

Telefongespräch mit Polizeibeamten gilt als «nichtöffentlich»

**Das Bundesgericht ändert mit dem Urteil
6B_943/2019 vom 7. Februar 2020 seine
bisherige Praxis**

Dr. Christoph Born, Rechtsanwalt, Zürich

Résumé: Dans un verdict du 7 février 2020, le Tribunal fédéral a élargi le concept de «conversation non publique» et ainsi modifié la doctrine suivie jusque-là, qui était largement critiquée. Désormais, les enregistrements de discussions téléphoniques avec une agente ou un agent de police sont des conversations non publiques au sens de l'article 179ter al. 1 du Code pénal. Cette nouvelle pratique ne change rien pour les journalistes. Pour eux, comme pour tout le monde, la règle selon laquelle les conversations, téléphoniques ou non, avec des tiers ne doivent pas être enregistrées, sauf si les participants l'acceptent, continue à prévaloir.

Zusammenfassung: Im besprochenen Urteil vom 7. Februar 2020 hat das Bundesgericht den Begriff "nichtöffentliches Gespräch" erweitert und in Änderung seiner bisherigen, in der Doktrin breit kritisierten Rechtsprechung entschieden, dass die Aufzeichnung von Telefongesprächen mit einem Polizeibeamten nichtöffentliche Gespräche im Sinne von Art. 179ter Abs. 1 StGB sind. Für die Medienschaffenden ändert sich durch die neue Praxis nichts. Für sie – wie für alle – gilt nach wie vor die Regel, dass (Telefon-)Gespräche mit Dritten nicht aufgezeichnet werden dürfen, es sei denn, die Gesprächsbeteiligten stimmten der Aufzeichnung zu.

Faits :

A. Par jugement du 10 janvier 2019, le Tribunal de police de la République et canton de Genève a déclaré A._____ coupable d'enregistrements non autorisés de conversations (art. 179^{ter} al. 1 et 2 CP) et l'a condamné à une peine pécuniaire de 60 jours-amende à 30 fr. le jour, avec sursis et délai d'épreuve de trois ans.

B. Par arrêt du 28 juin 2019, la Chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice de la République et canton de Genève a rejeté l'appel formé par A._____ à l'encontre du jugement du Tribunal de police. Elle s'est fondée en substance sur les faits suivants.

Le 11 juillet 2017, un individu s'est présenté au Poste de police de C._____. Il avait été sorti d'un parc par des agents de surveillance durant la nuit et souhaitait récupérer les affaires qu'il leur avait laissées. L'agente présente sur place a contacté la société de surveillance F._____ afin de clarifier les faits. Son interlocutrice, D._____, épouse de A._____, directeur de la société, n'ayant pas été en mesure de la renseigner, l'agente a demandé conseil au sergent-chef B._____, qui a proposé de contacter lui-même la société. Comme il avait expliqué à D._____ qu'il était important qu'il puisse s'entretenir avec les agents de surveillance, A._____ l'a rappelé sur sa ligne téléphonique directe quelques minutes plus tard. Au cours de la conversation, A._____ a indiqué qu'il disposait d'images filmées de l'intervention et a accepté de les remettre à la police. Plus tard dans la matinée, A._____ a rappelé B._____ sur sa ligne directe pour lui indiquer qu'il avait visionné les images de vidéosurveillance, qui confirmaient que personne n'était présent sur le site lors du passage de ses agents. Il a ajouté souhaiter porter plainte car il se sentait calomnié. A._____ a enregistré les deux conversations téléphoniques sans en avertir B._____.

Le lendemain, A._____ a adressé un courriel comprenant les enregistrements des conversations à un lieutenant de la Police de la Navigation ainsi qu'à trois autres personnes, dont le responsable du site où les événements seraient intervenus, accompagné du rapport de l'agent de surveillance et d'un compte-rendu établi par lui-même relatif notamment aux

échanges téléphoniques avec B._____. Informé de ce courriel par le lieutenant de la Police de la Navigation, B._____ a porté plainte.

C. A._____ forme un recours en matière pénale au Tribunal fédéral. Il conclut, avec suite de frais et dépens, à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause à la Chambre pénale d'appel et de révision pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

D. Invités à se déterminer sur le recours, la Chambre pénale d'appel et de révision et le Ministère public n'ont pas formulé d'observations, ce dernier se référant aux considérants de l'arrêt attaqué, tandis que B._____ n'a pas présenté d'observations dans le délai imparti.

Considérant en droit:

1. Le recours en matière pénale est une voie de réforme (art. 107 al. 2 LTF). Le recourant ne peut se borner à demander l'annulation de la décision et le renvoi de la cause à l'autorité cantonale, mais doit également, sous peine d'irrecevabilité, prendre des conclusions sur le fond du litige. Il n'est fait exception à ce principe que lorsque le Tribunal fédéral, s'il admettait le recours, ne serait pas en mesure de statuer lui-même sur le fond et ne pourrait que renvoyer la cause à l'autorité cantonale ([ATF 137 II 313](#) consid. 1.3 p. 317; [134 III 379](#) consid. 1.3 p. 383; arrêts 6B_471/2019 du 13 septembre 2019 consid. 1; 6B_111/2015 du 3 mars 2016 consid. 1.7 non publié aux [ATF 142 IV 196](#)).

En l'espèce, le recourant conclut uniquement à l'annulation du jugement attaqué et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale de deuxième instance. Une telle manière de faire n'est en principe pas admissible. Les motifs du recours permettent toutefois de comprendre que le recourant souhaite être acquitté du chef d'infraction de l'art. 179^{ter} CP. Cela suffit pour satisfaire aux exigences de forme déduites de l'art. 42 al. 1 et 2 LTF (cf. [ATF 137 II 313](#) consid. 1.3 p. 317; arrêt 6B_471/2019 précité consid. 1).

2. Le recourant se plaint de la violation de l'art. 179^{ter} CP. Il soutient que les conversations qu'il a enregistrées ressortaient d'une mission officielle du sergent-

chef B. _____, de sorte qu'elles ne tombaient pas sous le coup de l'art. 179^{ter} CP.

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

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, n'importe quelle conversation non publique ne bénéficie pas encore de la protection pénale au sens de cette disposition. Il faut qu'elle touche au domaine privé. Il en est ainsi des communications de nature personnelle ou commerciale. La situation est différente s'agissant de questions posées officiellement par un policier ou un juge d'instruction dans le cadre d'une enquête en cours. Une audition conduite conformément à la mission officielle d'un des interlocuteurs ne concerne pas le domaine privé; son enregistrement ne viole pas " le droit de s'entretenir librement avec autrui " ([ATF 108 IV 161](#) consid. 2a et 2c p. 162 s., in JdT 1983 IV 140; voir aussi: arrêt 6B_925/2018 du 7 mars 2019 consid. 1.5). Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que lorsque des policiers, agissant dans l'exercice de leurs fonctions, procédaient à un interrogatoire dans le cadre d'une enquête préliminaire et que leurs questions ne concernaient pas le domaine privé de leur interlocuteur, l'art. 179^{ter} CP n'était pas applicable ([ATF 108 IV 161](#) consid. 2d p. 163 s.).

2.2. La conception de " conversation non publique " exposée dans l'arrêt publié aux [ATF 108 IV 161](#) a été largement critiquée par la doctrine majoritaire, qui la juge trop restrictive et estime que les conversations non publiques des fonctionnaires devraient également être protégées par l'art. 179^{ter} CP (Andreas Donatsch, Strafrecht III: Delikte gegen den Einzelnen, 11ème éd. 2018, p. 423; voir aussi: Michel Dupuis et al., Petit commentaire du Code pénal, 2ème éd. 2017, n° 7 ad art. 179^{bis}; Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches

Strafrecht, Besonderer Teil I, Straftaten gegen Individualinteressen, 7ème éd., 2010, § 12 n° 25; José Hurtado Pozo, Droit pénal; partie spéciale, 2009, § 81 n° 2203; Henzelin/Massrouri, in Commentaire romand, Code pénal II, 2017, n° 6 ad art. 179^{bis} CP; Trechsel/Lieber, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3ème éd. 2018, n° 4 ad art. 179^{bis}; Ramel/Vogelsang, in Basler Kommentar, Strafrecht II, 4ème éd. 2019, n° 13 ad art. 179^{bis} CP; Omar Abo Youssef, Matérielles Strafrecht / Die Nichtöffentlichkeit des Gesprächs i.S.v. Art. 179ter Abs. 1 StGB bei polizeilichen Einvernahmen des Beschuldigten, in Festschrift für Andreas Donatsch, 2017, p. 1 ss.; cf. arrêt 6B_925/2018 précité consid. 1.4).

S'il en a pris acte, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé à ce jour sur les critiques de la doctrine (cf. arrêt 6B_925/2018 précité consid. 1.4). Dans cet arrêt, il a jugé que celui qui avait enregistré sa conversation, ne ressortant pas du domaine privé, avec la conseillère d'un office régional de placement, pouvait se fonder sur la jurisprudence en vigueur depuis 1982 pour en déduire qu'aucune violation de droit civil au sens de l'art. 28 CC ne pouvait lui être reprochée, ce qui excluait l'application de l'art. 426 al. 2 CPP (arrêt 6B_925/2018 précité consid. 1.5; dans cette affaire, une condamnation du chef de l'art. 179^{ter} CP était exclue dans la mesure où la plainte avait été retirée).

Compte tenu des nombreuses critiques dont l'arrêt publié aux [ATF 108 IV 161](#) fait l'objet, il convient d'examiner dans le cas présent si un revirement de jurisprudence se justifie.

3. Un changement de jurisprudence doit reposer sur des motifs sérieux et objectifs, lesquels, sous l'angle de la sécurité du droit, doivent être d'autant plus importants que la pratique considérée comme erronée, ou désormais inadaptée aux circonstances, est ancienne. Un changement ne se justifie que lorsque la solution nouvelle procède d'une meilleure compréhension du but de la loi, repose sur des circonstances de fait modifiées, ou répond à l'évolution des conceptions juridiques. Le motif sérieux et objectif d'un changement de jurisprudence peut notamment résulter d'une connaissance plus précise ou complète de la volonté du législateur ([ATF 144 IV 265](#) consid. 2.2; [143 IV 1](#) consid. 5.2. p. 3; [141 II 297](#) consid. 5.5.1 p. 303; [139 V 307](#) consid. 6.1 p. 313).

3.1. Il convient en premier lieu d'exposer les motifs qui sous-tendent la jurisprudence contestée (cf. consid. 3.2) avant d'examiner les décisions rendues ultérieurement (consid. 3.3), puis les critiques exprimées par la doctrine (cf. consid. 3.4), afin de déterminer s'il se justifie de s'écarter de cette jurisprudence (cf. consid. 3.5 - 3.6).

3.2. Pour interpréter la notion de conversation " non publique " de l'art. 179^{ter} CP, le Tribunal fédéral a, dans l'arrêt discuté, commencé par examiner la genèse de la loi. Il a relevé qu'à teneur du Message relatif à l'adoption des art. 179^{bis} à 179^{septies} CP, seules les conversations non publiques sont protégées, qui font partie du domaine personnel secret (Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le renforcement de la protection pénale du domaine personnel secret du 21 avril 1968, FF 1968 I 609). C'est la Loi fédérale du 20 décembre 1968 concernant le renforcement de la protection pénale du domaine personnel secret qui a introduit les art. 179bis à 179septies dans le Code pénal. Simultanément à l'introduction de ces dispositions, les titres marginaux touchés par la révision ont été modifiés. C'est ainsi que le titre troisième: « Délits contre l'honneur. Violation de secrets privés » est devenu « Infractions contre l'honneur et contre le domaine secret ou le domaine privé ». Le sous-titre 2 a reçu la teneur suivante: « Infractions contre le domaine secret ou le domaine privé. Violation de secrets privés ». Le Tribunal fédéral d'en conclure que le bien protégé par l'art. 179ter CP était le domaine secret et le domaine privé. Il importait peu que seul l'art. 179quater CP l'indique expressément. Aussi la protection du droit pénal ne devait-elle pas être accordée à n'importe quelle conversation non publique, mais uniquement à celles touchant au domaine privé. Il en découlait qu'une audition conduite conformément à la mission officielle d'un des interlocuteurs ne concernait pas le domaine privé ([ATF 108 IV 161](#) consid. 2b et 2c p. 162 s.).

3.3. Dans sa jurisprudence ultérieure, le Tribunal fédéral a indiqué que quand bien même seules des personnes physiques peuvent participer à une conversation, il pouvait arriver qu'elles y prennent part en tant qu'organes, employés ou

auxiliaires d'une personne morale, dont la sphère privée peut alors être concernée. Ce type de conversation bénéficiait dès lors également de la protection pénale. Le Tribunal fédéral a cependant laissé ouverte la question de savoir si les art. 179bis ss CP visent à protéger la sphère privée des personnes morales privées à l'exclusion des corporations de droit public, respectivement celle de savoir si une assemblée d'une commune ecclésiastique est une assemblée publique, et donc si la conversation dans le cadre de cette assemblée est publique ou non ([ATF 111 IV 63](#) consid. 2 p. 66 s.).

Le Tribunal fédéral a par ailleurs constaté que la notion de caractère public dans le Code pénal était utilisée dans plusieurs cas de figure et ne devait pas être interprétée de façon identique pour toutes les infractions. Ainsi, savoir si un acte a été commis publiquement ou non dépendait principalement du bien juridique protégé et du motif pour lequel le caractère public avait été érigé en élément constitutif. L'art. 179^{bis} CP protégeait le domaine secret et privé. Un individu devait pouvoir s'exprimer verbalement en toute liberté dans le cercle de ses relations personnelles, sans craindre que ses propos ne soient écoutés à l'aide d'un appareil d'écoute ou enregistrés sur un porteur de son contre sa volonté. Dans ce contexte, il fallait également tenir compte du lieu où se déroule la conversation. Le caractère public ou non public d'une conversation dépendait donc aussi principalement du fait qu'elle avait lieu dans un cercle privé ou accessible à tous ([ATF 133 IV 249](#) consid. 3.2.2 p. 253 et les références citées).

Dans un arrêt non publié au recueil officiel, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'était pas pertinent, s'agissant de déterminer si la conversation était publique ou non, que celle-ci n'ait pas porté sur le domaine secret ou privé de l'intimé. Les art. 179^{bis} et 179^{ter} CP s'inscrivaient certes dans le titre troisième du Code pénal concernant les " Infractions contre l'honneur et contre le domaine secret ou privé " (art. 173-179^{novies} CP). Cela ne signifiait pas encore qu'une conversation ne tombait dans le champ d'application des art. 179^{bis} et 179^{ter} CP que lorsqu'elle portait sur le domaine secret ou privé d'un participant qui n'a pas consenti à l'enregistrement. Les art. 179bis et 179ter CP protégeaient une conversation qui n'était pas publique également

lorsqu'elle ne contenait aucun élément qui se rapportait au domaine secret ou privé de l'un des interlocuteurs. Les art. 179^{bis} et 179^{ter} CP se distinguaient ainsi de l'art. 179^{quater} CP qui ne visait que le domaine secret ou privé. Aussi la conversation entre la recourante et l'intimé, qui s'était déroulée dans l'appartement privé d'une collègue de la recourante et n'était pas perceptible par un nombre indéterminé et important de personnes, n'était-elle pas publique (arrêt 6B_225/2008 du 7 octobre 2008 consid. 2.2). Plus récemment, le Tribunal fédéral a rappelé que les art. 179bis et 179ter CP protégeaient la communication humaine dans la sphère privée, comprise comme composante de la personnalité protégée par le droit, respectivement le droit de s'exprimer de manière spontanée dans cette sphère, autrement dit la confidentialité des conversations privées. L'art. 179ter CP protégeait plus spécifiquement la teneur orale de la conversation dans le sens d'une protection contre la retranscription des propos tenus en-dehors du cercle des personnes avec lequel l'orateur a choisi de partager ses opinions (arrêt 6B_1128/2017 du 23 mai 2018 consid. 1.4.3 et les références citées). Devaient être considérées comme « non publiques » les conversations qui avaient lieu dans un cadre privé, en particulier dans le cadre familial ou dans un groupe d'amis, ou encore dans un environnement de relations personnelles ou empreint d'une confiance particulière. Il convenait également de tenir compte du lieu où la conversation se tenait, car son caractère public ou non dépendait en bonne partie de savoir s'il s'agissait d'un lieu privé ou d'un lieu généralement ouvert au public (arrêt 6B_406/2018 du 5 septembre 2018 consid. 2.3, in SJ 2018 I p. 454). Il résulte de ce qui précède que la définition de conversation " non publique " retenue dans l'arrêt publié aux [ATF 108 IV 161](#), laquelle se rapporte au contenu privé (personnel ou commercial) de la conversation, n'a pas été reprise dans la jurisprudence ultérieure. En effet, l'arrêt publié aux [ATF 133 IV 249](#) retient que l'art. 179bis CP protège le domaine secret et privé, mais précise que le caractère public ou non public d'une conversation dépend aussi principalement du fait qu'elle a lieu dans un cercle privé ou accessible à tous. L'arrêt 6B_225/2008 exprime clairement une conception opposée à celle de l'arrêt publié aux [ATF 108 IV 161](#), à savoir que les art.

179bis et 179ter CP protègent une conversation qui n'est pas publique également lorsqu'elle ne contient aucun élément qui se rapporte au domaine secret ou privé des participants. Enfin, les décisions les plus récentes se fondent sur le critère du cercle des personnes avec lequel l'orateur a choisi de partager ses opinions (arrêts 6B_406/2018 et 6B_1128/2017 précités).

3.4. De l'avis généralement partagé en doctrine, il ne s'agit pas d'exiger une conversation à proprement parler privée. Le critère, en termes de " non publique ", est en effet plus large. Il convient d'analyser l'ensemble des circonstances (Michel Dupuis, op. cit., n° 7; cf. aussi: Trechsel/Lieber, op. cit., n° 4; Andreas Donatsch, op. cit., § 46 p. 423, Stratenwerth/Jenny/Bommer, op. cit., § 12 n° 25; José Hurtado Pozo, op. cit., § 81 n° 2202 s.; Bernard Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3e éd. 2010, n° 6 ad art. 179^{bis} CP; Henzelin/Massrouri, op. cit., n° 6 et 9; Ramel/Vogelsang, op. cit., n° 13; Martin Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, partie spéciale, vol. 3, 1984, n° 20 ss ad art. 179ter CP; Omar Abo Youssef, op. cit., p. 7 s.). Par exemple, une discussion à voix normale dans un bus ou un café n'est pas publique. Elle cessera de l'être à partir du moment où les participants la rendent accessible à tout un chacun. Un grand nombre de participants n'exclut pas l'application de l'art. 179^{bis} CP, si une organisation a été mise en place pour éviter la présence de tiers. Inversement, un tout petit nombre pourra parfois suffire à conférer une dimension privée à la discussion, même si les participants ne sont pas des proches (Dupuis, op. cit., n° 7). La publicité dépend non seulement du contexte dans lequel la conversation a lieu (circonstances concrètes du cas), mais également de l'intention des participants. La conversation n'est pas publique lorsque ses participants s'entretiennent dans l'attente légitime que leurs propos ne soient pas accessibles à tout un chacun (Henzelin/ Massrouri, op. cit., n° 9).

3.5. Comme vu ci-dessus (cf. consid. 3.2), l'interprétation proposée dans l'arrêt publié aux [ATF 108 IV 161](#) prenait tout d'abord appui sur le Message à teneur duquel les dispositions légales visées avaient pour but de protéger le domaine

personnel secret. Le Tribunal fédéral se livrait ensuite à une interprétation systématique de la loi, constatant essentiellement que les art. 179bis et 179ter figurent dans la deuxième section du titre troisième de la partie spéciale du Code pénal intitulé " Infractions contre le domaine secret ou privé ". Il en déduisait que les conversations tombant sous le coup des art. 179bis et 179ter CP devaient se rapporter au domaine privé ou secret, et non à des conversations d'une autre nature. Cette approche peut être nuancée pour deux raisons. D'une part, les termes de domaine secret ou privé ne figurent ni dans le titre marginal ni parmi les éléments constitutifs des art. 179bis et 179ter CP, à la différence de l'art. 179quater CP qui reprend la notion de " violation du domaine secret ou du domaine privé " aussi bien dans son titre marginal que dans son texte. D'autre part, le Message définit le domaine personnel secret en se référant non au contenu de la conversation, mais à sa perceptibilité par des tiers: ainsi, sont exclues de la protection pénale " [...] *les déclarations verbales qui peuvent être perçues par un large cercle de personnes qui n'ont pas de rapports personnels entre elles; de telles déclarations ne concernent en effet pas le domaine personnel secret* " (Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le renforcement de la protection pénale du domaine personnel secret du 21 avril 1968, FF 1968 I p. 617; dans ce sens également: Omar Abo Youssef, op. cit., p. 8 s.).

A cela, on peut encore ajouter ce qui suit. La jurisprudence retient que l'art. 179ter CP poursuit le but qu'un individu puisse s'exprimer verbalement en toute liberté, sans craindre que ses propos ne soient enregistrés contre sa volonté et qu'ainsi des paroles prononcées sans arrière-pensée se trouvent abusivement perpétuées (cf. [ATF 111 IV 66](#) consid. 2). Sous l'angle d'une interprétation téléologique, il importe donc peu de savoir si les propos se rapportent au domaine secret ou privé, ou encore en quelle qualité les interlocuteurs s'expriment. Un fonctionnaire de police est atteint dans sa liberté personnelle de s'exprimer librement et objectivement s'il doit craindre que ses propos soient enregistrés sans son consentement (Omar Abo Youssef, op. cit., p. 11-14). Les auditions menées par la police étant protocolées, il n'y a pas lieu de craindre que leur contenu

demeure secret ou encore que les agents de police ne doivent plus rendre de compte sur la manière dont ils procèdent aux interrogatoires. Enfin, la possibilité réservée à l'agent de police dans l'arrêt publié aux [ATF 108 IV 161](#) d'interrompre l'enregistrement dans l'intérêt de l'enquête n'est pas convaincante, dans la mesure où seuls entrent en ligne de compte, sous l'angle de l'art. 179ter CP, des enregistrements effectués sans le consentement des interlocuteurs, ce qui suppose qu'ils le soient à leur insu.

3.6. En conclusion, l'analyse qui précède commande d'abandonner l'interprétation restrictive retenue dans l'arrêt publié aux [ATF 108 IV 161](#), à savoir que la conversation " non publique " figurant à l'art. 179ter CP devait se rapporter au domaine secret ou privé de ceux qui y prennent part et intervenir dans un contexte de relations personnelles ou commerciales, à l'exclusion de l'exercice d'un devoir de fonction. Une interprétation plus large de la disposition légale, plébiscitée unanimement par la doctrine et soutenue par la jurisprudence plus récente, apparaît fondée au regard de la genèse de la loi, de sa systématique, ainsi que des buts qu'elle poursuit. Aussi, on retiendra désormais que pour déterminer si une conversation est " non publique " au sens des art. 179bis et 179ter CP, il faut examiner, au regard de l'ensemble des circonstances, dans quelle mesure elle pouvait et devait être entendue par des tiers. La conversation n'est pas publique lorsque ses participants s'entretiennent dans l'attente légitime que leurs propos ne soient pas accessibles à tout un chacun. La nature de la conversation peut constituer un indice à cet égard, mais n'est pas seule décisive. Cette solution permet ainsi de protéger l'individu contre la diffusion de ses propos en-dehors du cercle des personnes avec lequel il a choisi de partager ses opinions, peu importe en quelle qualité il s'est exprimé.

3.7. Sur le vu de ce qui précède, il faut conclure que les conversations téléphoniques entre l'intimé et le recourant n'étaient pas publiques. En effet, comme la cour cantonale l'a constaté, les paroles échangées entre le recourant et l'intimé l'avaient été dans un contexte dans lequel elles n'étaient pas destinées à être entendues par des tierces personnes. Il est

en particulier sans importance que l'intimé ait agi dans le cadre de ses devoirs de fonction, cette circonstance ne permettant pas de lui dénier le droit de pouvoir s'exprimer librement sans craindre que ses propos ne soient enregistrés à son insu. Les conditions objectives de l'art. 179ter CP étaient donc réalisées.

4. Le recourant soutient qu'il n'avait pas conscience de réaliser les éléments constitutifs d'une infraction pénale en enregistrant une conversation découlant d'une démarche officielle d'un agent de la force publique. Il invoque également l'erreur sur l'illicéité.

4.1. En vertu de l'art. 13 al. 1 CP, quiconque agit sous l'influence d'une appréciation erronée des faits est jugé d'après cette appréciation si elle lui est favorable. Agit sous l'emprise d'une erreur sur les faits celui qui n'a pas connaissance ou qui se base sur une appréciation erronée d'un élément constitutif d'une infraction pénale. L'intention de réaliser la disposition pénale en question fait alors défaut. Dans une telle configuration, l'auteur doit être jugé selon son appréciation erronée, si celle-ci lui est favorable. Par opposition, l'erreur sur l'illicéité (art. 21 CP) vise le cas où l'auteur agit en ayant connaissance de tous les éléments constitutifs de l'infraction, et donc avec intention, mais en croyant par erreur agir de façon licite (cf. [ATF 129 IV 238](#) consid. 3.1 p. 241).

La délimitation entre erreur sur les faits et erreur de droit ne dépend pas du fait que l'appréciation erronée porte sur une question de droit ou des faits. Il s'agit au contraire de qualifier d'erreur sur les faits, et non d'erreur de droit, non seulement l'erreur sur les éléments descriptifs, mais également l'appréciation erronée des éléments de nature juridique constitutifs de l'infraction. Ainsi celui qui, en raison d'une appréciation erronée, ignore que la chose acquise sous réserve de propriété reste une chose appartenant à autrui, ne peut pas avoir l'intention de commettre un abus de confiance. Il ignore l'état de fait au sens de l'art. 13 CP ([ATF 129 IV 238](#) consid. 3.2 p. 241). Agit également sous l'empire d'une erreur de fait la personne qui est faussement convaincue que les fonds provenant d'un trafic de drogue ne

peuvent en raison de l'écoulement du temps plus être séquestrés ([ATF 129 IV 238](#)). Une erreur de fait a également été admise en faveur de personnes fabriquant en Suisse des pièces d'or d'Arabie Saoudite et qui avaient de bonne foi pensé à tort que la monnaie fabriquée ne constituait pas un moyen de paiement général dans ce pays et qu'elle n'avait pas non plus cours légal, de sorte qu'elle ne constituait pas une monnaie au sens des art. 240 CP (fabrication de fausse monnaie) et 242 CP (mise en circulation de fausse monnaie). Dans le cadre de cette dernière cause, le Tribunal fédéral a précisé qu'au regard de l'art. 19 aCP (actuel art. 13 CP) est uniquement déterminant ce que les prévenus se sont représentés et non ce qu'ils auraient dû se représenter ([ATF 129 IV 238](#) consid. 3.4 p. 245; plus récemment: arrêt 6B_220/2015 du 10 février 2016 consid. 3.4.1, qui retient que celui qui ignore que le Dormicum est un stupéfiant se trouve dans une erreur sur les faits s'agissant de la qualification juridique de cette substance).

Déterminer ce qu'une personne a su, envisagé, voulu ou accepté relève des constatations de fait ([ATF 142 IV 137](#) consid. 12 p. 152; [141 IV 369](#) consid. 6.3 p. 375).

4.2. Le recourant soutient qu'en déclarant qu'il trouvait " délicat d'informer ses interlocuteurs ", il voulait seulement dire que ceux-ci auraient pu se sentir gênés ou s'offusquer d'apprendre qu'ils étaient enregistrés, non qu'il connaissait le caractère illégal de son comportement. Ce faisant, il cherche à se prévaloir d'une erreur sur les faits. Cependant, son argumentation consiste à opposer son interprétation des moyens de preuve à celle de la cour cantonale, mais ne démontre pas le caractère insoutenable de l'appréciation cantonale. Certes, comme il le souligne, il a immédiatement transmis ces enregistrements à un autre policier. Cela ne signifie pas encore qu'il était persuadé de la légalité de son action, dès lors qu'il pouvait penser que le destinataire de l'enregistrement ne se poserait pas la question de savoir s'il avait bien été effectué avec le consentement de l'intimé. Enfin, le recourant affirme qu'il ne pouvait avoir conscience de réaliser les éléments constitutifs d'une infraction pénale dès lors qu'il pensait qu'il prenait part à une conversation découlant d'une démarche officielle. Or la cour cantonale n'a

pas constaté ce fait, et le recourant ne démontre pas le caractère arbitraire de cette omission. Il a d'ailleurs admis qu'il lui arrivait régulièrement d'enregistrer ses conversations téléphoniques puisque l'un de ses téléphones portables est équipé d'une application d'enregistrement de conversation automatique.

Partant, la cour cantonale pouvait exclure l'erreur sur les faits et retenir l'intention du recourant de réaliser l'infraction. Pour le surplus, l'erreur de droit n'entre pas en considération dans le cas d'espèce, puisqu'il est question de l'appréciation d'un élément de nature juridique constitutif de l'infraction.

Le grief est dès lors rejeté dans la mesure où il est recevable.

Ainsi, pour les motifs qui précèdent, la condamnation du recourant pour la commission de l'infraction réprimée à l'art. 179ter CP ne viole pas le droit fédéral.

5. Il s'ensuit que le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable. Le recourant, qui succombe, supportera les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF). B._____, qui ne s'est pas déterminé, n'a pas droit au paiement de dépens.

Inhalt des Urteils in Kürze:

1

Der Direktor einer Überwachungsfirma hatte heimlich zwei Telefonate mit einem Polizeibeamten aufgenommen. Er wurde deshalb wegen unbefugten Aufnehmens eines nichtöffentlichen Gesprächs gemäss Art. 179ter StGB verurteilt. Das Bundesgericht bestätigte die Verurteilung. In Abänderung seiner bisherigen Praxis erweiterte es den Begriff "nichtöffentliches Gespräch": Dieses muss sich nicht mehr zwingend auf den Geheim- oder Privatbereich der Beteiligten beziehen oder im Rahmen persönlicher oder geschäftlicher Beziehungen erfolgen. Es ist deshalb nicht mehr relevant, ob die ohne Zustimmung aufgezeichneten Äusserungen von Amtspersonen im Rahmen ihrer dienstlichen Pflicht erfolgten.

Anmerkungen:

2

Gemäss Art. 179ter Abs. 1 StGB wird (auf Antrag) mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, “wer als Gesprächsteilnehmer ein nichtöffentliches Gespräch, ohne die Einwilligung der andern daran Beteiligten, auf einen Tonträger aufnimmt.” In seinem Urteil 6B_943/2019 vom 7. Februar 2020 hat das Bundesgericht den Begriff “nichtöffentliches Gespräch” erweitert und entschieden, dass die Aufzeichnung von Telefongesprächen mit einem Polizeibeamten nichtöffentliche Gespräche im Sinne von Art. 179ter Abs. 1 StGB sind.

3

In BGE 108 IV 161 hatte das Bundesgericht dies noch verneint: Ein Beschuldigter hatte seine Einvernahme in einem polizeilichen Ermittlungsverfahren auf Tonband aufgenommen, obwohl er vom ermittelnden Polizeigefreiten aufgefordert worden war, dies zu unterlassen. Die polizeiliche Befragung zur Abklärung eines Delikts sei “nicht ein durch Art. 179ter StGB geschütztes Privatgespräch” (BGE 108 IV 161, Regeste). In seinen Erwägungen stützte sich das Bundesgericht vor allem auf die Überschriften im StGB: Die Überschrift des dritten Teils des StGB (Art. 173 – Art 179novies StGB) lautet “Strafbare Handlungen gegen die Ehre und den Geheim- oder Privatbereich”, und der Untertitel in Ziffer 2 (Art. 179bis – Art. 179novies StGB) lautet: “Strafbare Handlungen gegen den Gemein- oder Privatbereich”. Daraus schloss das Bundesgericht, dass nicht jedes “nichtöffentliche Gespräch” strafrechtlichen Schutz genießt. “Geschützt ist dieses nur, wenn es sich um Äusserungen im privaten Bereich handelt”, wie etwa Äusserungen persönlicher Natur, aber auch geschäftliche Besprechungen. “Anders verhält es sich, dagegen u.a. bei der dienstlichen Befragung durch einen Polizeibeamten oder Untersuchungsrichter, soweit es sich um Äusserungen handelt, die im Rahmen des hängigen Verfahrens gemacht werden”(BGE 108

IV 161, S. 163). Diese Einschränkungen begründete das Bundesgericht u.a. damit, dass bei Einvernahmen im Rahmen der sitzungspolizeilichen Befugnisse ein Verbot von Tonbandaufnahmen erlassen und durchgesetzt werden könne (BGE 108 IV 161, S. 164).

4

Die Einschränkung des Begriffs “nichtöffentliches Gespräch” auf private Gespräche war von der herrschenden Doktrin vielfach kritisiert worden (vgl. BGer 6B_943/2019 vom 7. Februar 2020, E. 2.2 und 3.4). Zwar rückte das Bundesgericht in einem späteren Urteil davon ab, dass ein nichtöffentliches Gespräch gemäss Art. 179bis und Art. 179ter StGB in jedem Fall Elemente enthalten muss, die sich auf den geheimen oder privaten Bereich der Teilnehmenden beziehen (BGer 6B_225/2008 vom 7. Oktober 2008, E. 2.3). Die ausdrückliche Abkehr von der Rechtsprechung in BGE 108 IV 161 erfolgte aber erst im hier besprochenen Urteil 6B_943/2019 vom 7. Februar 2020, in dem es wiederum um eine heimliche bzw. nicht genehmigte Aufzeichnung von Telefongesprächen mit einem Polizeibeamten ging.

5

Gestützt auf die Entstehung des Gesetzes (konkret: die Botschaft des Bundesrats über die Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs, BBl 1968 I 593), auf eine Neubeurteilung der Systematik (im Gegensatz zur Art. 179quater Abs. 1 StGB enthält weder die Marginalie noch der Wortlaut von Art. 179ter Abs.1 StGB einen Hinweis auf den Geheim- oder Privatbereich) und – vor allem – auf das Ziel, das Art. 179ter StGB verfolgt, gab es die restriktive Auslegung ausdrücklich auf: Zur Feststellung, ob ein Gespräch “nichtöffentlich” im Sinne der Artikel 179bis und 179ter StGB ist, müsse unter Berücksichtigung aller Umstände geprüft werden, inwieweit es von Dritten gehört werden könne und solle. “La conversation n’est pas publique lorsque ses participants s’entretiennent dans l’atteinte légitime que leur

propos ne soient pas accessibles à tout un chacun. La nature de la conversation peut constituer un indice à cet égard, mais n'est pas seule décisive. Cette solution permet ainsi de protéger l'individu contre la diffusion de ses propos en-dehors du cercle des personnes avec lequel il a choisi de partager ses opinions, peu importe en quelle qualité il s'est exprimé" (BGer 6B_943/2019 vom 7. Februar 2020, E. 3.6).

6

Dementsprechend kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die aufgezeichneten Telefongespräche zwischen dem Direktor einer Überwachungsgesellschaft und dem Polizeibeamten "nichtöffentlich" im Sinne von Art. 179ter Abs. 1 StGB waren, da die ausgetauschten Worte in einem Zusammenhang standen, in dem sie nicht dazu bestimmt waren, durch Dritte gehört zu werden. "Il est particulier sans importance que l'intimé (der Polizeibeamte, Anmerkung des Verfassers) ait agi dans le cadre de ses devoir de fonction, cette circonstance ne permettant pas de lui dénier le droit de pouvoir s'exprimer librement sans craindre que ses propos ne soient enregistrés à son insu" (BGer 6B_943/2019 vom 7. Februar 2020, E. 3.7). Damit qualifizierte das Bundesgericht die objektiven Tatbestandsmerkmale des Art. 179ter StGB durch das nicht autorisierte Aufzeichnen der Telefongespräche mit dem Polizeibeamten als erfüllt.

7

Das in BGE 108 IV 161 herangezogene Argument, Polizeibeamten hätten die Möglichkeit, die Aufzeichnung im Interesse der Untersuchung zu unterbrechen (S. 164, E. 3), bezeichnet das Bundesgericht nunmehr als nicht überzeugend. Nach Art. 179ter StGB seien nur Aufzeichnungen, die ohne Zustimmung des Gesprächspartners gemacht wurden, relevant. Dies setze voraus, dass sie ohne Wissen der Polizeibeamten erfolgten – womit diese gar keine Möglichkeit hätten, ein Aufnahmeverbot auszusprechen. Da die von der Polizei durchgeführten Anhörungen protokolliert würden, sei nicht zu befürchten, dass

ihr Inhalt geheim bleibe oder dass die Polizeibeamten nicht mehr für die Art und Weise, wie sie Verhöre durchführen, verantwortlich seien (BGer 6B_943/2019 vom 7. Februar 2020, E. 3.5).

8

Vermutlich im Bestreben, die Praxisänderung nicht als gravierend erscheinen zu lassen, sind die bundesgerichtlichen Erwägungen etwas kompliziert ausgefallen. Dennoch: Die neue Auslegung von Art. 179ter StGB überzeugt. Es erstaunt deshalb, dass das Bundesgericht die Abkehr nicht schon früher vorgenommen, sondern noch in BGer 6B_925/2018 vom 7. März 2019 daran festgehalten hat, dass eine heimlich aufgezeichnete telefonische Auskunft bei einer Amtsstelle der regionalen Arbeitsvermittlungsstelle RAV nicht strafbar ist (E. 1.5).

9

Für die Medienschaffenden ändert sich durch die neue Praxis nichts. Für sie – wie für alle – gilt nach wie vor die Regel, dass (Telefon-)Gespräche mit Dritten nicht aufgezeichnet werden dürfen, es sei denn, die Gesprächsbeteiligten stimmten der Aufzeichnung zu. Allerdings gilt seit dem Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) i. S. Haldimann et autres c. Suisse vom 24. Februar 2015 (Requête n° [21830/09](#)), dass eine Verurteilung von Medienschaffenden wegen Verstössen gegen Art. 179bis und/oder Art. 179ter StGB unter bestimmten Voraussetzungen eine Verletzung von Art. 10 EMRK darstellen kann. Im genannten Fall hatten Journalistinnen und Journalisten für die Fernsehsendung “Kassensturz” mit einer versteckten Kamera ein Beratungsgespräch mit einem Versicherungsvertreter aufgezeichnet (wobei dieser bei der Ausstrahlung der Sendung anonymisiert worden war). Sie wurden deshalb der Verletzung von Art. 179bis Abs. 1 und 2 bzw. von Art. 179ter Abs. 1 StGB schuldig gesprochen und verurteilt. Der EGMR befand, dass diese Verurteilungen die in Art. 10 EMRK verankerte Meinungsäusserungsfreiheit verletzt.