Berne 2010, § 13 N 33 ; SCHUBARTH/ALBRECHT, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, Delikte gegen das Vermögen, T. 2, Berne 1990, StGB 137 N 103.

¹³ ATF 85 IV 17, c. 2.

traction cause un **préjudice considérable** à la victime. Il n'est pas nécessaire que ce préjudice soit patrimonial¹⁴, un désagrément pouvant suffire. On peut ainsi concevoir que des conséquences procédurales sérieuses pour la victime de l'infraction, provoquées par la pièce dérobée, constituent un préjudice considérable au sens de l'art. 141 CP. La soustraction consiste à enlever la chose, même provisoirement, à une personne ; ce comportement peut être réalisé par la mise à disposition du tribunal, dans les pièces qui seront produites à titre de preuve, du document ou de l'objet soustrait.

L'infraction qui entrera finalement le plus facilement en considération est celle prévue à l'**art. 137 ch. 2 CP (appropriation illégitime)** qui punit celui qui se sera approprié une chose mobilière appartenant à autrui lorsque l'auteur a agi sans dessein d'enrichissement. Comme le texte de la loi le précise, cette disposition n'entre en ligne de compte que pour autant que les conditions prévues aux art. 138 à 140 CP ne soient pas réalisées ; elle est donc subsidiaire¹⁵.

S'agissant de la collecte de preuves, il est en revanche plus difficile d'envisager la réalisation d'une **extorsion** ou d'un **chantage (art. 156 CP)**. Cette infraction est en effet rangée parmi les infractions contre le patrimoine et non contre la liberté, même si cette dernière est évidemment lésée par l'acte de l'auteur. Or, pour que l'infraction soit réalisée, il faut que la victime accomplisse un acte préjudiciable à ses intérêts pécuniaires, par quoi il faut comprendre, selon la doctrine dominante¹⁶, que **la victime accomplisse elle-même un acte de disposition de son patrimoine**¹⁷. Tel n'est pas le cas si la victime est amenée à remettre une pièce sans valeur patrimoniale ; cette infraction ne sera donc qu'exceptionnellement réalisée en matière d'obtention de moyens de preuve.

Parmi les autres infractions contre le patrimoine, il faut encore évoquer la violation du secret de fabrication de l'art. 162 CP. Il est renvoyé ici au chapitre consacré aux diverses infractions liées à la violation d'un secret (infra II.B.1.d).

¹⁴ CORBOZ, CP 141 N 10; TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zurich/St-Gall 2008, StGB 140 N 8.

¹⁵ Cf. CORBOZ, CP 137 N 12-13; TRECHSEL, StGB 137 N 11.

¹⁶ HURTADO POZO, CP 156, N 1427 ; STRATENWERTH/JENNY, § 17 N 6 ; SCHUBARTH/ALBRECHT, CP 156 N 20; TRECHSEL considère que l'exigence de l'acte de disposition effectué par la victime elle-même doit être abandonnée.

¹⁷ CORBOZ, CP 156 N 18.

b) Les atteintes contre l'honneur et les atteintes à la liberté

L'art. 179 CP réprime l'**ouverture d'un pli ou d'un colis fermé** à laquelle l'auteur procède afin de prendre connaissance de son contenu, de même qu'il réprime la divulgation des faits dont l'auteur aura ainsi pris connaissance. Il faut relever que la doctrine majoritaire considère que c'est le pli ou le colis lui-même qui doit être fermé. Une lettre ouverte déposée dans un tiroir fermé ne répond ainsi pas à cette condition. De même qu'un **courriel ne constitue pas un pli fermé**¹⁸. Ainsi, les courriels auxquels une partie à la procédure aurait eu accès en consultant l'ordinateur de sa partie adverse n'entrent pas dans le champ de protection l'art. 179 CP et, partant, ne constituent pas une preuve illicite à ce titre-là. Est cependant réservé l'accès indu à un système informatique qui constitue une violation de l'art. 143^{bis} CP (infra II.B.1.c.1).

Est illicite toute preuve qui serait obtenue grâce à la **violence ou à la contrainte (art. 181 CP)**¹⁹. Contrairement au chantage et à l'extorsion (supra II.B.1.a in fine), cette infraction – qui est classée dans les atteintes à la liberté – ne suppose pas que la victime accomplisse un acte préjudiciable à son patrimoine. Sera également illicite la preuve obtenue grâce à une violation de domicile (art. 186 CP). Cette dernière infraction ne suppose pas un dessein particulier de la part de son auteur ; il suffit que ce dernier ait pénétré intentionnellement et sans droit au domicile d'un tiers.

c) L'abus de moyens électroniques

(1) Les diverses règles applicables

L'abus de moyens techniques pour se procurer un moyen de preuve est susceptible de tomber sous le coup de dispositions protégeant soit le patrimoine soit la sphère privée. Parmi les premières, on trouve la **soustraction de données enregistrées ou transmises électroniquement (art. 143 CP)** de même que l'**accès indu à un système informatique spécialement protégé (art. 143^{bis} CP)**, étant précisé que la première de ces infractions réclame l'existence d'un dessein d'enrichissement illégitime. Cette dernière condition sera réalisée lorsque l'auteur aura cherché par la soustrac-

¹⁸ Dans ce sens, CORBOZ, CP 179 N 6 et références citées.

¹⁹ Message du Conseil fédéral relatif au Code de procédure civile (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 6841, 6922.

tion d'informations électroniques à s'en servir de preuve dans une procédure dont l'objet est un litige patrimonial (sur la question du caractère illégitime de l'enrichissement et de sa relation avec le bien-fondé de la prétention que l'auteur essaie de prouver, cf. ce qui a été exposé supra II.B.1.a) sur l'art. 139 CP).

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que se rend coupable de cette infraction celui qui se connecte à la boîte de courriels d'un tiers, en ayant au préalable obtenu un nouveau mot de passe pour accéder à cette boîte en répondant correctement à la question secrète liée à ce compte. Il n'est pas nécessaire que l'intrusion poursuive un but ayant un caractère économique. C'est celui qui est en droit de disposer du système, celui qui y a légalement accès et qui est en mesure de déterminer les données qui y sont conservées qui est lésé par l'acte délictueux. Ce qui est déterminant est le droit à l'accès au système, non le droit de disposer des données qui y sont stockées. La titulaire du compte email a la possibilité de déterminer non seulement l'accès à celui-ci, mais aussi l'accès au système de transmission de données de l'entreprise auprès de laquelle le compte existe²⁰.

Enfin, il est important de savoir que, le 18 juin 2010, le Conseil fédéral a proposé aux Chambres fédérales un Message²¹ en vue de la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité²², conclue à Budapest le 23 novembre 2001. Le Parlement a approuvé la Convention le 18 mars 2011 et adopté les modifications législatives proposées²³. La ratification entraînera la modification de l'art. 143^{bis} CP qui réprime l'accès indu à un système informatique (« *hacking* »). La définition légale n'exigera dorénavant plus que l'auteur ait agi sans dessein d'enrichissement illégitime. Cet élément constitutif négatif était la conséquence d'une

²⁰ TF, 6B_456/2007, c. 4.2.

²¹ Message relatif à l'approbation et à la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité du 18 juin 2010, FF 2010 4275.

²² STCE 185 (FF 2010 4325). Cet instrument est en vigueur, sur le plan international, depuis le 1^{er} juillet 2004. Le Conseil fédéral a renoncé à proposer la ratification simultanée du Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, du 28 janvier 2003 (STCE 189), en vigueur depuis le 1^{er} mars 2006 et signé par la Suisse le 9 octobre 2003.

²³ Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité du 18 mars 2011 (RS 311.0), FF 2011 2587. Le délai référendaire est venu à échéance le 7 juillet 2011, sans avoir été utilisé.

maladresse législative commise à l'occasion de la révision des infractions contre le patrimoine entrée en vigueur en 1995.

La **sphère privée** est protégée par le Code pénal, qui réprime une série de comportements qui pourront facilement intervenir dans la collecte de preuves soit :

- **L'écoute et l'enregistrement de conversations** non publiques entre d'autres personnes, ainsi que l'utilisation ou la conservation de tels enregistrements (**art. 179^{bis} CP**)²⁴.
- **L'enregistrement non autorisé de conversations** auxquelles l'auteur prend part (**art. 179^{ter} CP**). Sans mentionner l'art. 179^{ter} CP, le Tribunal fédéral a confirmé une décision cantonale ayant rejeté comme preuve – au motif qu'elle était illicite – l'enregistrement d'une conversation téléphonique effectuée par une partie à l'insu de l'autre. C'est sur l'art. 28 CC que la Cour cantonale puis le Tribunal fédéral ont fondé leur appréciation de l'illicéité du moyen d'obtention de la preuve²⁵.
- **l'observation avec un appareil ou la prise de photos** de faits qui relèvent du domaine secret d'une tierce personne, ainsi que le fait de conserver ces images, d'en tirer profit ou d'en donner connaissance à un tiers (**art. 179^{quater} CP**). Une telle prise de photos peut cependant être rendue licite par des dispositions légales ou réglementaires qui autorisent une surveillance. Ainsi en va-t-il notamment des dispositions en droit du travail qui permettent à l'employeur, à certaines conditions, de surveiller le comportement des employés sur leur lieu de travail (cf. infra II.B.2.b)²⁶.

(2) Art. 179^{quinquies} CP: les comportements licites en matière commerciale ou bancaire

Les comportements réprimés par les art. 179^{bis} al. 1 et 179^{ter} al. 1 CP ne sont pas punissables, lorsqu'ils sont intervenus à l'occasion d'entretiens téléphoniques en relation avec des services d'assistance, de secours ou de sécurité ou qu'ils portaient sur des commandes, des mandats, des réserva-

²⁴ Cf. TF, 1A.314/2000, c. 6, décision dans laquelle le Tribunal fédéral a confirmé que la preuve obtenue au moyen d'un enregistrement effectué en violation de CP 179^{bis} constituait une preuve illicite, en l'absence d'une norme particulière l'autorisant.

²⁵ TF, 4P.257/2000, c. 1.

²⁶ TF, 6B_536/2009, c. 3 ss, SJ 2010 I 394.

tions ou d'autres transactions commerciales de même nature, dans le cadre de relations d'affaires (179^{quinquies} al. 1 CP).

Cette disposition, qui ne concerne que les **conversations commerciales** qui interviennent dans une **relation d'affaires**, à l'exclusion donc des conversations privées, est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2004. Le but poursuivi par le législateur était de favoriser le commerce de masse opéré téléphoniquement²⁷. La norme vise exclusivement les **conversations téléphoniques**, à l'exclusion de tout autre moyen technique ou électronique d'enregistrement.

L'art. 179^{quinquies} CP est d'une rédaction quelque peu malheureuse et sa compréhension n'est pas aisée²⁸. Si le texte de la loi parle d'un acte qui est non punissable, il faut en réalité comprendre qu'il est licite au sens de l'art. 14 CP²⁹. Si les conditions de cette disposition légale sont réalisées, **l'information à donner à l'interlocuteur enregistré et son consentement préalable ne sont plus nécessaires** pour que l'enregistrement soit licite. Encore faut-il cependant que la personne enregistrée ait pu s'attendre à ce que la conversation eût une pertinence contractuelle³⁰.

En matière **bancaire**, cette disposition est d'une importance considérable même si la révision n'était pas destinée, au premier chef, à favoriser les transactions bancaires³¹. Elle autorise en effet les banques à enregistrer les conversations téléphoniques que leurs employés entretiennent avec des clients, pour autant cependant que ces conversations aient trait à des **ordres ou des instructions chiffrées** que les clients leur donnent ; les conseils de gestion sont en revanche exclus du champ d'application de l'art. 179^{quinquies} CP³². En conséquence, la banque qui aurait enregistré un ordre de bourse donné par un client, sans l'en informer, recueillerait une preuve licite qu'elle pourrait produire dans une procédure judiciaire dont l'objet serait une dispute relative à l'existence ou à l'exécution de cet ordre.

²⁷ GRIMM/VLECK, Liberalisierung für des Aufnehmen von Telefongesprächen im Geschäfts- und Bankenverkehr Revision Art. 179quinquies StGB, PJA 2004 534 ss, 538, particulièrement n. 42.

²⁸ CORBOZ, CP 179^{quinquies} N 9.

²⁹ CORBOZ, CP 179^{quinquies} N 3.

³⁰ CORBOZ, CP 179^{quinquies} N 8.

³¹ GRIMM/VLECK, 540, 3.2.6.

³² TRECHSEL, StGB 179^{quinquies} N 7 ; GRIMM/VLECK, 540, 3.2.6.

La licéité de l'emploi de l'enregistrement réalisé par la banque à l'égard de son employé, en cas de litige entre ces deux parties, est une autre question qui sera examinée ci-dessous (infra II.B.2.b.3).

d) Les violations d'un secret

La violation d'une obligation de garder un secret peut tomber sous le coup de diverses dispositions protégeant des intérêts juridiques différents. La première d'entre elles est l'**art. 162 CP** qui protège le **secret de fabrication ou commercial** ; cette infraction, qui entre dans le titre 2 du CP consacré à la protection du patrimoine, dispose que celui qui, alors qu'il était tenu de garder un tel secret en vertu d'une obligation légale ou contractuelle, l'aurait révélé à une partie en procès tomberait sous le coup de la disposition pénale.

Autre est en revanche la question de savoir dans quelle mesure le titulaire de ce secret serait obligé de le révéler s'il était appelé comme témoin dans un procès. Le principe posé par le CPC est que chacun est obligé de témoigner (art. 160 CPC). Si le secret des affaires est mis en péril par la déposition d'un témoin, le tribunal peut, en vertu de l'art. 156 CPC, ordonner **les mesures propres à éviter que l'administration des preuves n'y porte atteinte**³³. On peut également se demander si le titulaire du secret commercial pourrait se prévaloir de ce dernier pour refuser de témoigner en invoquant le droit de refus restreint institué par l'art. 166 CPC. Les personnes qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 321 CP (secret professionnel) mais qui sont soumis à un autre secret peuvent en effet refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. Cette disposition a notamment été édictée pour prendre en compte le secret bancaire³⁴ et les commentateurs n'évoquent pas l'art. 162 CP dans la liste des secrets possiblement concernés³⁵. Il ne semble toutefois qu'aucun argument de principe ne doive s'opposer à ce que le détenteur d'un secret de fabrication ou d'un secret commercial n'invoque cette disposition, le tribunal ayant alors la charge d'effectuer la pesée des intérêts, entre celui

³³ Sur les mesures envisageables en cas d'audition de témoins, cf. CPC-JEANDIN, CPC 157 N 13-14.

³⁴ CPC-JEANDIN, CPC 163 N 17 ; BSK-SCHMID, ZPO 163 N 8.

³⁵ CPC-JEANDIN, CPC 163 N 20.

que représente la recherche de la vérité et celui que représente la protection du secret.

Le Code pénal, dans le titre consacré aux infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels, contient en outre des dispositions réprimant la violation du **secret de fonction (art. 320 CP)** et du **secret professionnel (art. 321 CP)**. La révélation en procédure, par le gardien du secret³⁶, de faits couverts par ces secrets constituera une infraction et partant une preuve illicite.

On gardera enfin à l'esprit concernant les secrets qui pourraient être violés :

- L'art. 23 LCD qui sanctionne les actes de concurrence déloyale au sens de cette loi commis intentionnellement, notamment l'art. 6 LCD qui sanctionne la violation des **secrets de fabrication ou d'affaires** ;
- l'art. 47 LB qui institue le **secret bancaire** ;
- l'art. 35 LPD qui punit la personne qui, intentionnellement, aura révélé d'une manière illicite des **données personnelles secrètes et sensibles** ou des **profils de la personnalité** portés à sa connaissance dans l'exercice d'une profession qui requiert la connaissance de telles données.

2. Les violations du droit civil

a) Généralités

Rares sont les dispositions du Code civil et du Code des obligations qui, en elles-mêmes, protègent la conservation d'informations, de secrets ou de documents. On peut néanmoins songer aux informations qu'un **administrateur d'une société anonyme** reçoit en cette qualité et qu'il transmettrait en violation de son **devoir de fidélité** envers la société (**art. 717 al. 1 CO**)³⁷ à un actionnaire qui, quant à lui, a droit aux seules informations entrant dans les limites fixées à l'art. 697 CO.

³⁶ Sur les fondements juridiques de l'obligation de garder le secret des membres des administrations et autorités administratives, CORBOZ, CP 320 N 21 ss ; TRECHSEL, StGB 320 N 5.

³⁷ Sur l'usage indu par un administrateur d'informations confidentielles qu'il reçoit en cette qualité, cf. CR-PETER/CAVADINI, CO II, Bâle 2008, CO 715a N 6.

Les dispositions du Code civil sont parfois renforcées par celles de la **Loi sur la concurrence déloyale (LCD)** qui frappent d'illicéité – civile et pénale – la violation ou l'incitation à la violation de secrets. L'art. 4 lit. c LCD vise celui qui incite un travailleur ou un mandataire à trahir un **secret d'affaire ou de fabrication** alors que l'art. 6 LCD concerne celui qui exploite ou divulgue lui-même des secrets de fabrication qu'il a surpris ou dont il a indûment eu connaissance.

L'obtention de preuves par le biais de comportements tombant sous le coup des dispositions précitées doit être tenue pour illicite.

b) Les règles du droit de la personnalité et la protection des données

(1) Les principes généraux

Les règles du Code civil qui sont appelées à jouer un rôle important en matière d'obtention illicite de preuve sont celles qui protègent la personnalité. Le droit au **respect de la vie privée**³⁸, le **droit à l'image**³⁹ et le **droit à la voix**⁴⁰ sont autant de droits qui peuvent concerner des éléments de fait, des données ou des documents susceptibles de servir de preuve dans un procès : des photographies d'une personne prises à son insu ou un enregistrement des propos que cette dernière a tenus pourront constituer des éléments déterminants pour le sort d'un procès. Indépendamment d'une éventuelle violation du Code pénal (supra II.B.1), la récolte de ces moyens de preuve peut tomber sous le coup des normes civiles protégeant la personnalité⁴¹ ainsi que de celles de la législation accessoire précisant la mise en œuvre de cette protection dans des domaines spécifiques. L'obtention de tels moyens de preuve peut être le fait d'une des parties au procès ou d'un tiers qui soit remettra les preuves à l'une des parties soit en fera usage lors d'un témoignage qu'il sera amené à donner.

³⁸ CR-JEANDIN, CC 28 N 39-47.

³⁹ CR-JEANDIN, CC 28 N 48.

⁴⁰ CR-JEANDIN, CC 28 N 48.

⁴¹ Pour un exemple de la production d'un enregistrement d'une conversation téléphonique effectué à l'insu de la personne enregistrée, cf. TF, 4P.257/2000, c.1 ; la preuve a été écartée, parce que illicite au sens de CC 28, par le tribunal cantonal, approuvé par le Tribunal fédéral.

Deux domaines retiendront particulièrement notre attention : la surveillance des employés sur leur lieu de travail et l'enregistrement des conversations tenues par les banques avec leurs clients.

(2) La protection des employés

La **surveillance des employés** peut premièrement être effectuée par le moyen d'une **caméra** qui filme des endroits déterminés des lieux de travail⁴², voire de **microphones** qui enregistrent leurs conversations ou de systèmes informatiques qui surveillent l'utilisation de leurs **ordinateurs**. La question est traitée par l'art. 26 Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (Hygiène, OLT 3)⁴³ qui **interdit l'utilisation de systèmes de surveillance ou de contrôle destinés à surveiller le comportement des travailleurs à leur poste de travail**. Les systèmes de surveillance sont cependant licites lorsqu'ils sont nécessaires pour d'autres raisons, notamment des raisons de sécurité ou de contrôle de rendement⁴⁴, d'organisation, de planification du travail⁴⁵ ; ils doivent alors être conçus et disposés de façon à ne pas porter atteinte à la santé et à la liberté de mouvement des travailleurs. Le système de surveillance choisi doit apparaître, au vu de l'ensemble des circonstances, comme un moyen proportionné au but poursuivi et les travailleurs concernés doivent avoir été préalablement informés de son utilisation⁴⁶. En revanche, le contrôle des travailleurs n'est pas licite s'il vise uniquement ou essentiellement à surveiller leur comportement comme tel⁴⁷. Cela dit, l'OLT 3 est fondée sur l'art. 6 al. 4 LTr et, partant, est destinée à protéger la santé du travailleur. Le Tribunal fédéral a contesté la conception de l'ordonnance pour qui des systèmes de surveillance des employés portent atteinte à leur santé du seul fait qu'ils les surveillent sur leur lieu de travail. Hormis les cas qui viennent d'être mentionnés et qui rendent licite la surveillance de l'employé, le Tribunal fédéral admet qu'il faut également retenir qu'un système de

⁴² Pour une présentation de cette question, WYLER, Droit du travail, 2^{ème} éd., Berne 2008, 303 ss.

⁴³ RS 822.113.

⁴⁴ SECO, Commentaire de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail, novembre 2007, art. 26, 1 (Annexe 1).

⁴⁵ ATF 130 II 425 c. 4.4.

⁴⁶ ATF 130 II 425, c. 4.4.

⁴⁷ TF, 6B_536/2009, c. 3.4.1, SJ 2010 I 394 ; ATF 130 II 425, c. 4.4.

surveillance « peut être permis même s'il sert (principalement) à la surveillance ciblée du comportement des travailleurs sur le lieu de travail, si les travailleurs ne sont enregistrés que sporadiquement et pendant peu de temps, à certaines occasions particulières, par le système de surveillance »⁴⁸.

La surveillance des employés peut également prendre la forme du contrôle de l'utilisation faite par ces derniers d'**Internet**⁴⁹ ou de leur correspondance par voie **de courriels**⁵⁰. Ce mode de surveillance, licite dans son principe⁵¹, est cependant susceptible de tomber sous le coup de la **Loi sur la protection des données (LPD)**. Il faut savoir à cet égard que le préposé fédéral à la protection des données et à la transparence a édicté un « Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail » (décembre 2007)⁵² ainsi qu'un « Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail Traitement par des personnes privées » (version de mai 2011)⁵³ qui fixent les modalités d'exercice d'une surveillance conforme à la LPD, à tout le moins selon la conception de l'administration.

L'application de la LPD en matière de collecte et d'utilisation de preuves dans le cadre d'une procédure judiciaire requiert une explication particulière. En effet, l'art. 2 al. 2 lit. c LPD précise que la loi ne s'applique pas aux procédures pendantes civiles, pénales, d'entraide judiciaire internationale ainsi que de droit public et de droit administratif, à l'exception des procédures administratives de première instance. Cette exception pourrait faire penser, de prime abord, que la LPD ne joue aucun rôle en matière de production de preuves dans un procès civil. Il n'en est rien. Il est vrai que le principe énoncé par l'art. 2 al. 2 LPD vaut pendant toute la litispendance, soit du début jusqu'à la fin du procès, y compris les moyens de recours extraordinaires⁵⁴, étant précisé qu'il faut admettre que l'entrée en force de chose jugée du jugement marque la fin du procès, nonobstant la possibilité théorique du dépôt d'une demande en révision (art. 328 CPC

⁴⁸ TF, 6B_536/2009, c. 3.6.2, SJ 2010 I 394.

⁴⁹ WYLER, 307.

⁵⁰ WYLER, 311.

⁵¹ WYLER, 307.

⁵² <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00445/00472/00532/index.html?lang=fr>.

⁵³ <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00445/00472/00535/index.html?lang=fr> (Annexe 2).

⁵⁴ ROSENTHAL/JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zurich 2008, art. 2 N 31.

ss) ou en interprétation (art. 334 CPC)⁵⁵. Ce sont donc bien les normes de procédure qui régissent exclusivement la réunion et la production en justice des informations personnelles couvertes par la LPD durant cette période. En revanche, les informations qui auraient été réunies en contrariété avec la LPD (art. 12 LPD) antérieurement au début du procès seront réputées illicites en vertu de cette loi. En conséquence, si elles devaient être produites dans le cadre d'une procédure civile, elles devraient alors y être tenues pour une preuve illicite en vertu de la LPD. Autrement dit, si le sort procédural de cette preuve doit être réglé par les règles du CPC (art. 152 CPC, infra II.C.2.c), son illicéité découle des règles de la LPD, applicables au moment de l'établissement ou de la collecte de la preuve⁵⁶, alors qu'aucune procédure n'était pendante.

(3) La relation entre la protection des employés et la licéité des enregistrements selon l'art. 179^{quinquies} CP

Nous avons vu (supra II.B.1.c.2) que, à certaines conditions, l'enregistrement de conversations commerciales, notamment bancaires, était licite conformément à l'art. 179^{quinquies} CP. Cette situation, qui autorise la banque à enregistrer son client, n'implique pas *ipso jure* que l'enregistrement de celui de ses employés qui participe à la conversation téléphonique est licite. Ce dernier reste en effet au bénéfice des droits qui lui sont reconnus en tant que travailleur. Il doit donc avoir été préalablement informé de l'enregistrement de ses conversations téléphoniques avec des clients (supra II.B.2.b.2). Cela dit, en pratique, les employés du service des ordres de bourse d'une banque, par exemple, sont généralement conscients de l'enregistrement de l'intégralité de leurs conversations. Si cette situation ne supprime pas l'exigence de l'information et du consentement de l'employé affecté à un service où il reçoit les ordres téléphoniques des clients, l'employé aura sans doute de la peine à établir qu'il ignorait cet état de fait et qu'il n'y a pas consenti, au moins tacitement.

⁵⁵ MEIER, Protection des données. Fondement, principes généraux et droit privé, Berne 2011, N 395.

⁵⁶ MEIER, N 397.

c) Le cas particulier du détective privé

(1) Les principes généraux

Le recours aux services d'un détective privé constitue un moyen fréquemment utilisé par les parties à un procès – tant avant que pendant ce dernier – pour récolter des moyens de preuves. Si le moyen est usuel en procédure de divorce, il ne l'est pas moins en matière de responsabilité civile et d'assurance. La jurisprudence, relativement abondante en la matière, a d'ailleurs été rendue presque exclusivement dans le cadre d'affaires mettant aux prises une assurance et un assuré. Il s'agit le plus souvent pour l'assurance de vérifier que l'invalidité dont le demandeur prétend être affecté est bien réelle. Cela implique alors que des **mesures de surveillance** soient prises, notamment par l'intermédiaire d'un détective privé dont la tâche principale va généralement consister à suivre et à photographier l'assuré. Ce qui est en jeu ici est la **protection de la sphère privée instituée par l'art. 28 CC**, notamment la protection de sa propre image qui constitue une sous-catégorie des droits de la personnalité⁵⁷.

Le principe de base qu'il faut avoir à l'esprit est qu'il y a atteinte au droit à sa propre image dès qu'une personne est photographiée sans son accord⁵⁸. L'activité du détective privé photographiant un assuré sans l'accord de ce dernier est ainsi susceptible de constituer une atteinte au droit de la personnalité, partant un comportement illicite. Une telle atteinte perd son caractère illicite dès l'instant qu'elle est **justifiée par un intérêt prépondérant privé ou public** (art. 28 al. 2 CC). Cette justification est donnée lorsqu'il s'agit de **lutter contre les abus et les escroqueries à l'assurance** ; en prévenant la perpétration de tels abus, on protège la communauté des assurés, ce qui relève de l'intérêt général⁵⁹. Les critères posés par la jurisprudence pour que la surveillance par un détective privé soit admissible sont les suivants :

- La surveillance doit respecter le principe de la **proportionnalité**, notamment en tenant compte de l'intensité et la durée de la surveillance

⁵⁷ ATF 136 III 401, c. 5.2.1.

⁵⁸ ATF 136 III 410, c. 2.2.2, JdT 2010 I 553; ATF 136 III 401, c. 5.2.1; ATF 129 III 715, c. 4a, JdT 2004 I 271; ATF 127 III 481, c. 3a/aa, JdT 2002 I 426 ; TF, SJ 1998 301, c. 2a.

⁵⁹ ATF 136 III 410, c. 4.1, JdT 2010 I 553 ; ATF 129 V 323, c. 3.3.3.

entreprise à l'endroit de l'assuré en regard de l'importance des prestations d'assurance dues⁶⁰.

- La surveillance doit être **justifiée par des indices** qui laissent penser qu'il existe une possibilité que l'assuré tente d'obtenir des prestations auxquelles son état de santé véritable ne lui donnerait pas droit⁶¹.
- La surveillance doit être limitée aux **faits publics**, soit le comportement que l'assuré adopte dans des lieux publics et qui sont accessibles à tout un chacun⁶². Le détective doit en particulier respecter les limites de l'art. 179^{quater} CP qui prohibe le fait de photographier des faits qui relèvent du domaine secret (supra II.B.1.c). Lorsqu'elle se limite aux faits publics, la surveillance doit être considérée comme une atteinte légère aux droits fondamentaux⁶³.
- La surveillance doit garder un **caractère exceptionnel**. Elle ne saurait devenir un moyen courant et usuel dans le mode de traitement des dossiers⁶⁴.

(2) Les assurances responsabilité civile

L'**assurance responsabilité civile** a le droit de recourir au service d'un détective privé, aucune restriction autre que celles qui viennent d'être examinées ne la limitant dans son action. C'est ainsi que l'assurance devra respecter tant les exigences du Code pénal que celles de l'art. 28 al. 2 CC⁶⁵.

(3) Les assurances obligatoires

La situation des **assurances accident obligatoires** présente les particularités suivantes. Ces assurances sont des autorités qui rendent des décisions

⁶⁰ ATF 136 III 410, c. 4.3 et 4.4, JdT 2010 I 553

⁶¹ ATF 136 III 410, c. 4.2.1, JdT 2010 I 553.

⁶² ATF 135 I 169, c. 4.3, JdT 2010 I 191.

⁶³ ATF 135 I 169, c. 5.4.2, JdT 2010 I 191.

⁶⁴ ATF 135 I 169, c. 5.4.2, JdT 2010 I 191.

⁶⁵ TF, SJ 1998 301, 2a ; ATF 136 III 410, JdT 2010 I 553

et, à ce titre, elles doivent respecter les **principes constitutionnels et de procédure administrative**⁶⁶, ce qui a les conséquences suivantes.

- Premièrement, ces assurances peuvent elles-mêmes utiliser, dans leur propre procédure de décision, les moyens de preuve récoltés par les assurances privées en responsabilité civile. Pour cela, il faut que les preuves soient licites au sens de l'art. 28 al. 2 CC⁶⁷ et que soient remplies les conditions de l'art. 36 Cst. qui exige que les restrictions aux droits fondamentaux reposent sur une **base légale**, soient justifiées par l'**intérêt public** et soient **proportionnées**. Pour les assureurs pratiquant l'assurance obligatoire accident, il faut tout d'abord constater que, en lien avec l'art. 61 lit. c LPGA, l'art. 43 LPGA⁶⁸ ne prévoit pas de limitation des moyens de preuve⁶⁹. L'assureur est donc en droit d'entreprendre des mesures de surveillance par le biais d'un détective privé. Le Tribunal fédéral, interprétant les conditions posées à l'art. 36 Cst., a précisé que les assureurs, en évitant que des prestations indues ne soient versées, poursuivent un intérêt public qui consiste à protéger la collectivité des assurés⁷⁰. Le principe de la proportionnalité sera respecté si l'atteinte à la sphère privée est apte et nécessaire pour atteindre le but visé, lequel doit se trouver dans un rapport raisonnable avec cette mesure⁷¹. Le recours à un détective privé doit être considéré comme un **moyen de lutte efficace et approprié contre les abus**⁷². Une telle surveillance ne doit enfin pas violer le noyau intangible de l'art. 13 Cst. qui protège la sphère privée du citoyen⁷³.
- Secondement, ces assurances ont non seulement le droit d'utiliser les informations recueillies par les assurances responsabilité civile, mais elles sont elles-mêmes **habilitées à ordonner une surveillance** par un détective privé (art. 28 et 43 LPGA, art. 36 Cst.)⁷⁴. Elles pourront le faire aux mêmes conditions que celles qui viennent d'être exposées.

⁶⁶ ATF 136 III 410, c. 4.2; ATF 120 V 357, c. 1c.

⁶⁷ ATF 129 V 323, c. 3.3.3.

⁶⁸ L'art. 43 LPGA remplace l'ancien art. 47 LAA.

⁶⁹ ATF 132 V 241, c. 2.5.1.

⁷⁰ ATF 129 V 323, c. 3.3.3.

⁷¹ ATF 129 V 323, c. 3.3.3.

⁷² ATF 135 I 169, c. 5.6.

⁷³ ATF 135 I 169, c. 5.4.2.

⁷⁴ TF, U 316/06, c. 3.1.2 ; ATF 135 I 169.

Depuis le 1^{er} janvier 2008, l'**art. 59 LAI** a été d'ailleurs été modifié par l'introduction d'un alinéa 5 qui autorise expressément les offices AI à faire appel à des spécialistes – par quoi il faut notamment comprendre des détectives privés⁷⁵ – pour lutter contre la perception induite de prestations⁷⁶.

(4) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

La question de la surveillance de l'assuré par un détective privé agissant pour le compte d'un assureur a fait l'objet d'une analyse de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière a retenu que cette pratique est conforme à la CEDH. Commentant les considérations des juges nationaux, la Cour européenne a retenu ceci :

« Ils ont notamment retenu que l'assurance a l'obligation de vérifier si la demande en réparation du lésé est justifiée, sachant qu'elle agit également dans l'intérêt de l'ensemble de la collectivité de ses assurés. Ils en ont déduit que l'assureur a le droit de faire des enquêtes privées et que le lésé, de son côté, doit collaborer à l'établissement des faits et tolérer que des investigations soient effectuées par l'assurance, même à son insu, lorsque cette méthode est imposée par l'objectif poursuivi. Ils ont retenu qu'en l'espèce, les investigations de l'assureur, effectuées à partir du domaine public et limitées à la constatation de la mobilité de la requérante, visaient uniquement à préserver les droits patrimoniaux de l'assurance. Les juges ont ainsi reconnu un intérêt prépondérant à l'assureur et en ont conclu que l'atteinte à la personnalité de la requérante n'était pas illicite. Au vu de tous ces éléments, la Cour estime que la Suisse a rempli son obligation positive inhérente au respect effectif de la vie privée, tant au niveau législatif que juridictionnel »⁷⁷.

⁷⁵ KAHIL-WOLF, Droit des assurances sociales, JdT 2010 I 106, 107.

⁷⁶ Sur la question des projets de modification de la LPGa par l'introduction d'un nouvel art. 44a permettant une surveillance dans l'ensemble des assurances sociales, cf. RÜEDI, HAVE, 159.

⁷⁷ Cour européenne des droits de l'homme, *Verliere c/ Suisse*, requête n° 41953/98, décision de la 2^{ème} section sur la recevabilité, du 28 juin 2001, 5.

Le Tribunal fédéral s'est fait l'écho de cette décision et, conforté par cette dernière, a maintenu par conséquent la jurisprudence qu'il avait élaborée en matière de surveillance d'un assuré par un détective privé⁷⁸.

3. *Les violations du droit administratif : les violations commises par l'avocat*

Le droit administratif contient de nombreuses normes qui pourraient constituer la source de l'illicéité de la récolte de moyens de preuve. On songe en premier lieu au secret de fonction dont l'illicéité de la violation trouvera cependant son fondement essentiel dans le Code pénal (art. 320 CP, cf. supra II.B.1.d). Il ne peut être question de faire le tour des normes administratives qui pourraient frapper d'illicéité la collecte de preuve ; on se contentera d'évoquer ici le cas particulier du comportement de l'avocat, sujet évidemment plus étroitement lié que d'autres à la conduite d'un procès. Exerçant une profession réglementée, il est en effet soumis à diverses dispositions de droit administratif dont la violation pourrait entraîner la production d'une preuve illicite. On vise ici – à côté de la violation du secret professionnel qui relève également du droit pénal (art. 321 CP)⁷⁹ – l'utilisation en procédure d'une preuve obtenue par le biais d'une correspondance ou d'une discussion couverte par **les réserves d'usage**, soit la règle instituée par le **Code suisse de déontologie (CSD)** édicté par le Fédération suisse des avocats et qui prévoit qu'il ne peut être fait usage en procédure de documents ou du contenu de discussions transactionnelles ou confidentielles (art. 26 al. 2 CSD). La violation de cette règle et son influence sur la question de la preuve illicite appellent les deux commentaires suivants.

- Pendant des décennies, la violation des réserves d'usage relevait exclusivement de la déontologie, soit la réglementation privée édictée par les associations professionnelles d'avocats. Il ne pouvait donc être question de considérer que la violation d'une norme privée était susceptible de fonder l'illicéité d'un moyen de preuve par la violation des réserves d'usage. Cette dernière était en principe sans conséquence

⁷⁸ ATF 136 III 410, c. 6.2.

⁷⁹ L'avocat est tenu au secret professionnel en vertu de l'art. 13 LLCA. La violation de cette obligation peut entraîner des sanctions administratives conformément à l'art. 17 LLCA. Ces sanctions sont indépendantes de la condamnation pénale qui, pour les mêmes faits, pourrait être prononcée selon l'art. 321 CP.

procédurale et relevait du seul droit disciplinaire⁸⁰. Il n'en va plus de même depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur la libre circulation des avocats (LLCA). Si cette dernière n'institue pas expressément, parmi les devoirs professionnels qu'elle énonce à son article 12, la règle de la confidentialité des discussions transactionnelles, elle impose à l'avocat un **devoir général de diligence (art. 12 lit. a LLCA)**. Le Tribunal fédéral a considéré qu'en tant que norme généralement reconnue au niveau national et répondant à un intérêt général – celui de pouvoir négocier une solution à un litige sans risquer qu'en cas d'échec les documents ou informations échangés ne puissent nuire à ses propres intérêts – l'art. 26 al. 2 CSD posait un principe qui entrerait dans le devoir de diligence de l'avocat⁸¹. Il en résulte que **l'avocat qui viole les réserves d'usage instituées par les devoirs déontologiques viole également les devoirs professionnels que la loi lui impose**. A ce titre, il a lieu de considérer que son comportement est illicite.

- La production en procédure d'un document obtenu sous les réserves d'usage constitue un cas particulier de preuve illicite. Premièrement, la preuve n'a pas été obtenue illicitement (cf. supra II.A.2) puisqu'elle a été remise volontairement par la partie adverse conformément aux règles professionnelles. Secondement, pour autant qu'elle ait été produite conformément aux règles posées par le CPP ou le CPC, elle n'a pas non plus été produite de façon irrégulière, soit en contrariété avec les règles de procédure (cf. supra II.A.3), du seul fait que la règle des réserves d'usage a été violée. Elle a en revanche été obtenue sous des conditions strictes et précises – son non usage en procédure – qui n'ont finalement pas été respectées. Même s'il n'y a pas concomitance entre l'obtention de la preuve et la violation de la règle en empêchant la production en procédure, il faut admettre que cette preuve a été obtenue de façon illicite. Le but de l'art. 26 al. 2 CSD, érigé au rang de règle professionnelle au sens de l'art. 12 LLCA, est précisément d'**éviter qu'un document remis sous réserve d'usage ne constitue ultérieurement un moyen de preuve**. Ne pas considérer que la preuve a été obtenue de façon illicite irait à l'encontre du but recherché par la loi et laisserait

⁸⁰ CHAPPUIS, Signification et portée des règles déontologiques, *in* Droit suisse des avocats, Berne 1998, 137 ss.

⁸¹ TF, 2A.658/2004, traduit *in* BOHNET, Les grands arrêts de la profession d'avocat, Neuchâtel 2010, 132 ss.

sans suites procédurales le comportement pourtant sujet à sanction de l'avocat.

C. Les preuves produites en violation du droit de procédure

1. Les règles générales

Les règles procédurales régissant l'administration des preuves varient fondamentalement, selon qu'il s'agit de procédure civile ou de procédure pénale⁸².

L'art. 168 CPC institue quant à lui un *numerus clausus* des moyens de preuve. Toute preuve qui n'entre pas dans cette liste ne saurait être accueillie par le tribunal. Dans cette liste figurent notamment les **renseignements écrits (l'art. 168 lit. e CPC)** dont les conditions sont réglées à l'art. 190 CPC. Il s'agit de renseignements que le tribunal sollicite soit de services officiels (al. 1), soit de personnes dont la comparution à titre de témoins ne semble pas nécessaire (al. 2). La doctrine donne comme exemple un certificat médical établi par un médecin dont le témoignage ne paraîtrait pas nécessaire⁸³. L'éventualité visée à l'art. 190 al. 2 CPC doit être distinguée du témoignage écrit, que la pratique de l'arbitrage international a développée sous le nom de *witness statement*. La règle fondamentale reste que le témoignage est oral et qu'il n'appartient pas aux parties de prendre l'initiative de recueillir préalablement la déposition écrite des témoins. Il faut d'ailleurs rappeler dans ce cadre que les **contacts avec les témoins sont strictement limités pour les avocats**, le Tribunal fédéral ayant, en harmonie avec les règles déontologiques (art. 7 al. 1 CSD), posé des principes très restrictifs en la matière⁸⁴. Hormis en matière d'arbitrage (art. 7 al. 2 CSD), il n'entre pas dans les règles professionnelles d'un avocat de recueillir par écrit le témoignage préalable d'un témoin.

⁸² Pour une présentation des enjeux de la question et des différentes opinions qui ont été émises, cf. RÜEDI, thèse, N 171 ; cf. également GROSSEN, Les moyens de preuve obtenus par des procédés contraires au droit, in Guilloid/Müller (éd.), Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner, Bâle 2011, 617.

⁸³ CPC-SCHWEIZER, CPC 190 N 19, qui relève cependant que, le plus souvent, le témoignage du médecin sera nécessaire.

⁸⁴ ATF 136 II 551, c. 3 ; pour une appréciation critique, HAFNER/REICHART, Private Zeugenbefragung durch den Anwalt im Zivilprozess, RSJ 107 (2011) 201.

Le Code de **procédure pénale** oblige quant à lui les autorités pénales à mettre en œuvre **tous les moyens de preuve licites** qui, selon l'état des connaissances scientifiques et l'expérience, sont propres à établir la vérité (l'art. 139 CPP)⁸⁵. Ainsi, contrairement à la règle qui prévaut en procédure civile, il n'y a **pas de *numerus clausus*** des moyens de preuve⁸⁶. La loi met cependant une limite à cette liberté des autorités pénales : la preuve doit être licite, ce par quoi il faut comprendre qu'elle n'est pas interdite par le droit⁸⁷, notion plus large que celle utilisée dans le texte français de l'art. 141 al. 2 CPP⁸⁸. Est en tout cas illicite la preuve obtenue en violation de l'art. 140 CPP (infra II.C.3).

2. *Les preuves interdites en procédure civile*

a) Les preuves non autorisées : la situation du rapport écrit d'un détective privé

La seule preuve qui retiendra notre attention dans le cadre restreint de la présente analyse est celle du rapport écrit du détective privé. Ce dernier ne peut en aucun cas être assimilé à un expert. Premièrement, il n'agit pas sur mandat du tribunal mais à l'initiative d'une partie. Secondement, il ne se prononce pas sur des questions techniques ou scientifiques – tel le degré d'invalidité d'une personne par exemple – mais sur des faits qu'il a lui-même constatés : la façon avec laquelle une personne se déplace, les activités que cette dernière exerce. Le fait que, le plus souvent, il rédige un rapport écrit, dans lequel il consigne les observations qu'il a faites, ne modifie pas la situation. Il n'est dès lors pas question de parler d'un rapport au sens de l'art. 187 CPC.

Le rapport d'un détective ne constitue pas non plus un renseignement écrit au sens de l'art. 190 CPC qui permettrait au juge de se dispenser d'entendre son auteur. Premièrement, un tel rapport n'a pas été demandé par le tribunal en cours de procédure mais a été sollicité antérieurement par l'une des parties. Deuxièmement, il sera généralement indispensable d'entendre le détective de façon que l'assuré qu'il a suivi et observé puisse lui poser toute question utile sur le rapport.

⁸⁵ Sur les différences d'enjeux entre les procédures civile et pénale, cf. GAILLARD, 654 ss.

⁸⁶ BSK-GLESS, StPO 139 N 14.

⁸⁷ CR-BÉNÉDICT/TRECCANI, CPP 140 N 4 ; BSK-GLESS, StPO 139 N 8 et 15 ss.

⁸⁸ CR-BÉNÉDICT/TRECCANI, CPP 139 N 4.

En définitive, la seule question qui se pose est celle de savoir si le rapport du détective peut préalablement être produit comme titre au sens de l'art. 177 CPC ou si seul le témoignage oral du détective ne peut être recueilli en audience. C'est au premier terme de l'alternative qu'il faut donner la préférence. Le but poursuivi par la loi est de simplifier la procédure et de donner au juge le plus large degré de connaissance de l'affaire notamment par le biais de l'art. 190 CPC dont la doctrine recommande d'ailleurs un usage ample⁸⁹. Même si l'on se situe en dehors du cadre de cette dernière disposition, il y a lieu de considérer que la production d'un rapport de détective privé simplifiera le cours de la procédure en ce qu'il permettra de fixer de manière précise les dates, lieux et circonstances dans lesquelles les constatations du détectives ont été faites. De surcroît, il mettra en œuvre efficacement le droit d'être entendu de l'assuré qui, à réception du rapport, aura tout loisir de préparer les questions qu'il entendra poser à l'expert. Ainsi, même si la production de ce type de preuve n'est pas expressément prévue par le CPC, il y a lieu d'admettre que la production du rapport d'un détective privé comme titre est admissible en procédure mais devra, dans tous les cas, faire l'objet d'un témoignage du détective, les conditions de l'art. 190 al. 2 CPC n'étant pas réalisées.

- b) La violation du droit à la preuve et du droit d'être entendu :
l'art. 152 al. 1 CPC

La preuve, quoique conforme à la liste exhaustive établie par la loi, peut cependant être produite ou administrée en violation des règles de procédure. A cet égard, le CPC énonce les principes classiques découlant du droit constitutionnel, au nombre desquels celui du droit à la preuve, également consacré à l'art. 8 CC. Ce principe est consacré et réglé par le CPC **en son art. 152 al. 1** : toute partie a droit à ce que tribunal administre les moyens de preuve adéquats proposés régulièrement et en temps utile. La violation de cette norme procédurale pourrait avoir pour conséquence la production d'une preuve dite irrégulière (supra II.A.1 et II.A.3).

⁸⁹ CPC-SCHWEIZER, CPC 190 N 11.

c) La portée de l'art. 152 al. 2 CPC

L'art. 152 al. 2 CPC traite des preuves illicites soit celles qui ont été obtenues en violation du droit matériel (supra II.A.2)⁹⁰. Il se distingue ainsi fondamentalement de l'alinéa 1 de la même disposition légale. Il ne relève pas l'administration des preuves, mais bien de leur appréciation par le juge.

3. *Les preuves interdites en procédure pénale*

Si le CPP ne **fixe pas de numerus clausus** des moyens de preuve (supra II.C.1 n. 86), il pose des limites à la façon de recueillir les preuves et de les administrer.

L'art. 140 CPP énonce tout d'abord les méthodes d'administration des preuves qui sont en elles-mêmes interdites, à savoir les moyens de contrainte, le recours à la force, les menaces, les promesses, la tromperie et les moyens susceptibles de restreindre les facultés intellectuelles ou le libre arbitre. Cette **interdiction de traitements dégradants ou inhumains** trouve son fondement tant dans le droit constitutionnel que dans le droit conventionnel⁹¹.

A cette norme s'ajoutent toutes les dispositions du code qui fixent les conditions procédurales selon lesquelles les preuves doivent être recueillies tels, par exemple, l'art. 143 CPP (exécution de l'audition d'un comparant), les art. 147-148 CPP (droit de participer à l'administration des preuves), l'art. 213 CPP (visite domiciliaire), l'art. 241 CPP (prononcé des mesures de perquisition, fouilles et autres examens), les art. 255-259 CPP (analyse de l'ADN), les art. 269-279 CPP (mesures de surveillance secrètes) ou encore les art. 280-281 CPP (autres mesures techniques de surveillance).

⁹⁰ Pour une présentation générale de l'art. 152 al. 2 CPC et son interprétation, particulièrement de la notion d'illicéité, cf. RÜEDI, N 126 ss.

⁹¹ CR-BÉNÉDICT/TRECCANI, CPP 140 N 14 ; BSK-GLESS, StPO 140 N 12 ss.

III. Les sanctions procédurales

A. Les sanctions de la procédure civile

1. *En cas de production irrégulière de la preuve*

La production irrégulière d'une preuve, soit celle faite en contrariété avec les règles de procédure (cf. supra II.A.3), appelle le rétablissement de l'équilibre procédural rompu par cette violation : la **preuve sortant du *numerus clausus*** (cf. supra II.C.1) sera rejetée par le juge, alors que celle qui aurait été produite en dehors de moments prévus par la procédure et que le juge accepterait néanmoins devra, dans tous les cas, être soumise à l'autre partie pour qu'elle puisse se prononcer sur son contenu, de façon que son droit d'être entendu soit respecté.

Quant à l'art. 161 al. 2 CPC, il interdit au juge de tenir compte des preuves administrées alors qu'il **n'aurait pas informé les parties ou les tiers de leur droit de refuser de collaborer** découlant des art. 163-166 CPC. La sanction procédurale de ce vice dans l'administration de la preuve consiste dans le rejet pur et simple de cette dernière. Le vice peut toutefois être réparé par le **consentement de la personne concernée**, ce que la loi précise expressément. Cette dernière sanctionne enfin un cas **d'abus de droit** pour les situations où l'absence de l'information due aux termes de la loi de procédure n'a eu aucun effet puisque le refus de collaborer de la personne non informée n'aurait de toute manière pas été justifié⁹².

2. *En cas de production d'une preuve obtenue de façon illicite*

La production d'une pièce obtenue d'une façon illicite entraîne une réaction d'une autre nature. Produite en conformité avec les règles de procédure, cette pièce n'a pas à être écartée par le juge. En revanche, l'illicéité de sa collecte peut amener ce dernier à refuser de la prendre en considération.

Le système institué par le CPC est fondé sur un **large pouvoir d'appréciation donné au juge**, aux termes de l'art. 152 al. 2 CPC, pouvoir qui s'inscrit dans le principe général de la libre appréciation des preuves institué par l'art. 157 CPC. Il revient en effet au tribunal de déci-

⁹² Sur cette question et l'interprétation du texte français qui est ambigu, cf. CPC-JEANDIN, CPC 161 N 9.

der s'il prendra en considération la preuve illicite parce que **l'intérêt à la manifestation de la vérité serait prépondérant** ou si, au contraire, cet intérêt n'est pas tel qu'il doive la prendre en considération. Autrement dit, il doit mettre en balance l'importance des enjeux qu'il a à trancher et la gravité de la violation légale ou réglementaire commise en amont pour obtenir la preuve. C'est alors une question de proportionnalité⁹³. Le système juridique ne saurait en principe tirer profit des fruits d'une violation sous peine de nier la cohérence du système. Afin d'éviter d'encourager des comportements répréhensibles et contraires à la loi dans la recherche des moyens de preuve, ce n'est qu'avec **retenue qu'on admettra que l'intérêt à la découverte de la vérité l'emporte sur le respect de la loi**. C'est pourquoi, la sanction procédurale d'un manquement à une disposition réglementaire cédera le pas face à la recherche de la vérité, lorsqu'il en ira par exemple de l'état d'une personne ou de la protection du bien de l'enfant. En revanche, la commission d'un crime ou d'un délit ne devrait pas profiter à la partie fautive dans un litige purement patrimonial.

Enfin c'est à juste titre que SCHWEIZER relève que la commission d'un délit doit être la condition *sine qua non* de l'obtention de la preuve illicite pour que le juge envisage de la rejeter. Lorsqu'en recueillant une preuve de manière licite une partie commet parallèlement un délit – SCHWEIZER donne l'exemple d'une partie qui, pressée de recueillir une preuve, commet une infraction à la LCR – la problématique de la preuve illicite n'est en rien touchée⁹⁴.

B. Les sanctions de la procédure pénale

1. Les principes jurisprudentiels

A défaut de norme procédurale fédérale unifiée, c'est à la jurisprudence qu'il est revenu pendant des décennies de dire quel était l'équilibre à trouver entre la nécessaire répression des infractions et le respect de la loi en matière de récolte de preuves.

En procédure pénale, la question se pose en des termes très différents du cadre d'un procès civil. Alors que, dans ce dernier, il s'agit essentielle-

⁹³ CPC-SCHWEIZER, CPC 152 N 20 ; pour une critique de la solution retenue par le législateur, cf. GROSSEN.

⁹⁴ CPC-SCHWEIZER, CPC152 N 19.

ment de mettre les parties à égalité et de protéger l'une d'entre elles contre les possibles dérives de l'autre, le procès pénal met le citoyen face à la force répressive de l'Etat⁹⁵. Il faut donc prévoir des normes procédurales plus drastiques dans ce cadre pour prévenir les excès de l'Etat qui seraient susceptibles de mettre en cause la **liberté du citoyen** et la pérennité de ses **droits fondamentaux** octroyés et garantis par un Etat de droit. Ainsi, on ne saurait admettre qu'au nom de la vérité on s'affranchisse du respect des normes interdisant les traitements inhumains des prévenus ou les menaces et violences qui pourraient leur être faites afin d'obtenir de leur part des aveux ou des preuves destinées à les confondre. A ces cas extrêmes, on opposera ceux dans lesquels la poursuite d'une infraction grave se verrait compromise par une violation mineure de règles régissant la collecte de preuves. C'est à l'arbitrage entre ces deux extrêmes qu'il faut procéder.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rendre plusieurs décisions de principes en la matière, sous l'empire des codes de procédure cantonaux. Dans l'arrêt *von Däniken*⁹⁶, il a retenu qu'il n'y avait utilisation inadmissible d'une preuve obtenue illégalement que lorsque cette dernière n'aurait pas pu être obtenue conformément au droit en vigueur. En revanche, la simple violation de règle de procédure à l'occasion de la récolte de la preuve n'empêche pas le juge de tenir compte de cette dernière.

Dans l'arrêt *Schenk*, le Tribunal fédéral avait à connaître de l'usage d'enregistrements illégaux dans le cadre d'une procédure ouverte pour une tentative d'assassinat⁹⁷ : les juges ont considéré qu'il fallait mettre en balance l'**intérêt public à l'établissement de la vérité**, particulièrement en cas de commission d'un crime, et celui du suspect au **respect de sa sphère intime**, en cas d'enregistrement réalisé illégalement. Le moyen de preuve – l'enregistrement de conversations téléphoniques – n'est pas en lui-même prohibé en droit suisse et ne constitue donc pas un moyen qui devrait en tout état être rejeté parce que dégradant et contraire à l'ordre public (contrairement à l'usage de la violence, de la torture ou du sérum de vérité, etc.).

⁹⁵ Pour une présentation générale de la question, BÉNÉDICT, Le sort des preuves illégales dans le procès pénal, 1994, 17 ss, CR-BÉNÉDICT/TRECCANI, CPP Intro. art. 139-141 passim ; GAILLARD, 654 ss ; FORNITO, Beweisverbote im schweizerischem Strafprozess, th. St-Gall 2000, passim.

⁹⁶ ATF 96 I 437, JdT 1972 I 217.

⁹⁷ ATF 109 IA 244.

2. *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et ses conséquences sur celle du Tribunal fédéral*

L'arrêt du Tribunal fédéral rendu dans l'affaire *Schenk* a été porté devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière a posé le principe qu'on ne saurait exclure par principe et *in abstracto* l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale et qu'il appartenait essentiellement à la Cour de s'assurer que le recourant avait bénéficié d'un procès équitable, ce qui avait été le cas en l'espèce⁹⁸.

Il faut cependant relever que cette décision a donné matière à une opinion dissidente exprimée par quatre des juges de la Cour qui ont, quant à eux, considéré que le procès pénal ne pouvait pas être équitable lorsque le juge tient compte d'une preuve obtenue illégalement⁹⁹. Le Tribunal fédéral a subséquemment confirmé sa jurisprudence selon laquelle il faut procéder à une balance des intérêts en présence. Il a toutefois refusé de limiter l'admissibilité des preuves illégales aux seuls cas d'infractions très graves – telles que le meurtre – et a posé le principe selon lequel l'intérêt public à l'utilisation de telles preuves varie en fonction de la gravité de l'acte¹⁰⁰.

Ainsi, le Tribunal fédéral a certes retenu que la personne accusée dans une procédure pénale peut faire usage de son **droit de se taire**, sans avoir à en subir des inconvénients. Les juges fédéraux ont ajouté que l'autorité avait un devoir d'information immédiat envers la personne, qui est privée de sa liberté, de son droit de se taire. Les déclarations faites dans l'ignorance de ce droit de se taire ne peuvent en principe pas être retenues. Le Tribunal fédéral a cependant précisé que des exceptions à ce principe étaient admissibles à certaines conditions, après une pesée des intérêts en présence¹⁰¹.

Finalement, il faut mentionner la décision par laquelle le Tribunal fédéral a refusé que soit utilisé comme moyen de preuve un document volé dans le coffre-fort d'un avocat. Il a estimé qu'il serait choquant que, pour empêcher l'utilisation d'un document dans une procédure pénale, un avocat

⁹⁸ Cour européenne des droits de l'homme, *Schenk c/ Suisse*, requête n° 10862/84, décision du 18 juillet 1988, 26.

⁹⁹ Opinion dissidente des juges Pettiti, Spielmann, de Meyer et Carillo Salcedo, Cour européenne des droits de l'homme, *Schenk c/ Suisse*, requête n° 10862/84, décision du 18 juillet 1988, 30.

¹⁰⁰ ATF 131 I 372, c. 4.5 ; ATF 130 I 126, c. 3.2.

¹⁰¹ ATF 130 I 126, c. 3.2 et 3.3.

ne puisse pas faire valoir son secret professionnel lorsque ce document lui a été enlevé par la force et contre sa volonté¹⁰².

3. *Les règles du CPP*

Le système mis en place par le CPP, en ses art. 140 et 141, tend à protéger le **libre arbitre** de la personne et la **dignité humaine**¹⁰³ ; il constitue la concrétisation de l'interdiction du recours à des moyens attentatoires à la dignité humaine formulée à l'art. 3 al. 2 lit. d CPP. La solution légale aujourd'hui en vigueur ne se distancie pas fondamentalement de celle élaborée antérieurement par le Tribunal fédéral. Il faut distinguer trois types de preuves illicites qui connaissent des régimes procéduraux différents selon la gravité de l'infraction commise pour récolter la preuve.

Il est important de souligner que la **preuve est inexploitable et non pas nulle** : une telle preuve, si elle ne peut être utilisée par les autorités pour établir la culpabilité du prévenu, pourrait en principe servir à établir son innocence, tant il est vrai qu'on imagine mal condamner une personne dont l'innocence serait établie au motif que la preuve permettant de le faire serait nulle en raison de son illicéité.

Le CPP ne règle expressément que les **preuves illicites recueillies par les organes de l'Etat**. C'est en revanche à dessein que les parlementaires ont laissé non résolue – contrairement au projet qui leur avait été soumis – la question du sort à réserver aux **preuves apportées par les particuliers**, laissant aux tribunaux le soin de trancher au cas par cas¹⁰⁴. La question est complexe puisqu'elle dépend de nombreux éléments, au nombre desquels figurent la personne qui a recueilli la preuve (le prévenu ou une autre partie) et la catégorie de norme qui a été violée (droit matériel ou droit de procédure). Les solutions sont controversées et leur présentation excéderait le cadre limité de la présente étude. Il est donc renvoyé aux ouvrages spécialisés¹⁰⁵.

¹⁰² ATF 117 Ia 341, c. 6c.

¹⁰³ BSK-GLESS, StPO 140 N 5.

¹⁰⁴ CR-BÉNÉDICT/TRECCANI, CPP Intro. art. 139-141 N 7-9; cf. également BSK-GLESS, StPO 140 N 19-20.

¹⁰⁵ Pour une introduction sur la question, CR-BÉNÉDICT/TRECCANI, CPP Intro. art. 139-141 N 11-20 et références citées.

On mentionnera néanmoins ici que des **faits justificatifs** sont susceptibles de rendre licite le comportement de l'auteur¹⁰⁶. Ainsi les notions de **légitime défense** (art. 15 CP) et d'**état de nécessité** (art. 17 CP) sont en principe applicables en matière d'obtention illicite de preuves illicites¹⁰⁷ : l'utilisation de ces dernières est exceptionnellement admissible lorsque l'enregistrement a été effectué d'une manière qui est justifiée et que l'intérêt de l'Etat à la découverte de la vérité l'emporte sur l'intérêt privé du particulier¹⁰⁸. La jurisprudence ajoute que pour qu'un enregistrement d'une conversation téléphonique soit utilisé comme moyen de preuve, il faut que les conditions d'une surveillance téléphonique soient aussi réalisées à l'égard de la personne enregistrée¹⁰⁹. Les conditions habituelles régissant les faits justificatifs – notamment **l'urgence, la proportionnalité et la subsidiarité** – s'appliquent à l'obtention de preuves illicites¹¹⁰.

a) Les preuves inexploitablees (art. 141 al. 1 CPP)

On l'a vu, l'art. 140 CPP pose le principe selon lequel certains moyens d'enquête sont prohibés : contrainte, menace, violence et tromperie sont autant de façons d'agir qui ne peuvent entrer dans l'arsenal répressif d'un Etat de droit. C'est en conformité avec les règles d'un tel Etat que les preuves qui auraient été obtenues par le biais de moyens contraires aux principes fondamentaux de la dignité humaine sont déclarées inexploitablees, sans qu'aucune exception ne soit prévue. Les preuves sont retirées du dossier pénal puis détruites une fois la procédure terminée (art. 141 al. 5 CPP). Il faut relever que l'interdiction du recours à certains moyens, si elle est expressément notifiée aux **autorités étatiques**, vise **tout tiers**, notamment les autres parties à la procédure¹¹¹, dont on ne saurait admettre qu'elles puissent recourir à des moyens illégaux, à juste titre interdits aux autorités.

¹⁰⁶ Sur la notion de fait justificatif, cf. HURTADO POZO, N 697 ss.

¹⁰⁷ Pour une présentation de la question en procédure civile, cf. RÜEDI, N 270 ss.

¹⁰⁸ TF, 1A.314/2000, c. 6.

¹⁰⁹ ATF 120 Ia 314, c. 2c.

¹¹⁰ Pour une présentation détaillée de l'application de ces principes en matière de preuves illicites, cf. CR-BÉNÉDICT/TRECCANI, CPP Intro. art. 139-141 N 19.

¹¹¹ CR-BÉNÉDICT/TRECCANI, CPP 141 N 3 ; cf. cependant supra III.B.3 concernant la délicate question du sort réservé aux preuves illicites apportées par des particuliers.

La liste des preuves illicites ne se limite pas à celles énumérées à l'art. 140 CPP. Le Code contient une vingtaine d'autres dispositions spécifiques, auxquelles l'art. 141 al. 2 CPP renvoie, qui déclarent elles aussi inexploitable les preuves recueillies en violation des conditions qu'elles fixent¹¹². Le caractère inexploitable de la preuve est expressément énoncé par la loi, à l'instar de l'art. 147 al. 4 CPP qui dispose que « les preuves administrées en violation du présent article ne sont pas exploitables à la charge de la partie qui n'était pas présente ».

Certaines informalités sont cependant réparables : tel est par exemple le régime applicable aux preuves administrées en cas de défense obligatoire (art. 130 CPP) avant que le défenseur du prévenu n'ait été désigné (art. 131 al. 3 CPP). La preuve sera exploitable si ce dernier renonce à demander la répétition de l'acte d'instruction. A défaut d'un tel accord, les autorités pénales pourront administrer la preuve une nouvelle fois qui sera alors exploitable.

b) Les preuves relativement exploitables (art. 141 al. 2 CPP)

Le CPP institue un **système relatif** pour les preuves recueillies d'une manière illicite ou en violation des règles de validité : elles ne seront exploitables que pour autant qu'elles soient **indispensables pour élucider des infractions graves**. On retrouve ici le système élaboré par le Tribunal fédéral antérieurement à l'entrée en vigueur du CPP, basé sur la mise en balance des intérêts en présence et le principe de la proportionnalité (supra III.B.1).

Par preuve illicite, il faut comprendre celle qui aura été **recueillie en violation de la loi pénale** ainsi que le spécifient plus clairement les textes allemand (« ... *in strafbarer Weise* ... ») et italien (« ... *in modo penalmente illecito* ... »)¹¹³. Il est donc renvoyé ici à ce qui a été exposé sur les modes de collecte de preuve contraires à la loi pénale (supra II.B.1).

Cette solution est pragmatique et privilégie l'efficacité, suivant ainsi l'adage selon lequel la fin justifie les moyens. Elle n'en sacrifie pas moins certains principes notamment celui selon un procès pénal ne peut pas être équitable s'il repose sur un comportement illicite des autorités répressives. Elle n'est donc pas indiscutée, les critiques pouvant lui être opposées étant

¹¹² Pour la liste des dispositions concernées, cf. CR-BÉNÉDICT/TRECCANI, CPP 141 N 4.

¹¹³ CR-BÉNÉDICT/TRECCANI, CPP 141 N 9; BSK-GLESS, StPO 141 N 64.

celles des quatre juges de Strasbourg dans leur opinion dissidente formulée dans la décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Schenk*¹¹⁴.

c) Les preuves exploitables (art. 141 al. 3 CPP)

La violation de **simples prescriptions d'ordre** n'emporte pas de conséquences procédurales : les preuves recueillies sont exploitables sans autres restrictions. Cette solution peut paraître choquante en ce qu'elle ne souffre d'aucun tempérament ni ne permet au juge de renoncer à exploiter une preuve pourtant recueillie en violation du Code de procédure. Autrement dit, l'art. 141 al. 3 CPP n'autorise aucune pesée des intérêts entre l'importance de la prescription d'ordre qui a été enfreinte et la gravité de l'infraction qui est poursuivie. On pourrait même se demander pourquoi les autorités pénales respecteraient des prescriptions dont la violation n'entraînerait aucune sanction procédurale quelconque¹¹⁵.

Conclusion

La problématique de la récolte et l'exploitation de preuves illicites est, on le voit, complexe notamment en raison du fait que les éléments juridiques qui participent aux réponses à apporter ressortissent à des domaines variés : droit constitutionnel, droit civil, droit des obligations, droit pénal, droit administratif, protection des données, droit de procédure civile et pénale se conjuguent pour déterminer tant l'illicéité de la preuve que son exploitation et son admissibilité. Cela, sans compter le caractère international de cette problématique qui en renforce évidemment la difficulté.

La variété des intérêts protégés constitue l'une des sources de la difficulté. Du droit de la personnalité à la protection du travailleur en passant par celle du patrimoine, les objets protégés sont aussi nombreux que dissemblables.

Une autre difficulté provient de ce que les textes régissant la matière ont été édictés à des époques et dans des contextes différents. Imaginer qu'une solution unique et harmonisée puisse s'imposer est une vue de l'esprit, ne

¹¹⁴ Cf. n. 99.

¹¹⁵ Dans le même sens, CR-BÉNÉDICT/TRECCANI, CPP 141 N 30.

serait-ce qu'en raison des buts différents poursuivis par les diverses codes de procédure et, partant, des moyens dont ils disposent, qui font que ces deux lois ne peuvent pas se confondre¹¹⁶. Il importe donc, dans l'interprétation des lois, de tout mettre en œuvre pour assurer une harmonie des solutions, ce qui n'implique à l'évidence pas qu'elles doivent être similaires.

Le législateur est lui-même conscient que la multiplication des lois nouvelles et, partant, des solutions qu'elles comportent est susceptible de conduire à des résultats partiellement incohérents. A cet égard, on notera ainsi avec intérêt l'adoption, le 10 juin 2010, par le Conseil des Etats, de la motion 09.3362 déposée le 23 avril 2009 par la commission des affaires juridiques du Conseil national et acceptée à l'unanimité par ce conseil le 17 septembre 2009 puis par la commission des affaires juridiques du Conseil des Etats¹¹⁷. Cette motion – dont le Conseil fédéral a proposé l'acceptation le 20 mai 2009 – vise à adapter les dispositions relatives au secret professionnel des avocats dans les différentes lois fédérales de procédure. Les auteurs de la motion ont constaté que l'harmonisation des solutions avait été oubliée dans les travaux de clôture des codes de procédure civile et de procédure pénale. Il s'est ainsi imposé aux yeux de tous qu'il fallait trouver une solution harmonisée à l'ensemble des procédures fédérales. Ce point ne constitue qu'un aspect isolé de la question mais l'initiative est suffisamment révélatrice du problème pour être mentionnée. Pour les raisons qui viennent d'être rappelées, il n'est sans doute pas envisageable de donner, dans toutes les procédures, une solution unique au traitement de toutes les preuves illicites. Il n'en reste pas moins, maintenant que les procédures sont unifiées au niveau national, qu'une approche coordonnée s'imposera pour que les solutions trouvées garantissent la cohérence du système.

On l'a dit en introduction, les développements techniques et la concentration de données qu'autorise l'informatique rendent la problématique des preuves illicites d'une plus grande acuité que jamais. Les récents démêlés

¹¹⁶ GAILLARD, 654-656 ; GROSSEN, 619.

¹¹⁷ Rapport du 18 janvier 2010 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats sur la motion 09.3362 du Conseil national sur l'adaptation des dispositions relatives au secret professionnel des avocats dans les différentes lois fédérales de procédure. Le présent article était sous presse alors que le Conseil fédéral a annoncé le 26 octobre 2011 l'adoption du Message concernant la loi fédérale sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret d'avocat.

de certaines banques suisses auxquelles des données informatiques concernant des clients ont été dérobées¹¹⁸ ou ceux de la société Sony dont les informations concernant des millions de clients ont été piratées sont là pour le démontrer¹¹⁹. Ni les particuliers, ni même les Etats qui sont prêts à acheter des listes de clients obtenues illicitement¹²⁰, ne reculent devant les nouvelles possibilités offertes par la technique pour parvenir à leurs fins. Sauf à vouloir entrer dans une société dépourvue de toute protection du citoyen, il n'est pas vain de s'interroger sur le traitement efficace réservé aux preuves illicites. Les procès en matière de responsabilité civile ne concernent certes pas des enjeux de la taille de ceux qui concernent la lutte fiscale menée par un Etat. Ils sont toutefois suffisants pour que la question ne demeure pas théorique.

¹¹⁸ On prendra pour exemple la liste de 24'000 clients d'HSBC dérobées par un informaticien de cette banque, cf. Le Temps, 18 décembre 2009.

¹¹⁹ Cf. Le Temps, 2 octobre 2011.

¹²⁰ Il en va ainsi de l'Allemagne qui a acheté un CD-Rom contenant des informations obtenues illicitement concernant des clients de banques suisses ; cf. notamment Le Temps, 11 août 2011.

Bibliographie

- BÉNÉDICT Jérôme, *Le sort des preuves illégales dans le procès pénal*, th. Lausanne 1994.
- BOHNET François, *Les grands arrêts de la profession d'avocat*, Neuchâtel 2009.
- BOHNET François, JEANDIN Nicolas, SCHWEIZER Philippe, TAPPY Denis, *CPC : Code de procédure civile commenté*, Bâle 2011 (cité : CPC-AUTEUR)
- CHAIX François, *La fixation du dommage par le juge*, in C. Chappuis/B. Winiger (éd.), *Le préjudice, une notion en devenir*, Journée de la responsabilité 2004, Genève 2005.
- CHAPPUIS Benoît, *Le moment du dommage, Analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage*, th. Fribourg, Zurich 2007.
- CHAPPUIS Benoît, *Signification et portée des règles déontologiques*, in *Droit suisse des avocats*, Berne 1998.
- CORBOZ Bernard, *Les infractions en droit suisse*, T. 1, 3^{ème} éd., Berne 2010.
- FELLMANN Walter, *Substanziierungspflicht nach der schweizerischen Zivilprozessordnung*, in HAVE, *Haftpflichtrecht* 2011, Zurich 2011, 13 ss.
- FORNITO Roberto, *Beweisverbote im schweizerischem Strafprozess*, th. St-Gall 2000.
- GAILLARD Louis, *Le sort des preuves illicites dans le procès civil*, SJ 1998 649 ss.
- GRIMM Andrea/VLECK Michael, *Liberalisierung für des Aufnahmen von Telefongesprächen im Geschäfts- und Bankenverkehr Revision Art. 179quinquies StGB*, PJA 2004 534 ss.
- GROSSEN Jacques Michel, *Les moyens de preuve obtenus par des procédés contraires au droit*, in O. Guillod/C. Müller (éd.), *Pour un droit équitable, engagé et chaleureux*, Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner, Bâle 2011, 617 ss.

- HAFNER Peter/REICHART Peter, *Private Zeugenbefragung durch den Anwalt im Zivilprozess*, RSJ 107 (2011) 201 ss.
- HURTADO POZO José, *Droit pénal – Partie spéciale*, Genève 2009.
- JEANNERET Yvan/KUHN André (éd.), *Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand*, Bâle 2011 (cité : CR-AUTEUR, CPP).
- MEIER Philippe, *Protection des données. Fondement, principes généraux et droit privé*, Berne 2011.
- NIGGLI Marcel Alexander/HEER Marianne/WIPRÄCHTIGER Hans (éd.), *Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Commentaire bâlois*, Bâle 2011 (cité : BSK StPO-AUTEUR).
- ROSENTHAL David/JÖHRI Yvonne, *Handkommentar zum Datenschutzgesetz*, Zurich 2008.
- RÜEDI Yves, *Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Haftpflichtprozess*, in HAVE, *Haftpflichtrecht 2011*, Zurich 2011, 157 ss (cité: RÜEDI, HAVE).
- RÜEDI Yves, *Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess*, th. St-Gall, Zurich 2009 (cité: RÜEDI, thèse).
- SCHUBARTH Martin/ALBRECHT Peter, *Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil II, Delikte gegen das Vermögen*, Berne 1990.
- SPÜHLER Karl et al. (éd.), *Schweizerische Zivilprozessordnung, Commentaire bâlois*, Bâle 2010 (cité: BSK-AUTEUR, ZPO).
- STRATENWERTH Günter/JENNY Guido/BOMMER Félix, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen*, 7^{ème} éd., Berne 2010.
- TRECHSEL Stefan, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Zurich/St-Gall 2008.
- WALTER Hans Peter, *Prozessuale Aspekte beim Streit zwischen Kunden und Vermögensverwalter*, RDS I 2008, 112 ss.
- WYLER Rémy (avec la collaboration de Françoise Martin), *Droit du travail*, 2^{ème} éd., Berne 2008.

Commentaire de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail
 Chapitre 2: Exigences particulières en matière d'hygiène
 Section 5: Surveillance des travailleurs
 Art. 26



Art. 26

Article 26

Surveillance des travailleurs

- ¹ Il est interdit d'utiliser des systèmes de surveillance ou de contrôle destinés à surveiller le comportement des travailleurs à leur poste de travail
- ² Lorsque des systèmes de surveillance ou de contrôle sont nécessaires pour d'autres raisons, ils doivent notamment être conçus et disposés de façon à ne pas porter atteinte à la santé et à la liberté de mouvement des travailleurs.

1. Généralités

La protection de la personnalité des travailleurs, déjà ancrée dans l'article 328 du code des obligations, s'étend par cet article au droit public du travail. Le personnel est, de ce fait, protégé par une disposition de droit public contre une surveillance de son comportement à son poste de travail. Cela signifie qu'il n'est pas possible de déroger à ces dispositions par un accord de droit privé, par exemple une convention entre l'employeur et les travailleurs ou leurs organisations.

Un mécanisme de surveillance est admissible uniquement s'il y a un intérêt prépondérant à l'installer (tel que la sécurité ou le contrôle du rendement). Par définition, l'intérêt prépondérant ne peut être la surveillance du comportement des travailleurs.

A noter que le comportement et la capacité de rendement sont souvent liés. Une différenciation précise entre la surveillance autorisée pour des raisons de sécurité ou de contrôle de rendement et la surveillance non autorisée du comportement est souvent difficile, voire impossible, surtout si des moyens vidéo sont utilisés. Tombent sous la surveillance du rendement, par exemple, le comptage automatique des pièces produites ou du nombre de frappes journalières sur une installation de traitement des textes. Une saisie détaillée, permettant la répartition temporelle des tâches et, par ce biais, l'appré-

ciation du comportement, n'est pas admise. Si, en plus d'une surveillance de rendement, un contrôle visuel des travailleurs pendant leur activité est mis en place, ce dernier constitue également une surveillance du comportement. L'enregistrement doit aussi être utilisé raisonnablement (principe de la proportionnalité selon lequel la mesure prise doit être propre à atteindre le but recherché tout en respectant le plus possible la liberté de l'individu. Un rapport raisonnable doit exister entre le résultat recherché et l'atteinte à la liberté personnelle). Pour savoir si un mécanisme de surveillance répond au contenu de l'art. 26 de l'OLT 3, il faut examiner si les trois conditions suivantes sont réunies:

- Existence d'un intérêt autre que la surveillance du comportement des travailleurs
- Proportionnalité entre l'intérêt de l'employeur et l'intérêt des travailleurs à ne pas être surveillés
- Consultation des travailleurs sur le mécanisme de surveillance

Il faut en outre s'assurer que la législation sur la protection des données (Loi fédérale sur la protection des données, LPD, RS 235.1; ordonnance sur la protection des données, OLPD, RS 235.11) qui règle la protection de la personnalité, au sujet desquelles des privés ou l'administration fédérale collectionnent des données, soit respectée et que les dispositions du code pénal ne soient pas enfreintes.

Art. 26



Commentaire de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail

Chapitre 2: Exigences particulières en matière d'hygiène

Section 5: Surveillance des travailleurs

Art. 26

2. 1er alinéa

La surveillance du comportement des travailleurs comprend toute surveillance permettant de vérifier, en permanence ou non, certaines activités des travailleurs de façon détaillée (notamment des caméras filmant l'activité des travailleurs et la manière dont ils le font; microphones enregistrant les conversations des travailleurs; systèmes d'écoute téléphonique; logiciels informatiques permettant de connaître les activités à l'ordinateur des travailleurs).

Ceci n'est pas le cas notamment des moyens tels que des badges électroniques permettant l'accès à une entreprise et l'enregistrement de l'heure d'entrée et de sortie ou des systèmes de contrôle de qualité électroniques permettant de comptabiliser quotidiennement l'ensemble de la production d'une machine.

D'une manière générale, les systèmes de surveillance et de contrôle comprennent en premier lieu tous les systèmes techniques qui peuvent enregistrer une ou plusieurs activités ou le comportement des travailleurs, à savoir les systèmes vidéo, les systèmes et réseaux d'ordinateurs, les installations téléphoniques, les télécopieurs, les interphones, les photocopieuses, le GPS et Internet (World Wide Web et courrier électronique).

Si une surveillance est manifestement possible par les installations vidéo ou par celles destinées à suivre les communications entre travailleurs sans qu'ils en soient conscients. Il peut s'agir de microphones dissimulés ou d'interphones qui peuvent aussi enregistrer des communications à l'insu des travailleurs. Par contre, la possibilité d'une telle surveillance est moins évidente pour les systèmes et réseaux informatiques, les centrales téléphoniques, les télécopieurs et les photocopieurs.

Par expérience on sait que les systèmes de surveillance induisent, chez les personnes observées, des sentiments négatifs et détériorent le climat général de l'entreprise. Ils nuisent au bien-être, à la santé psychique et à la capacité de rendement des

travailleurs. Il est donc dans l'intérêt général de ne pas utiliser de telles installations ou, tout au moins, de le faire d'une manière très restrictive.

3. 2ème alinéa

S'ils excluent la surveillance du comportement des travailleurs à leur poste de travail, des systèmes de surveillance peuvent être disposés à des endroits stratégiques pour l'entreprise, tels que

- extérieur des bâtiments et parkings
- accès et entrées
- passages
- machines et installations dangereuses
- salles des coffres
- installations extérieures de gaz
- dépôts de produits dangereux.

Il est strictement impossible de déclarer ipso facto que certains systèmes sont toujours illégaux, une analyse de cas en cas est nécessaire.

3.1 Intérêt prépondérant

Il faut procéder à la balance des intérêts en présence de cas en cas. Parmi les intérêts de l'entreprise figurent en particulier la sécurité de travailleurs, de tiers, des données et le respect de la loi (ex. des casinos ayant l'obligation d'être équipés de systèmes de vidéo-surveillance selon l'art. 3 de l'ordonnance du DFJP sur les systèmes de surveillance et les jeux de hasard, RS 935.521.21).

Un intérêt est prépondérant lorsqu'il dépasse l'intérêt lié à la bonne marche de l'entreprise. Autrement dit, il faut que la surveillance permette d'écarter des risques réels et assez élevés, selon l'expérience générale. On peut admettre qu'une banque surveille par caméras une salle des coffres par exemple, car le risque de cambriolages est évident. En revanche, on ne tolérera pas que l'arrière-boutique d'une librairie, épicerie ou autre commerce proposant des articles sans grande valeur

Commentaire de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail

Chapitre 2: Exigences particulières en matière d'hygiène
 Section 5: Surveillance des travailleurs
 Art. 26

**Art. 26**

soient surveillés par vidéo. De la même façon, les guichets d'une banque peuvent être surveillés par vidéo, mais en principe pas les caisses d'un supermarché.

Si un système GPS permettant de déterminer avec précision la localisation peut, à certaines conditions, être admis pour des chauffeurs chargés de transport de fonds, il n'est pas admissible pour des monteurs par exemple.

De manière générale, l'intérêt d'une entreprise à éviter que les travailleurs ne commettent de délits ne justifie pas, à lui seul, l'installation d'un système de surveillance du comportement, c'est-à-dire la surveillance détaillée. Ceci vaut également pour l'intérêt de l'entreprise à assurer un rendement optimal. Dans le cas où une surveillance par vidéo ou micro par exemple est souhaitée pour découvrir les auteurs de délits, cet intérêt n'est pas donné non plus: d'une part, les travailleurs doivent être informés de l'installation de l'équipement de surveillance, ce qui implique que les abus ne se reproduiront pas. D'autre part, si l'employeur passe outre son obligation d'avertir les travailleurs et découvre les auteurs d'un délit au moyen d'un système de surveillance illicite, il aurait recueilli les données illégalement; de ce fait, ces données ne seraient en principe pas recevables à titre de preuve dans une procédure pénale.

3.2 Proportionnalité

Le principe de la proportionnalité est respecté lorsque l'intérêt en présence l'emporte sur l'intérêt du travailleur à la protection de sa personnalité, et que le mécanisme de contrôle est installé de manière à limiter au maximum l'atteinte à la personnalité du travailleur.

Le principe de proportionnalité doit être abordé par deux aspects de la surveillance des travailleurs: il doit tout d'abord être intégré à la pondération des intérêts en présence pour déterminer si la surveillance est admissible; ensuite, il doit guider l'entreprise lors du choix et de l'installation du mécanisme de surveillance. Après avoir admis qu'il

existe un intérêt légitime, on se posera donc les questions suivantes sur le choix du mécanisme:

a) Existe-il un moyen moins invasif permettant d'atteindre le même but?

Par exemple un système d'alarme sera préférable à un système d'écoute par microphones; bloquer l'accès à certaines parties de l'entreprise par l'installation de serrures électriques est préférable à un système de localisation des travailleurs; équiper une bijouterie de détecteurs de métaux à la sortie est préférable à l'installation de systèmes de surveillance vidéo.

Concernant les systèmes et réseaux de traitement électronique des données (TED), ces derniers offrent de nombreuses possibilités de surveillance et de contrôle. Certains logiciels ou moniteurs permettent d'enregistrer le moment et la durée d'utilisation d'un ordinateur, quelles activités ont été exécutées au sein d'un programme ou d'une application ou quelles adresses ont été consultées dans le réseau (par ex. URL, adresses électroniques). La plupart du temps, les utilisateurs ne sont pas informés d'une telle surveillance. Il est préférable de bloquer l'accès à internet ou à certains sites et contenu internet (World Wide Web, courrier électronique, FTP) si l'on veut empêcher leur utilisation à des fins privés.

b) Lorsqu'on s'est assuré que le moyen choisi est le plus à même d'atteindre le but poursuivi, il faut se demander comment l'installer de telle sorte que les travailleurs soient atteints le moins possible à leur santé et à leur intégrité personnelle.

De nombreuses installations de surveillance sont aménagées dans les surfaces de vente ou servent à observer le trafic. Le but premier de ces installations n'est pas de surveiller le personnel. Néanmoins, dans les surfaces de vente notamment, où elles sont destinées à la lutte contre le vol, elles touchent directement les travailleurs. Les caméras vidéo doivent donc être placées de manière que le personnel de vente n'apparaisse pratiquement pas

Art. 26



Commentaire de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail

Chapitre 2: Exigences particulières en matière d'hygiène
Section 5: Surveillance des travailleurs
Art. 26

dans leur champ d'observation et ne soit pas enregistré. La position et le réglage de ces appareils devraient être discutés avec le personnel, afin qu'il en connaisse le champ d'observation. Les illustrations 326-1 et 326-2 montrent la position des caméras et leur champ d'observation dans le cas d'un guichet de banque où la clientèle et le personnel ne sont pas séparés par un vitrage de sécurité. Le personnel bancaire ne se trouve qu'exceptionnellement dans le champ de la caméra. Certaines installations de production complexes sont également équipées d'installations vidéo, où elles servent à la conduite de procédés et à la sécurité. Ici aussi, la position de la caméra et son champ d'observation sont à choisir de façon que seul le procédé soit surveillé et que les travailleurs n'apparaissent qu'exceptionnellement sur l'image. Si la surveillance des travailleurs eux-mêmes est impérative pour des motifs de sécurité, par exemple pour pouvoir les protéger dans des situations dangereuses depuis une centrale de commande, on essaiera de les protéger par des solutions de rechange, comme des signaux réguliers à quittancer, faute de quoi une alarme est déclenchée.

Dans la mesure du possible, on réduira au maximum la durée de fonctionnement du système de surveillance, en ne l'enclenchant qu'à certaines étapes critiques du travail ou en faisant en sorte que le travailleur puisse l'enclencher lui-même pour se protéger (par exemple lorsqu'il y a danger d'agression).

3.3 Protection des données

Les données doivent être recueillies de manière licite lors d'utilisation de mécanismes de surveillance. Leur traitement doit se faire conformément aux dispositions de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) et de l'Ordonnance y relative (OLPD). Il faut en particulier s'assurer que le traitement se fait dans le respect de la bonne foi et de la proportionnalité. La bonne foi signifie que le traitement des données doit être effectué de manière reconnaissable pour la personne concernée, c'est-à-dire qu'elle est informée du type et du but du traitement. La proportionnalité implique que seules les données pertinentes ou utiles doivent être traitées, puis effacées dans un laps de temps aussi court que possible, déterminé à l'avance. L'accès

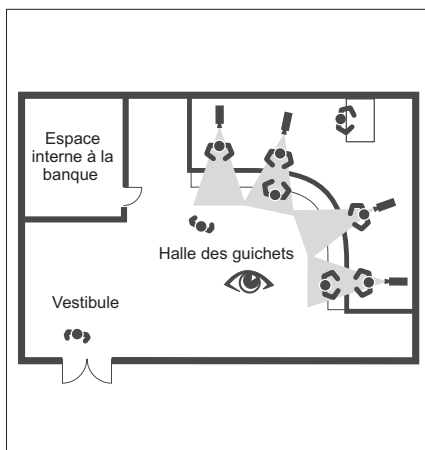


Illustration 326-1: Position des caméras et leur champ d'observation dans le cas de guichets de banque ouverts (plan))

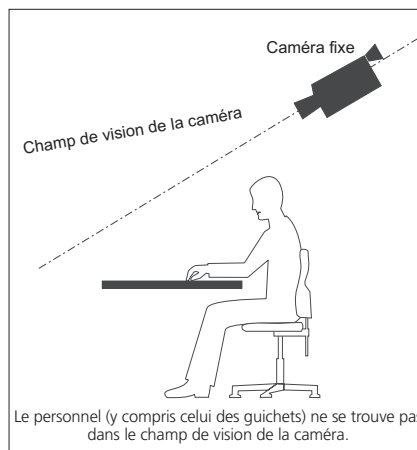


Illustration 326-2: Surveillance de guichets de banque ouverts (coupe)
Le personnel (y compris celui des guichets) ne se trouve pas dans le champ de vision de la caméra.

Commentaire de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail

Chapitre 2: Exigences particulières en matière d'hygiène
Section 5: Surveillance des travailleurs
Art. 26

**Art. 26**

aux données enregistrées doit être réglementé. Il doit être limité aux personnes chargées de leur dépouillement.

Une autre solution consiste à ne mettre ces installations en marche qu'en l'absence des travailleurs (p.ex. les installations destinées à lutter contre les vols).

Les installations téléphoniques destinées à l'écoute ou à l'enregistrement pour le contrôle du rendement, par exemple pour les ventes par téléphone, ne sont admissibles que lorsque les personnes contrôlées ont donné leur assentiment et sont immédiatement mises au courant de la surveillance, par exemple par un signal optique ou acoustique.

L'enregistrement de données sur les conversations téléphoniques des travailleurs est soumis à des conditions sévères. Il ne doit pas être utilisé pour contrôler leur comportement. L'interdiction d'appels privés est à faire respecter par d'autres moyens (par exemple obtention des liaisons par une centrale ou par certains appareils uniquement). Si une telle interdiction existe, on donnera la possibilité aux travailleurs d'effectuer des appels privés pendant les pauses et dans des cas urgents, à partir d'un appareil non surveillé. Si une telle interdiction n'existe pas, les numéros composés par les travailleurs lors de leurs appels privés ne doivent pas être enregistrés. Au plus est-il admissible d'enregistrer les premiers chiffres destinés à l'identification du lieu de destination de l'appel. L'enregistrement des numéros appelés pour des raisons professionnelles est admissible s'il n'est pas utilisé dans un but de contrôle du comportement des travailleurs, mais pour des raisons de service (par exemple pour la facturation) et si les travailleurs en sont informés.

Les systèmes d'enregistrement du temps de travail, de contrôle d'accès ou de gestion de la production doivent être utilisés de manière à ne pas fournir des renseignements abusifs concernant le comportement de chaque collaborateur.

Il faut rappeler que l'enregistrement sonore ou visuel de personnes sans leur consentement peut constituer une contravention au sens pénal du terme selon les articles 179bis à 179quater du code pénal. Sont concernés ici, non seulement les travailleurs, mais tout tiers (par ex. client, passant) dont les données auraient été enregistrées sans qu'ils en aient été informés.

3.4 Information et consultation des travailleurs

Lorsque des systèmes de surveillance qui pourraient être utilisés également pour surveiller le comportement sont nécessaires, les travailleurs disposent d'un droit à l'information et à la consultation au sens des articles 5 et 6 OLT 3. Cela signifie que le but, la signification, les possibilités et le contrôle des systèmes de surveillance doivent être discutés avec le personnel.

Il est conseillé aux entreprises qui ont recours à un système de surveillance d'établir un dossier comprenant le descriptif du fonctionnement, du mode et du moment des enregistrements; elles pourront ainsi apporter la preuve que les travailleurs ne sont pas affectés dans leur santé ni dans leur liberté de mouvement.

En conclusion tout système qui permet une surveillance du comportement, même s'il ne s'agit pas de sa finalité, est inadmissible, à moins que la protection de la santé ne soit garantie par une utilisation conforme aux principes énoncés. L'illustration 326-3 indique la marche à suivre pour déterminer si une installation de surveillance est acceptable.

A leur demande, les autorités d'exécution de la loi sur le travail auront accès aux documents relatifs aux installations de contrôle et de surveillance ainsi qu'aux enregistrements

Art. 26



Commentaire de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail

Chapitre 2: Exigences particulières en matière d'hygiène

Section 5: Surveillance des travailleurs

Art. 26

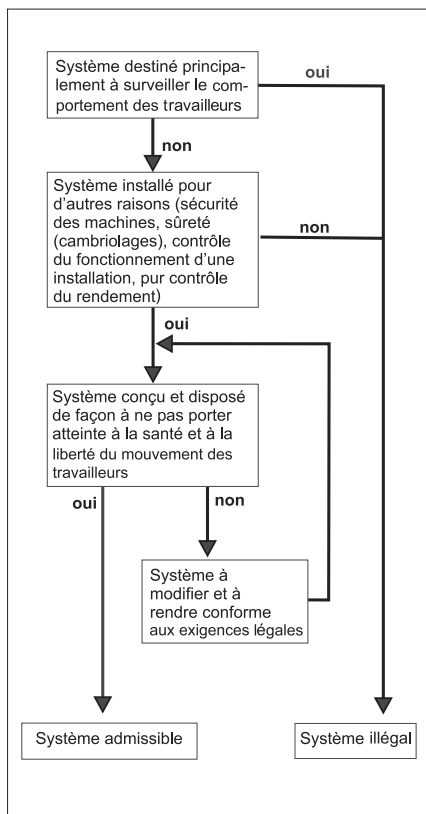


Illustration 326-3: Vérification de la légitimité d'une installation de surveillance

Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail

Traitement par des personnes privées

Version mai 2011

Table des matières

| | | |
|-----------|--|-----------|
| 1. | Introduction: protection des données sur le lieu de travail | 3 |
| 2. | Traitement de données personnelles en général | 4 |
| 2.1 | Loi fédérale sur la protection des données | 4 |
| 2.1.1 | Principes généraux du traitement des données | 4 |
| 2.1.2 | Traitement de données personnelles par des personnes privées | 5 |
| 2.1.3 | Responsabilité | 5 |
| 2.1.4 | Conséquences de l'atteinte à la personnalité | 5 |
| 2.2 | Code des obligations | 6 |
| 2.2.1 | Protection de la personnalité de l'employé | 6 |
| 2.2.2 | Restrictions du traitement des données | 6 |
| 2.3 | Autres dispositions | 7 |
| 3. | Quels sont les traitements de données autorisés? | 8 |
| 3.1 | Pendant la procédure de sélection des candidats | 8 |
| 3.1.1 | Publication d'une offre d'emploi | 8 |
| 3.1.2 | Dossier de candidature et entretien | 8 |
| 3.1.3 | Tests de recrutement | 9 |
| 3.1.4 | Questionnaire de santé / Assurances | 10 |
| 3.1.5 | Rapport médical d'aptitude | 10 |
| 3.1.6 | Analyse génétique | 10 |
| 3.1.7 | Tests de dépistage de drogue auprès des apprentis | 10 |
| 3.1.8 | Placement de personnel et location de services | 11 |
| 3.1.9 | Non-engagement | 11 |
| 3.2 | Pendant la durée des rapports de travail | 11 |
| 3.2.1 | Dossiers du personnel | 11 |
| 3.2.2 | Obligation de déclarer les fichiers | 12 |
| 3.2.3 | Droit d'accès | 12 |
| 3.2.4 | Droit de faire rectifier des données | 13 |
| 3.2.5 | Communication de données à des tiers | 13 |
| 3.3 | Après la fin des rapports de travail | 14 |
| 3.3.1 | Conservation | 14 |
| 3.3.2 | Placement de personnel et location de services | 14 |
| 3.3.3 | Droit d'accès | 14 |
| 4. | Utilisation de systèmes de contrôle et de surveillance sur le lieu de travail | 15 |
| 4.1 | Remarques générales | 15 |
| 4.2 | Quelques exemples | 15 |
| 4.3 | Enregistrement de données téléphoniques | 16 |
| 4.3.1 | Numéros d'abonné | 16 |
| 4.3.2 | Contenu des conversations | 16 |
| 4.3.3 | Interdiction des communications privées | 16 |
| 4.4 | Surveillance pour des raisons de sécurité | 17 |
| 4.5 | Directives de l'Organisation internationale du travail | 17 |
| 5. | Conclusion | 19 |
| 6. | Annexe | 20 |
| 6.1 | Actes législatifs | 20 |
| 6.2 | Ouvrages | 20 |

1. Introduction: protection des données sur le lieu de travail

La loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD), dont la version révisée est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, régit le traitement de données personnelles par des personnes privées. Elle règle notamment le traitement des données que les employeurs et employeuses (ci-après employeurs) traitent au sujet de leurs employés et employées (ci-après employés).

Le présent guide s'adresse autant aux employés qu'aux employeurs; il répond notamment aux questions suivantes:

- Quelles données l'employeur est-il autorisé à traiter?
- Comment doit-il procéder?
- Est-il tenu de renseigner ses employés sur ces traitements de données?
- Doit-il enregistrer ses fichiers du personnel?
- Combien de temps les données qu'il traite peuvent-elles être conservées?

Dans la première partie, le guide offre un aperçu des principales normes légales applicables à la protection des données dans les rapports de travail. Dans la deuxième partie, il commente quelques exemples concrets de traitement des données, depuis le dépôt d'une candidature jusqu'à la cessation des rapports de travail, en passant par l'engagement. Enfin, il examine la question de l'utilisation de systèmes de contrôle ou de surveillance des postes de travail.

Un guide séparé traite de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique sur le lieu de travail et précise les conditions dans lesquelles l'employeur peut surveiller la navigation sur Internet et le courrier électronique de son personnel. Ce guide peut être consulté sur le site www.leprepose.ch.

2. Traitement de données personnelles en général

Le présent chapitre commente les dispositions légales applicables à la protection des données sur le lieu de travail, en particulier celles de la loi sur la protection des données et de l'art. 328b du code des obligations¹.

2.1 Loi fédérale sur la protection des données

Le traitement de données effectué par des employeurs privés est régi principalement par les principes généraux définis en la matière (art. 4 à 7), par les dispositions relatives au droit d'accès (art. 8 et 9) et par les dispositions sur le traitement de données personnelles par des personnes privées (art. 12 à 15).

2.1.1 Principes généraux du traitement des données

Les art. 4 à 7 LPD fixent les principes que l'employeur doit respecter lorsqu'il traite des données personnelles.

Les données personnelles ne peuvent être collectées que de manière **licite**. Autrement dit, elles ne peuvent être obtenues par la menace ou par la tromperie, ni sans que l'intéressé en soit informé. Le traitement des données doit être effectué conformément au principe de la **bonne foi**, c'est-à-dire qu'il doit être reconnaissable pour l'intéressé. Le traitement des données doit aussi respecter le principe de la **proportionnalité**, ce qui signifie que s'il faut traiter autant de données que l'exige le cas d'espèce, il faut également traiter aussi peu de données que possible.

La collecte de données personnelles et en particulier le but de leur traitement doivent être reconnaissables pour la personne concernée. L'exigence de **reconnaissabilité** instaurée par la révision de la LPD concrétise le principe de la bonne foi et vise ainsi à rendre le traitement des données plus transparent. Ce principe signifie que la personne concernée doit pouvoir reconnaître, dans des conditions normales, que des données la concernant ont été collectées ou pourraient l'être (prévisibilité). Cette personne doit notamment connaître le but du traitement des données ou pouvoir constater que le but a été indiqué lors de la collecte ou qu'il ressort des circonstances.

La LPD pose d'autres principes généraux: seules des données **correctes** peuvent faire l'objet d'un traitement; les données ne doivent être traitées que dans le **but** indiqué lors de leur collecte; si des données doivent être communiquées à l'étranger, il faut s'assurer que la personnalité des personnes concernées ne s'en trouvera pas menacée. Dans certains cas, la communication de données à l'étranger doit être préalablement déclarée au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence.

Enfin, la LPD exige que les données personnelles soient protégées par des mesures techniques et organisationnelles appropriées contre tout traitement non autorisé, ce qui veut dire, par exemple, que seules les personnes autorisées pourront avoir accès à une banque de données.

¹ Art. 328b: 3. Lors du traitement de données personnelles. L'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. En outre, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données sont applicables.

Vous trouverez de plus amples informations sur ces différents points dans les autres guides du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, notamment dans le Guide du traitement des données personnelles dans le secteur privé, dans le Guide du traitement des données personnelles dans l'administration fédérale et dans le Guide relatif aux mesures techniques et organisationnelles de la protection des données.

2.1.2 Traitement de données personnelles par des personnes privées

Selon l'art. 12 LPD, le traitement de données personnelles par des personnes privées est autorisé pour autant qu'il ne porte pas une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées. Il y a atteinte illicite à la personnalité lorsque des données personnelles sont traitées en violation des principes généraux énoncés ci-dessus ou contre la volonté expresse de la personne concernée. Il y a également atteinte illicite à la personnalité lorsque des profils de la personnalité ou des données sensibles telles que des opinions politiques ou des données relatives à la santé, sont transmises à des tiers sans motif justificatif. Par contre, il n'y a pas atteinte illicite à la personnalité lorsque la personne concernée a rendu les données accessibles à tout un chacun et ne s'est pas opposée formellement à leur traitement.

Le traitement de données personnelles est autorisé lorsqu'il est justifié, par exemple, par le consentement de la personne concernée, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (art. 13, al. 1, LPD). L'art. 13 énumère plusieurs autres cas dans lesquels l'intérêt prépondérant de la personne qui traite des données personnelles peut être invoqué. Le juge décide dans le cas d'espèce s'il y a motif justificatif ou non.

Appliquées au secteur du travail, ces dispositions signifient que l'employeur a un intérêt prépondérant au traitement de données pertinentes pour le travail dans les limites de l'article 328b CO.

2.1.3 Responsabilité

Il incombe au maître du fichier, c'est-à-dire à la personne qui décide du but et du contenu du fichier (art. 3, let. i, LPD), de veiller à ce que les dispositions sur la protection des données soient respectées. Cette règle s'applique également lorsque le traitement de données est confié à un tiers (à un centre de calcul, par exemple). Le mandant est tenu de veiller à ce qu'il ne soit pas effectué de traitement autre que celui qu'il est lui-même en droit d'effectuer (art. 10a, al. 1, let. a, LPD).

Il en va de même lorsqu'un groupe d'entreprises confie tout ou partie de la gestion de son personnel à l'une de ses filiales. Ces dernières sont en effet considérées comme des tiers au regard de la législation sur la protection des données.

2.1.4 Conséquences de l'atteinte à la personnalité

L'art. 15 LPD permet d'engager des actions ou de prendre des mesures afin de protéger la personnalité. La personne concernée peut exiger que les données la concernant soient rectifiées ou détruites, ou que leur communication à des tiers soit interdite. Elle peut également engager une action en dommages et intérêts ou faire recours.

Si une méthode de traitement est susceptible de porter atteinte à la personnalité d'un nombre important de personnes (art. 29, al. 1, let. a, LPD), le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence peut établir les faits de sa propre initiative ou à la demande de tiers et, le cas échéant, émettre une recommandation contre le maître de fichier en faute.

Les moyens de preuve collectés de façon illicite ou produits de façon irrégulière

La personne concernée peut également engager une poursuite pénale pour violation du devoir de discrétion (art. 35 LPD).

Les voies de droit prévues dans la loi sur le travail (LTr, notamment l'art. 59) sont réservées.

2.2 Code des obligations

2.2.1 Protection de la personnalité de l'employé

En vertu de l'art. 328, al. 1, du code des obligations (CO), l'employeur doit, dans les rapports de travail, protéger et respecter la personnalité de l'employé. Cette disposition induit une obligation générale d'assistance de l'employeur vis-à-vis de ses employés, obligation qui est la contrepartie du devoir de fidélité assigné à l'employé par l'art. 321a CO. L'employeur doit s'abstenir de toute atteinte à la personnalité de l'employé qui n'est pas justifiée par le contrat de travail. Il a également le devoir d'empêcher, dans le cadre des rapports de travail, que des supérieurs hiérarchiques, des collaborateurs ou des tiers ne portent atteinte à la personnalité de l'employé.

Le devoir général d'assistance de l'employeur - qui se définit également comme le devoir de s'abstenir de tout ce qui pourrait porter atteinte aux intérêts légitimes des employés - conduit entre autres à restreindre le traitement, par l'employeur, de données concernant l'employé. La situation personnelle de l'employé, ses qualités et ses penchants, à moins qu'ils n'aient une influence majeure sur ses compétences professionnelles, ne regardent en rien l'employeur, qui ne doit pas questionner l'employé ni saisir de données à ce sujet (art. 328b CO). Il est interdit de contourner cette norme en confiant à des tiers (par exemple à des sociétés d'évaluation) des traitements de données que l'employeur ne serait pas en droit d'effectuer lui-même (art. 10a, al. 1, let. a, LPD).

Le CO assigne également à l'employeur l'obligation d'informer les employés sur leurs droits. L'employeur doit ainsi informer les employés sur l'étendue des prestations sociales fournies par l'entreprise, sur les conditions d'accès à ces prestations et sur les institutions sociales à sa disposition. De même, il doit les informer des droits que leur confère la loi sur la protection des données, notamment du droit d'accès.

2.2.2 Restrictions du traitement des données

L'art. 328b CO, édicté spécialement pour le contrat de travail, est entré en vigueur en même temps que la loi sur la protection des données. Il précise les principes généraux du traitement des données énoncés à l'art. 4 LPD, notamment le principe de la proportionnalité. Selon le CO, l'employeur ne peut traiter de données concernant ses employés que dans des limites bien déterminées et uniquement dans les deux cas suivants:

- avant la conclusion du contrat de travail et durant son exécution, il peut traiter des données concernant les candidats et candidates (ci-après candidats) afin de déterminer s'ils sont aptes à occuper le poste en question;
- pendant la durée de l'engagement, il peut traiter les données relatives à l'employé qui sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail.

Il ne peut en aucun cas être dérogé à l'art. 328b CO au détriment de l'employé, même si ce dernier y consent (art. 362 CO).

6/20

2.3 Autres dispositions

D'autres dispositions régissant notamment la communication de données par l'employeur à des autorités sont fixées dans des lois spéciales telle que la législation sur l'AVS. L'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail de 1993 contient une disposition importante sur la surveillance des employés (voir ch. 4).

Il se peut, dans certains cas, que l'employeur viole également des dispositions pénales, notamment celles qui régissent la violation du domaine secret ou de la sphère privée (art. 179ss CP).

3. Quels sont les traitements de données autorisés?

Le présent chapitre examine les différentes étapes de la relation employeur / employé, depuis la procédure de sélection des candidats jusqu'à la fin des rapports de travail, en passant par l'engagement proprement dit. De façon générale, il faut savoir que des données sensibles et des profils de la personnalité relatifs à l'employé peuvent être traités aussi bien lors de la procédure de sélection des candidats que pendant la durée des rapports de travail et après la fin de ces derniers.

3.1 Pendant la procédure de sélection des candidats

3.1.1 Publication d'une offre d'emploi

Des offres d'emploi sont parfois publiées sous forme d'annonces sous chiffre, sans indication de l'employeur ou de la société qui recrute le personnel. Les agences de placement et les bailleurs de services n'ont pas le droit d'adopter une telle pratique. Aux termes des art. 7, al. 1, et 18, al. 1, de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE), en effet, le placeur ou le bailleur ne peut publier des offres ou des demandes d'emploi que sous son propre nom et en indiquant son adresse exacte. Les bailleurs de services doivent en outre mentionner clairement dans les annonces que les travailleurs seront engagés pour la location de services (art. 18, al. 1, LSE).

Si l'employeur, malgré des demandes réitérées, n'a pas retourné leur dossier de candidature aux personnes qui ont répondu à l'annonce, l'éditeur du journal ou l'entreprise qui a publié l'annonce doit communiquer aux dites personnes l'identité de l'employeur. C'est le seul moyen pour les candidats à un poste de faire valoir leur droit d'accès.

3.1.2 Dossier de candidature et entretien

Le dossier de candidature ne peut être consulté que par les personnes autorisées, c'est-à-dire, en général, par le service du personnel ou par le supérieur hiérarchique.

L'employeur ne peut demander au candidat que les indications dont il a besoin pour déterminer si ce dernier satisfait aux exigences du poste compte tenu de la nature de l'entreprise. Seuls peuvent donc être exigés les documents et les renseignements qui visent à établir la capacité du candidat à remplir ces exigences. Lorsque le poste à pourvoir est un poste de caissier, par exemple, l'employeur peut lui demander s'il a déjà été condamné pour abus de confiance. Mais interroger systématiquement les candidats sur leurs antécédents judiciaires irait beaucoup trop loin.

Les questions concernant la formation ainsi que le parcours et les perspectives professionnels sont généralement autorisées. Par contre, les questions sur le revenu, un endettement éventuel, des maladies existantes ou une grossesse en cours ne sont admises que si des raisons particulières l'exigent au vu du poste à pourvoir.

Interroger une candidate sur une grossesse éventuelle est discriminatoire à l'égard de la femme et donc inadmissible, à moins qu'il n'existe un risque objectif pour la santé de la mère ou de l'enfant, ou que la grossesse empêche l'intéressée d'accomplir le travail considéré, comme ce serait le cas, par exemple, pour un emploi de mannequin ou de danseuse. Les questions touchant à l'égalité des sexes sont examinées dans une notice qui peut être consulté sur le site www.leprepose.ch.

Les questions concernant l'origine, l'appartenance à une société ou à une association (syndicat, par exemple), la religion, les convictions philosophiques ou politiques ne sont admises que si elles s'imposent au regard de l'«idéologie» de l'entreprise.

Les candidats ne sont pas tenus de répondre aux questions qui sont sans rapport avec le poste à pourvoir. Ils ont même le droit de donner une réponse inexacte pour se protéger d'un éventuel préjudice (droit au mensonge pour cause de légitime défense), puisqu'ils ne peuvent généralement pas refuser de répondre à une question. Une réponse inexacte à une question non autorisée ne saurait donc entraîner la révocation du contrat pour dol (art. 28, al. 1, CO). Les candidats qui doivent répondre à une question non autorisée peuvent utiliser les moyens de droit cités au ch. 2.1.4.

Si l'employeur potentiel veut prendre des renseignements auprès de tiers – auprès de l'actuel ou de l'ancien employeur, par exemple – il doit obtenir préalablement le consentement du candidat. Il va sans dire que l'actuel ou l'ancien employeur ne peut donner aucun renseignement au nouvel employeur sans le consentement de son employé ou exemployé. De plus, les renseignements communiqués doivent porter exclusivement sur les indications déterminantes pour l'activité considérée (prestations et comportement de l'employé à son lieu de travail, par exemple). L'actuel ou l'ancien employeur ne doit pas autoriser la consultation du dossier personnel de son employé ou exemployé, ni communiquer les conditions de son contrat de travail, ce type de renseignements étant susceptible d'affaiblir considérablement la position du candidat.

Les candidats ont un devoir d'information à l'égard de l'employeur auprès duquel ils postulent. Ils doivent répondre honnêtement à toutes les questions que ce dernier est autorisé à leur poser. Ils doivent aussi fournir spontanément les informations relatives aux aptitudes indispensables que l'employeur est fondé à exiger du candidat (c'est le cas, par exemple, si un chauffeur est frappé d'un retrait de permis de conduire au moment d'entrer en fonction, ou si la personne engagée doit être hospitalisée pour une longue durée juste après son entrée en fonction).

Si le candidat fournit des renseignements faux ou dissimule des éléments importants, l'employeur peut révoquer son contrat avec effet rétroactif et demander des dommages et intérêts.

3.1.3 Tests de recrutement

Pendant la procédure de sélection des candidats, il faut veiller – dans l'intérêt de l'employeur, mais aussi par correction envers les candidats – à ce que l'évaluation fournisse des résultats objectifs, fiables et valables. Aussi les tests tels que les analyses graphologiques, les tests d'aptitudes psychologiques, les appréciations faites par des centres d'évaluation («assessment center»), les tests de personnalité ou les questionnaires biologiques ne sont-ils autorisés que s'ils servent le but poursuivi et sont conduits et analysés par des professionnels.

La procédure ne doit pas porter atteinte à la personnalité des candidats (pas de question relative à la sphère intime, aux convictions personnelles ou à la santé de l'intéressé, par exemple).

Un candidat ne peut être soumis à un test sans son accord. En outre, il doit pouvoir comprendre ce que la méthode de sélection vise à établir et apprécier dans quelle mesure le test a un lien avec la formation ou l'activité considérée. C'est à cette condition seulement qu'il peut décider librement s'il se soumettra ou non à la procédure d'évaluation, et quelles informations il sera prêt à révéler à son sujet. Enfin, les candidats doivent avoir accès aux résultats de leurs tests.

Les moyens de preuve collectés de façon illicite ou produits de façon irrégulière

Si un test graphologique doit être effectué, il faut le signaler dans l'offre d'emploi de façon à ce que les candidats aient la possibilité de s'y opposer. Il faut s'abstenir d'utiliser la lettre manuscrite pour le test graphologique.

3.1.4 Questionnaire de santé / Assurances

Les candidats sont souvent appelés à remplir un questionnaire de santé afin que l'assurance d'indemnités journalières, par exemple, puisse déterminer les conditions auxquelles ils peuvent être admis dans la caisse. L'employeur ne doit pas avoir accès à ces documents. Si l'entreprise a sa propre caisse maladie, il faut veiller à ce qu'il y ait une stricte séparation entre le personnel et les fonctions du service du personnel, d'une part, et ceux des services administratifs de la caisse, d'autre part. Cela vaut également pour le traitement des données d'assurance pendant et après les rapports de travail (voir ch. 3.2 et 3.3).

3.1.5 Rapport médical d'aptitude

L'employeur n'a pas le droit de se renseigner lui-même sur la santé du candidat. Par contre, il peut exiger la production d'un rapport médical sur l'aptitude du candidat à exercer l'emploi en question.

Si le candidat est soumis à un examen médical, le médecin est lié par le secret médical. Il doit donc ne communiquer à l'employeur que celles de ses conclusions qui concernent l'aptitude du candidat à occuper le poste considéré; il ne doit communiquer aucun diagnostic. Cette règle vaut également lorsque l'examen médical est effectué par le médecin de l'entreprise.

3.1.6 Analyse génétique

L'employeur ne peut pas exiger d'un candidat qu'il se soumette à une analyse génétique. Il ne peut être fait exception à ce principe que si l'intéressé est appelé à occuper un poste présentant des risques pour autrui, et uniquement lorsqu'une analyse génétique est en mesure d'établir avec certitude si son engagement génère un risque direct pour la sécurité de tiers; mais même dans ce cas, le candidat doit avoir consenti expressément à subir le test. Les résultats de l'analyse ne doivent être transmis qu'à la personne concernée.

3.1.7 Tests de dépistage de drogue auprès des apprentis

L'employeur n'a le droit d'ordonner un test de dépistage de drogue que si l'intérêt en matière de sécurité est prépondérant par rapport à la protection de la personnalité et que l'apprenti a donné son consentement. Le médecin n'est toutefois autorisé à communiquer à l'employeur que le constat concernant l'aptitude de l'apprenti à occuper le poste en question; il n'est pas habilité à donner des indications relatives à une éventuelle consommation de drogues. Même s'il demande un test, l'employeur n'est pas délié de l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité au travail. Ces tests ne sont donc que complémentaires. L'apprenti doit être avisé préalablement du but et des conséquences du test de dépistage. S'il ne donne pas son consentement, il ne peut pas être contraint à subir le test, mais il doit s'attendre à devoir supporter les conséquences prévues par le contrat. Le consentement doit être libre, spécifique et exprès. Il n'est réputé valable que si l'apprenti a été informé du but et des conséquences du test. Le consentement à lui seul ne représente pas un motif justificatif valable pour procéder à un test de dépistage; en effet, si l'intérêt en matière de sécurité n'est pas prépondérant, la protection immuable de la personnalité passe avant les autres intérêts de l'employeur. Si l'intérêt en matière de

10/20

sécurité n'est pas prépondérant, le test de dépistage constitue une atteinte disproportionnée à la personnalité de l'apprenti, notamment parce que la sécurité peut aussi être assurée efficacement par d'autres mesures.

3.1.8 Placement de personnel et location de services

En règle générale, les agences de placement et les sociétés de location de services (voir liste sur le site web du Secrétariat d'Etat à l'économie [www.admin.ch/seco]) ne sont autorisées à traiter des données relatives aux demandeurs d'emploi ou aux employés que si ceux-ci ont donné leur accord (art. 19, al. 1, et art. 47, al. 1, de l'ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services; OSE), et uniquement dans la mesure et aussi longtemps que ces données sont nécessaires au placement ou à la location de services. Les sociétés de placement sont tenues de garder le secret sur les données relatives à leurs clients (art. 7, al. 3, LSE).

L'accord de la personne concernée est nécessaire notamment pour transmettre les données à d'autres agences ou à des partenaires commerciaux juridiquement indépendants, pour requérir un avis ou des références sur le demandeur d'emploi, ou pour transmettre les données à l'étranger (art. 19, al. 1, et art. 47, al. 1, OSE). Les sociétés de placement de personnel ou de location de services qui veulent traiter des données n'ayant pas de rapport direct avec l'engagement doivent obtenir le consentement exprès de l'employé.

Le placeur ou le bailleur n'est pas tenu de requérir l'accord des personnes concernées pour communiquer des données concernant les demandeurs d'emploi ou les employés à des collaborateurs de sa propre agence, pour transmettre ces données à un client ou à une entreprise locataire de services en vue de la conclusion d'un contrat, ni pour les communiquer à un cercle plus large de clients ou d'entreprises potentiels dans la mesure où les données considérées ne permettent pas d'identifier le demandeur d'emploi ou l'employeur (art. 19, al. 2, et 47, al. 2, OSE).

3.1.9 Non-engagement

A l'issue de la procédure de sélection, les documents soumis par les personnes dont la candidature a été écartée doivent leur être restitués et les copies, s'il en existe, détruites immédiatement. L'employeur ne peut conserver que les documents qui lui appartiennent, c'est-à-dire les lettres de candidature, les questionnaires du personnel, les tests graphologiques et les renseignements recueillis à la suite de demandes de référence. Mais ces documents et renseignements, de même que les données relatives à la santé, doivent être détruits.

Si le candidat y consent - et à cette condition seulement -, ils peuvent être conservés pendant une période déterminée à l'avance lorsqu'il y a lieu de penser qu'ils devront être réutilisés à brève échéance.

3.2 Pendant la durée des rapports de travail

3.2.1 Dossiers du personnel

Pendant la durée des rapports de travail, un dossier personnel est établi sur chacun des employés. Ce dossier ne doit contenir que les données indispensables à l'exécution du contrat de travail. Tout dossier «gris» (dossier parallèle non officiel contenant des informations «confidentielles» auxquelles les personnes concernées n'ont pas accès) est proscrit.

Les moyens de preuve collectés de façon illicite ou produits de façon irrégulière

Les principaux documents et données contenus dans les dossiers du personnel sont les coordonnées et l'adresse de l'intéressé, le dossier de candidature, les références demandées au sujet du candidat, les tests graphologiques et les autres tests qu'il a subis, le contrat de travail, les renseignements relatifs aux arrêts de travail et aux vacances, les données relatives au salaire et aux assurances, les évaluations, les cours de perfectionnement et le plan de carrière, les mesures disciplinaires (avertissement, blâme, amende), la correspondance entre l'employé et l'employeur, les notes rédigées à la suite d'événements particuliers, les extraits de registre et les certificats médicaux. Il faut trier régulièrement - tous les deux ans, en général - les dossiers du personnel afin d'en retirer les documents inutiles. Les données contenues dans ces dossiers doivent être traitées uniquement par le service du personnel et n'être accessibles qu'aux services fondés à les utiliser de par les fonctions qu'ils exercent.

3.2.2 Obligation de déclarer les fichiers

Les personnes privées sont tenues de déclarer leurs fichiers selon l'article 11a, alinéa 3, LPD, si elles traitent régulièrement des données sensibles ou des profils de la personnalité (article 3, lettre c et d, LPD) ou si elles communiquent régulièrement des données personnelles à des tiers. Ce qui est le cas normal pour un employeur. Il gère en effet les dossiers relatifs à son personnel et détient ainsi l'ensemble des données tels que le curriculum vitae, la formation de base et la formation continue, les appréciations relatives aux performances et au comportement, les certificats de travail, etc. De même, il communique régulièrement des données personnelles à des tiers tels que les assurances sociales, instituts de prévoyance, assurances accidents, etc.

Toutefois, en ce qui concerne les dossiers du personnel, l'employeur n'est pas obligé de déclarer ces derniers, car il traite ces données personnelles en vertu d'une obligation légale. Diverses lois dans le domaine du code des obligations (CO), du droit des assurances sociales et du droit fiscal obligent directement ou indirectement l'employeur à saisir des données concernant l'employé afin de les transmettre régulièrement à des autorités en cas de nécessité. C'est pour cela qu'une dérogation à l'obligation de déclarer les fichiers prévue à l'article 11a, alinéa 5, lettre a, LPD est justifiée.

L'article 11a, alinéa 5, lettre a, LPD conduit aussi dans différentes catégories de professions à une telle libération du devoir de déclarer les fichiers. Les avocats, conformément à la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, sont tenus d'exercer leur profession avec soin et diligence. La tenue de dossiers corrects, complets et cohérents concernant chaque cas fait partie intégrante de cette obligation; en ce sens, ce traitement de données repose sur une obligation légale et déroge à l'obligation de déclarer les fichiers.

Il en va de même des dossiers médicaux ou des fichiers que les médecins doivent tenir en vertu de lois sanitaires cantonales.

Il va de soi que cette exception ne s'applique pas à tous les fichiers appartenant aux employeurs ou aux catégories de professions précitées. Si les personnes tiennent des fichiers qui ne se fondent pas sur des obligations légales (p. ex. pour établir des profils de clients ou pour d'autres prestations), elles doivent les déclarer au préposé conformément à l'article 11a LPD.

3.2.3 Droit d'accès

Les employés ont le droit d'être renseignés sur le contenu de leur dossier. S'ils présentent une demande à cet effet (art. 8, al. 1, LPD), l'employeur ne peut refuser, restreindre ou différer la communication des renseignements demandés qu'exceptionnellement et pour des motifs sérieux (art. 9, al. 4, LPD). Afin de sauvegarder l'intérêt prépondérant de l'employeur, les employés n'ont aucun droit d'accès aux notes que l'employeur a établies à des fins personnelles et qui ne sont pas communiquées à des tiers; ils ne peu-

12/20

vent pas non plus consulter les dossiers relatifs à la planification des besoins en personnel ou aux plans de carrière, ni ceux qui concernent les procédures en cours.

Les dossiers du personnel doivent être établis de telle façon que l'employé puisse être renseigné sur l'intégralité des données qu'il renferme et que son droit d'accès ne soit restreint que si des circonstances exceptionnelles l'exigent. L'employeur ne peut restreindre ce droit que pour protéger ses intérêts prépondérants ou les intérêts prépondérants d'un tiers (art. 9, al. 1, let. b, et al. 3 LPD). Le nom de l'auteur d'une expertise graphologique peut par exemple être masqué si les intérêts de ce dernier l'exigent.

3.2.4 Droit de faire rectifier des données

L'employeur n'a le droit de traiter de données sur ses employés que si ces données sont exactes. Il est tenu de s'assurer régulièrement qu'elles sont correctes.

Si l'employé constate que son dossier renferme des données inexactes, il peut en exiger la rectification (art. 5 LPD). Si son dossier contient des données que l'employeur n'est pas autorisé à recueillir ni à utiliser, l'employé peut exiger que ces données soient effacées.

L'employeur est également tenu de vérifier l'exactitude des appréciations portées dans les certificats ou les évaluations du personnel et, au besoin, d'apporter les rectifications nécessaires. Trois cas peuvent se présenter:

- appréciations purement subjectives (par ex. «cette personne m'est antipathique»). Comme il est impossible de vérifier l'exactitude de ces appréciations, elles ne sont pas pertinentes pour l'évaluation de la personne concernée et n'ont donc pas leur place dans les dossiers du personnel;
- appréciations subjectives fondées sur des critères objectifs (par ex. «ne fournit pas les prestations exigées», «est enclin/encline à la paresse», «n'est pas fiable»). Bien que cette appréciation soit subjective, il est possible de vérifier si elle repose sur des critères objectifs et si elle est partagée par des tiers. Dans l'affirmative, elle peut être considérée comme correcte; dans le cas contraire, il faut la rectifier;
- appréciations dont l'exactitude ne peut pas toujours être établie (par ex. «pourrait faire mieux»). Lorsque la personne concernée conteste le bien fondé de l'appréciation, elle a le droit d'exiger qu'il soit fait état de son caractère litigieux dans le dossier (art. 15, al. 2, LPD).

3.2.5 Communication de données à des tiers

La communication par l'employeur de données personnelles à des tiers peut facilement conduire à une atteinte à la personnalité. La prudence est donc de mise.

De façon générale, l'employeur ne peut communiquer aucun renseignement à des tiers sans le consentement de la personne concernée. Cette règle vaut également lorsqu'un autre organe d'un même groupe d'entreprises ou, s'il y a eu résiliation du contrat, un employeur potentiel veut obtenir des renseignements sur l'employé ou l'ex employé.

L'employeur ne peut communiquer des données sans le consentement de la personne concernée que lorsque la loi lui en fait l'obligation, comme c'est le cas pour les données destinées à l'AVS. La communication de données sensibles et de profils de la personnalité est fondamentalement proscrite (art. 12, al. 2, let. c, LPD).

Les moyens de preuve collectés de façon illicite ou produits de façon irrégulière

La pratique, largement répandue, qui consiste à fournir des renseignements sur le revenu de l'employé à des tiers (bailleurs ou organismes de cartes de crédit, par exemple) est contraire à la loi. Ces renseignements doivent être demandés directement à la personne concernée.

Aucune donnée personnelle ne peut être communiquée à l'étranger si la personnalité de la personne concernée s'en trouverait gravement menacée, notamment parce que le pays considéré n'a pas de législation assurant un niveau de protection des données adéquat.

En l'absence d'une telle législation, des données personnelles ne peuvent être communiquées à l'étranger que si l'une des conditions énumérées à l'art. 6, al. 2, LPD est remplie (par ex. le consentement de la personne concernée, un contrat portant sur la protection des données ou des règles de protection des données édictées par un groupe de sociétés). Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence doit être informé des garanties données visées à l'art. 6, al. 2, let. a, et des règles de protection des données visées à l'art. 6, al. 2, let. g.

Vous trouverez des informations détaillées sur les règles régissant la communication de données à l'étranger dans nos explications et notre bref commentaire sur le site www.leprepose.ch.

3.3 Après la fin des rapports de travail

3.3.1 Conservation

Lorsque l'engagement a pris fin, seules peuvent être conservées les données indispensables telles que les données à conserver en vertu d'une obligation légale ou celles dont la conservation est dans l'intérêt de l'employé (documents nécessaires à l'établissement d'un certificat, par exemple). Peuvent également être conservées les données dont l'employeur a besoin pour un litige pendant.

La durée de conservation est définie au cas par cas, en fonction de la catégorie de données. Elle sera généralement fixée à 5 ans. Elle pourra être portée exceptionnellement à 10 ans, si la loi le prescrit, par exemple. Dans les autres cas, les données doivent être détruites dès que leur conservation n'est plus requise.

3.3.2 Placement de personnel et location de services

Dès lors qu'une personne a été placée ou son mandat de placement résilié, ou lorsque ses rapports de travail ont été résiliés, l'agence de placement ou la société de location de services ne peut traiter de données la concernant que si elle a donné son consentement écrit (art. 19, al. 3, et art. 47, al. 3, OSE). La personne concernée peut retirer son consentement en tout temps; elle doit être informée de ce droit (art. 19, al. 4, et art. 47, al. 4, OSE).

3.3.3 Droit d'accès

L'employé conserve le droit d'accès fixé à l'art. 8 LPD même lorsque ses rapports de travail ont pris fin.

4. Utilisation de systèmes de contrôle et de surveillance sur le lieu de travail

4.1 Remarques générales

Sont considérés comme systèmes de contrôle et de surveillance tous les dispositifs techniques qui permettent d'observer, séparément ou globalement, les activités et comportement des employés.

L'employeur n'a pas le droit d'utiliser de systèmes destinés à surveiller le comportement des employés à leur poste de travail en raison des risques que peuvent présenter ces systèmes pour la santé (art. 26 de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail).

L'utilisation de systèmes de contrôle et de surveillance est autorisée soit pour des raisons de sécurité, soit pour mesurer le rendement fourni (par exemple, pour déterminer le nombre de frappes par jour dans un système de saisie de textes). L'employeur ne peut toutefois les utiliser qu'après avoir informé les employés concernés et que pendant un laps de temps bien défini. Vous trouverez d'autres informations dans la directive du Secrétariat d'Etat à l'économie concernant l'ordonnance 3 de la loi sur le travail.

4.2 Quelques exemples

Le contrôle et la surveillance peuvent être assurés par des centraux téléphoniques, par des systèmes informatiques ou par d'autres systèmes qui n'ont pas pour objectif premier de surveiller le personnel, mais peuvent être utilisés à cette fin.

De petits centraux téléphoniques peu coûteux permettent aujourd'hui d'enregistrer les appels qui entrent et qui sortent, le numéro des abonnés, la durée et le prix de chaque communication, et d'établir un relevé de ces appels. Souvent même, on peut écouter sans difficulté les conversations téléphoniques à l'insu des personnes concernées.

Les systèmes informatiques offrent eux aussi de multiples possibilités de contrôle et de surveillance. Ils permettent par exemple de savoir quand un ordinateur est utilisé, si des configurations sont modifiées, quels programmes l'utilisateur a lancés ou quittés et quelles activités ont été exécutées dans un programme déterminé (mutation d'enregistrements, nombre de frappes par minute dans un système de traitement de textes, etc.). Le courrier électronique peut être lui aussi ouvert et lu facilement. Le PFPDT a publié un guide qui précise les conditions dans lesquelles l'employeur peut surveiller l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail; ce guide peut être consulté sur le site www.leprepose.ch.

Il faut savoir que d'autres systèmes tels que les photocopieurs, les télécopieurs, les systèmes de saisie du temps de travail et de suivi des travaux, les contrôles d'accès ou les compteurs peuvent être utilisés à des fins de surveillance, notamment s'ils sont équipés d'un code d'accès électronique ou d'un compteur automatique.

4.3 Enregistrement de données téléphoniques

L'enregistrement des données téléphoniques ne doit pas servir à contrôler le comportement des employés. En matière de numéros de téléphone et de conversations téléphoniques, les principes ci-après doivent être respectés.

4.3.1 Numéros d'abonné

Le relevé des numéros d'abonné des communications établies pour des raisons professionnelles est autorisé dans la mesure où il est effectué non pas pour contrôler le comportement des employés, mais bien pour des motifs d'ordre professionnel (en vue de facturer la communication au client, par exemple). Les employés doivent être informés de l'établissement du relevé.

Si l'employeur autorise les appels téléphoniques privés occasionnels, les numéros demandés ou les numéros d'abonné des appels reçus ne doivent pas être enregistrés. Les indicatifs peuvent éventuellement être enregistrés.

Si le numéro d'appel s'affiche automatiquement, il faut veiller à ce que l'affichage puisse au besoin être désactivé par les deux correspondants. Le transfert d'un appel vers un poste autre que celui dont le numéro a été composé doit être signalé à temps afin que l'auteur de l'appel puisse interrompre la communication.

4.3.2 Contenu des conversations

Le contenu de conversations téléphoniques ne peut être enregistré qu'à des fins de contrôle des performances (vente par téléphone, formation, etc.) ou de conservation des preuves. Cette mesure de contrôle extrême n'est autorisée que si la personne dont la conversation est enregistrée ou écoutée y a consenti et pour autant qu'elle soit informée à temps et de façon claire - au moyen d'un signal optique ou acoustique, par exemple - chaque fois qu'elle est écoutée.

Le rappel à des fins de contrôle des abonnés appelés et l'écoute de conversations entre employés (au moyen d'un interphone spécialement équipé, par exemple) sont proscrits en toute circonstance.

4.3.3 Interdiction des communications privées

L'interdiction des communications privées doit être appliquée par des moyens autres que la surveillance des communications téléphoniques. On peut, par exemple, faire établir les communications externes par un central ou limiter à certains postes la possibilité d'effectuer des appels externes.

Si les communications privées sont interdites, les employés doivent avoir la possibilité de téléphoner depuis un poste non surveillé pendant les pauses ou en cas d'urgence.

Le préposé à la protection des données de la Confédération et des cantons ont publié un aide-mémoire sur la surveillance téléphonique au lieu de travail; ce document peut être consulté sur le site www.leprepose.ch.

4.4 Surveillance pour des raisons de sécurité

Si des systèmes de surveillance sont utilisés pour des raisons de sécurité, il faut veiller à ce qu'ils respectent autant que possible l'employé.

Si par exemple un grand magasin assure une surveillance anti-vols au moyen de caméras vidéo, il doit éviter, dans la mesure du possible, que des employés ne se trouvent dans le champ de la caméra.

Cette règle vaut également pour les installations de guidage de la production. S'il est nécessaire de surveiller l'intéressé lui-même pour garantir la sécurité, notamment pour pouvoir intervenir en cas de danger, il faut examiner la possibilité d'assurer la surveillance par d'autres moyens (par exemple, signal transmis à intervalles réguliers en réponse à un message, faute de quoi l'alarme se déclenche).

4.5 Directives de l'Organisation internationale du travail

L'Organisation internationale du travail (OIT) a établi des directives² qui précisent le principe d'une utilisation respectueuse de l'employé des systèmes de contrôle et de surveillance. Ces directives³ sont les suivantes:

- l'employé a droit au respect de sa vie privée sur son lieu de travail;
- l'employé doit savoir quels moyens de surveillance électroniques l'employeur utilise et quel usage il fait des données qu'il recueille lors de cette surveillance;
- l'employeur doit limiter autant que possible l'utilisation des moyens de surveillance électroniques et l'inspection des fichiers, des communications sur réseau et du courrier électronique. Toute surveillance électronique permanente est interdite;
- l'employé doit être associé aux décisions prises quant au moment où la surveillance électronique ou l'inspection des données auront lieu, et quant à la manière dont elles seront opérées;
- les données ne peuvent être collectées et utilisées qu'à des fins bien définies en rapport direct avec le travail;
- une surveillance ou une inspection ne peuvent avoir lieu sans information préalable de l'employé que si des indices sérieux donnent lieu de penser qu'il y a activité criminelle ou abus;
- l'appréciation des prestations de l'employé ne doit pas se fonder uniquement sur les résultats d'une surveillance;
- l'employé a le droit de consulter les données collectées à son sujet dans le cadre d'une surveillance électronique, de les contester et de les faire rectifier;
- les enregistrements qui ne sont plus nécessaires au but pour lequel ils ont été réalisés doivent être détruits;

² Ces directives font suite à la recommandation du Conseil de l'Europe N° R (89) 2 du 18 janvier 1989 sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi

³ Ces directives font suite à la recommandation du Conseil de l'Europe N° R (89) 2 du 18 janvier 1989 sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi.

Les moyens de preuve collectés de façon illicite ou produits de façon irrégulière

- les données recueillies dans le cadre d'une surveillance qui permettent d'identifier individuellement des employés ne doivent pas être communiquées à des tiers, à moins qu'une obligation légale ne l'exige;
- les employés et les futurs employés ne peuvent pas renoncer à leur droit à la protection de la sphère privée;
- les supérieurs hiérarchiques qui ne respectent pas ces principes s'exposent à des sanctions disciplinaires ou à un licenciement.

5. Conclusion

Si l'employeur est responsable au premier chef de la protection des données sur le lieu de travail, les employés ou futurs employés peuvent s'assurer eux aussi que les données les concernant sont traitées dans les règles et effacées dans le délai prescrit.

Les traitements de données doivent s'effectuer dans des limites raisonnables et être proportionnés au but poursuivi. Le développement des possibilités de surveillance exige le strict respect de ce principe. Les rapports de confiance entre employeur et employé déterminant la qualité du travail fourni dans l'entreprise, il est essentiel que l'employeur informe toujours précisément les employés des traitements de données auxquels il procède et des droits dont ils disposent.

Si vous souhaitez obtenir des informations détaillées sur la protection des données sur le lieu de travail, veuillez consulter notre site web www.leprepose.ch et les ouvrages cités en annexe.

Nous restons à votre disposition pour toute question ou remarque concernant le présent guide.

6. Annexe

6.1 Actes législatifs

Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD), RS 235.1

Ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD), RS 235.11

Message du 23 mars 1988 concernant la loi fédérale sur la protection des données, FF 1988 II, p. 421 ss

Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE), RS 823.11

Ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (Ordonnance sur le service de l'emploi, OSE), RS 823.111

Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993 (Hygiène, OLT 3), RS 822.113

Surveillance des travailleurs, in: SECO, Santé au travail. Commentaire des ordonnances 3 et 4 de la loi sur le travail, 2e édition, Berne 1999

Recommandation du Conseil de l'Europe N° R (89) 2 du 18 janvier 1989 sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi.

6.2 Ouvrages

Hans Ueli Schürer, Datenschutz im Arbeitsverhältnis, Zurich 1996.

Daniel Brand et al., Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht. Kommentar zu den Art. 319-346a, 361/362 OR

Christiane Brunner, Jean Michel Bühler, Jean-Bernard Waeber, Commentaire du contrat de travail, 2e édition, Lausanne 1996

Gabriel Aubert, La protection des données dans les rapports de travail, in: Journée 1995 de droit du travail et de la sécurité sociale, Arbeitsrecht in der Praxis, vol. 15, Zurich 1999.

Henning Hustedt, Reinhard Hilke, Renate Ibelgauf, Einstellungstests und Vorstellungsgespräche, Niedernhausen 1992.

International Labour Office, Workers privacy, Part I: Protection of personal data, Part II: Monitoring and surveillance in the workplace, Part III: Testing in the workplace, Conditions of work digest, vol. 12, Genève 1993.

Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, 2e édition, Bâle 1994.

Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, Rapport sur les tests de dépistage de la consommation de drogues durant l'apprentissage, Berne 2001, www.leprepose.ch.