cette réflexion est issue d’un avis circonstancié émis par un avocat (Maître Claire Leduc) sur demande de l’APIEA-BVVIE.

**L’enregistrement des conversations par le Détective Privé : Légal ? et surtout recevable devant un juge ? qu’en est il de l’usage de ces enregistrements ?**

Tout bon détective privé digne de ce nom se posera toujours ces questions : « Est-ce que je peux enregistrer une conversation que je sais difficile compte tenu des éléments du dossier ? et surtout… mon mandant/ma mandante va-t-il/elle pouvoir utiliser en justice l’enregistrement de cette conversation difficile que je me prépare à avoir ? … »

Nous allons tenter de répondre à ces questions bien légitimes et analyser d’abord le droit applicable pour ensuite nous pencher sur la jurisprudence belge.

**Première question : Peut-on enregistrer une conversation ?**

Oui et non…. Il faut en effet dissocier selon que le détective privé participe ou non à la conversation.

S’il participe activement à la conversation (téléphonique, virtuelle ou présentielle) rien, dans le droit belge ni européen (ni même la Convention Européenne de Droits de l’Homme) n’interdit d’enregistrer la discussion à laquelle il prend part.

Par contre, plusieurs dispositions légales belges fixent des conditions (donc pas d’interdiction d’office) à l’enregistrement de communications ou de télécommunications privées auxquelles le DP ne participe pas.

Une des ces conditions est l’obtention du **consentement de toutes les parties prenant part** à la conversation/communication. Il s’agit essentiellement de l’article 314 Bis §1, Alinea 1 du Code Pénal, et l’article 123 de la Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

La loi est dure mais c’est la loi !! on ne peut donc pas tout faire et certainement pas se prendre pour un 007 en herbe en plaçant des micros pour enregistrer des conversations sans être précis…les dérives sont ainsi évitées… pas par la loi…. Mais par les juges qui l’appliqueront.

Que disent les juges ?

La Cour de Cassation reste constante dans le temps. Depuis plus de 20 ans, la Cour Suprême estime que la prise d’enregistrement, même à l’insu d’un des intervenants, n’est pas contraire à l’article 8.1 de la CEDH pour autant que la prise d’enregistrement soit réalisée par une personne intervenant à la dite conversation. Elle confirme donc tout simplement les termes de la loi.

L’entrée en vigueur du RGDP en mai 2018 n’a pas infléchi la position de la Cour de Cassation. Certains arrêts rendus en juin 2019 confirment la position prise antérieurement.

La Cour de Cassation accepte donc la légalité d’un enregistrement même obtenu à l’insu des participants, pour autant que celui qui le produit ait participé à la conversation/communication.

Maintenant que cette question est éclaircie, penchons nous maintenant sur l’usage que l’on peut faire de l’enregistrement d’une conversation…

**Deuxième question : Qu’en est il de l’usage du contenu des enregistrements  ?**

Inutile de préciser que nous ne visons ici que la situation où le DP participe activement à la conversation… puisque dans la plupart des cas, il n’obtiendra jamais le consentement des personnes concernées.

Précisons également que le DP intervient toujours pour le compte d’un mandant (le responsable du traitement) et donc si l’information relative à l’existence du mandat du DP est fournie, il est permis de considérer que la compagnie elle-même (responsable du traitement) soit considérée comme la personne ayant procédé à l’enregistrement puisque le DP est son mandataire.

Le droit belge, et ce même article 314 bis mais § 2, alinéa 2 punit « quiconque avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, utilise un enregistrement légalement effectué de communications… La même loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, en son article 124, interdit quiconque, s’il n’y a pas été autorisé, de….. révéler ou faire usage quelconque de l’enregistrement.

Il s’agit ici de protéger l’attente raisonnable du respect de la vie privée de la personne qui a été enregistrée à son insu.

**Quelle incidence suite à l’arrivée du RGDP ?**

Les règles précisées ci-dessus n’ont pas été modifiées par les nouvelles dispositions du RGPD.

Le RGPD oblige le responsable du traitement (le mandant) à fournir à la personne concernée les informations obligatoires contenues par les articles 13 et 14 du règlement.

Ce sont les mêmes informations que celles données lors du recueil d’une déclaration écrite de la personne concernée ou lorsqu’il s’agit de l’informer qu’elle fait l’objet par exemple d’une mise sous observation et d’une filature… et oui, il faut normalement avertir la personne concernée qu’elle fait l’objet d’une observation…

* Article 13 : lors du recueil de données directement auprès de la personne concernée, il faut l’informer (au plus tard au moment où les informations sont obtenues) sur la finalité du traitement, son fondement (intérêt légitimes, consentement, nécessité de respect d’une obligation légale ou contractuelle) et notamment sur son droit de retirer son consentement à tout moment si le traitement est fondé sur ce consentement.
* Article 14 : lorsque les informations n’ont pas été obtenues directement auprès de la personne concernée, les informations à fournir sont les mêmes et on ajoute les catégories de données traitées ainsi que la source d’où elles proviennent

Penchons nous sur la jurisprudence…

**Que disent les juges ?**

Les juges sont moins clairs. En effet, la Cour de Cassation est moins catégorique et a longtemps laissé au juge du fond le soin d’apprécier si le critère de l’attente raisonnable du respect de la vie privée de la personne concernée est respecté.

Ce critère peut prendre différentes formes. Il dépendra notamment du contenu de la discussion, de ses circonstances, du lieu où elle se produit (l’attente raisonnable du respect à la vie privée étant moins importante dans un lieu public que dans un lieu privé).

Chaque cas sera donc différent d’un autre et chaque cas devra être évaluer selon le prisme du respect de ce critère de l’attente raisonnable au respect de la vie privée. Il est donc question, dans chaque cas, d’opérer une balance des intérêts légitimes en présence : la vie privée de la personne concernée et le droit du mandant de s’assurer que la personne concernée ne la trompe pas…

Les derniers arrêts de la Cour de Cassation (2019) entrouvrent la porte et laissent plus de place à l’utilisation de l’enregistrement puisque la Cour a rappelé que l’article 314 bis §2 ; alinéa 2 n’incrimine que l’intention frauduleuse ou l’intention de nuire… on progresse donc dans le bon sens… mais avant qu’un dossier n’arrive en Cassation, il devra passer les arcannes du juge du fond…avec les aléas que cela comporte.

**Concrètement que peut on faire ? et ne pas faire ?**

Un DP peut légalement enregistrer la conversation qu’il a eue avec la personne qu’il interroge, que ce soit une rencontre physique, téléphonique ou via video conférence, même sans obtenir l’accord de son interlocuteur

Les règles à respecter en matière de protection de la vie privée et de devoir d’information sont les mêmes que celles auxquelles le DP doit se plier lorsqu’il relève une déclaration écrire de la personne concernée : il lui appartient dès lors de fournir toutes les informations contenues dans les article 13 du RGPP lorsqu’il enregistre une conversation dès lors qu’il s’agit d’un recueil de données à caractère personnel directement auprès de la personne concernée

 🡺 conseil : le contenu de l’enregistrement doit contenir la preuve que les informations ont été données et donc veiller à ce que l’enregistrement permette d’entendre de manière intelligible que la personne a été informée…

🡺 conseil : prévoir une phrase type contenant l’information à donner ; comme celle que vous écrivez dans vos déclarations écrites...

Qu’en est il des informations sensibles ? santé, orientations diverses,….

Inutile de rappeler qu’il n’est pas permis de poser des questions relatives à la santé, ou à d’autres données faisant partie de l’interdiction légale de recueil. Et si la personne révèle spontanément des informations relatives à la santé, l’enregistrement demeure régulier si l’information a été donnée uniquement à l’initiative et avec l’accord de la personne concernée, même si elle n’est pas informée de l’enregistrement réalisé.

**Conclusion :**

L’intérêt de tels enregistrements réside dans la possibilité de les produire en justice en cas de contestations sur le contenu des informations révélées lors de l’entretien.

La jurisprudence estime, pour pouvoir utiliser l’enregistrement comme preuve en justice, qu’il y a lieu d’apprécier plusieurs critères et notamment celui de l’attente raisonnable au respect de la vie privée, le contexte de la déclaration (sinistre), le but recherché par l’utilisation de l’enregistrement, la qualité des personnes participants à la conversation (et donc celle du DP et du destinataire de l’enregistrement : le mandant) .

Dès que le DP renseigne correctement sa qualité, l’identité de son mandant, les raisons pour lesquelles les informations sont sollicitées et à quelle fin celles-ci seront utilisées ; la personne qui accepte de répondre aux questions, après avoir obtenu ces informations, ne peut plus ensuite et valablement, invoquer une violation de sa vie privée.. Même si la conversation a été enregistrée à son insu…

Si, pour une raison ou l’autre, une des informations à fournir par le DP n’avait pas correctement été donnée, il est permis d’espérer pouvoir faire appel à la jurisprudence Antigone, également applicable à la sphère privée. Tout sera question de proportionnalité et de légitimité (à ne pas confondre avec légalité).

Et si la gravité des manquements reprochés à la personne interrogée le justifient, nous pouvons également espérer que le juge pourrait accepter l’enregistrement même entaché d’une irrégularité relative à la communication prescrite par la loi. Tel est le cas dans les dossiers de fraude…. Normalement