

RECOMMANDATION N° 01 / 2002 du 22 août 2002

N. Réf. : 10 / IP / 02 / 018

OBJET : Enregistrement des télécommunications effectuées dans le cadre des services bancaires.

La Commission de la protection de la vie privée ;

Vu la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, en particulier son article 30 ;

Vu le rapport du Président ;

Emet, le 22 août, la recommandation suivante :

I. Introduction

La Commission est a été saisie au début de l'année 2002 de plusieurs plaintes relatives à l'enregistrement des communications téléphoniques passées par les clients auprès des services de leur banque.

Les nombreuses interrogations quant à la légalité de ces pratiques, relayées par la presse, ont conduit la Commission à entamer une enquête quant aux pratiques d'enregistrement des télécommunications de l'ensemble du secteur bancaire.

La Commission a entrepris d'examiner le détail des circonstances dans lesquelles de tels enregistrements sont effectués, ainsi que les arguments que les différentes banques ont à faire valoir afin de justifier d'éventuels enregistrements.

La présente recommandation a pour objet, sur la base des informations obtenues de la part du secteur et de l'examen des dispositions légales applicables en matière de protection des communications et des données à caractère personnel, de préciser et d'explicitier les modalités d'application de la loi à ces pratiques spécifiques d'enregistrement.

II. Descriptif de la pratique des principales banques établies en Belgique

La Commission a pris contact avec 55 établissements bancaires établis en Belgique, membres de l'Association belge des banques, afin d'obtenir de leur part un descriptif des conditions d'enregistrement des communications.

50 banques ont fourni à la Commission une réponse détaillée. Sur ces 50 établissements, 33 affirment enregistrer des communications et 17 ont déclaré ne pas effectuer d'enregistrement - le plus souvent parce qu'il s'agit de succursales étrangères traitant principalement ou uniquement avec une clientèle restreinte d'entreprises.

- Les **types d'appels** ainsi que les **services visés** par les mesures d'enregistrement

La grande majorité des banques enregistre les communications de ses clients dans trois hypothèses :

- l'utilisation des services bancaires par téléphone (« phone banking »)

Les clients qui effectuent à distance, via le téléphone, des opérations concernant leur compte, voient leurs communications enregistrées : c'est le cas en particulier lorsque le client est mis en contact avec un agent de la banque afin d'effectuer par exemple un virement de son compte vers un compte tiers.

- les services de banque privée (« private banking »),

Ces services personnalisés s'adressent aux clients disposant d'un patrimoine important. La gestion du patrimoine donnant lieu à des opérations par téléphone fait l'objet d'un enregistrement.

- les ordres traités en salle des marchés.

Les opérations qui font l'objet d'un enregistrement sont notamment les ordres de bourse (achat et vente de titres), les achats et ventes de devises (entre trésorerie et points de vente).

Dans ces trois hypothèses, le but des enregistrements est pour la banque de se ménager une preuve des opérations effectuées par téléphone.

Dans des cas plus rares (principalement en matière de banque privée), l'enregistrement peut être effectué afin de vérifier les conseils donnés par un télé conseiller ou un analyste, en cas de contestation ultérieure.

Le contrôle de la qualité des opérations est également une justification parfois avancée.

Les autres types d'appels traités par les agents bancaires, tels que demandes générales d'information reçues par le call center, actions marketing auprès des clients, ne font pas l'objet d'enregistrement, sauf rare exception. Deux banques qui pratiquent ce type d'enregistrement s'apprêtent à le supprimer.

On relève que pour des raisons de sécurité, deux banques enregistrent les appels reçus sur une ligne d'urgence (en cas d'effraction par exemple), et une banque se réserve la possibilité technique d'enregistrer au cas par cas les communications arrivant au standard, en cas de menace grave pour la banque et ses employés (ce qui n'est encore jamais arrivé).

Enfin, une banque enregistre, à des fins de vérifications, les communications effectuées avec les journalistes.

- la **durée de conservation** des données enregistrées

La durée de conservation peut varier d'un établissement à l'autre. Si certaines réponses évasives mentionnent une durée de conservation variant entre 2 mois et 5 ans, dans la majorité des cas, les enregistrements ne sont pas conservés plus d'un an.

On relève souvent une distinction entre la conservation des données de la banque par téléphone (parfois seulement 15 jours) et celles relatives à la salle d'arbitrage (entre 3 mois et un an).

Indépendamment de cette durée limitée de conservation des enregistrements, certaines informations sont reprises dans les documents comptables qui doivent, aux termes de la loi la loi 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises¹, être conservés pendant une durée de 10 ans.

- **l'information** des personnes concernées par l'enregistrement – clients et employés

En ce qui concerne les clients :

De façon générale, l'information n'est pas fournie aux clients de façon distincte et explicite : elle figure le plus souvent dans le contrat de « phone banking » ou les conditions générales pour le passage d'ordres par téléphone, ou est parfois simplement mentionnée dans les conditions générales relatives aux conditions de gestion du compte.

Dans de rares cas, l'information est reprise dans un formulaire d'ouverture de compte, une lettre spécifique adressée au client, ou un message joint aux extraits de compte.

Les enregistrements effectués dans le cadre des services de « private banking » sont encore souvent effectués sans obtention explicite du consentement, via une simple information verbale (souvent lors du premier enregistrement).

En ce qui concerne les employés :

La politique de la banque en matière d'enregistrement des communications est le plus souvent mentionnée dans le règlement de travail, ainsi que, moins souvent, dans le contrat de travail.

Dans des cas plus rares, les employés sont informés uniquement par une note de service.

¹ Mon. B. du 4/09/1975.

Lorsque les enregistrements concernent la salle d'arbitrage, les employés en sont informés par le code de conduite en matière d'arbitrage, qu'ils doivent signer avant d'entrer en fonction.

Ce code de conduite, comme le règlement de travail, fait l'objet de négociations au sein du conseil d'entreprise.

Certaines banques indiquent que l'enregistreur apparaît de façon visible sur les postes de télécommunication concernés, et que d'autres appareils, non sujets à enregistrement, sont disponibles pour les employés.

- la possibilité de **refuser** l'enregistrement de la communication

Pour toutes les banques, si le client ne souhaite pas voir sa communication enregistrée, il doit renoncer au service proposé. De la même façon, l'employé qui refuserait l'enregistrement devrait renoncer à travailler dans le cadre des services concernés.

Les banques font néanmoins remarquer que ces mêmes services restent disponibles via des alternatives plus traditionnelles, telles que contact direct dans une agence ou envoi de courrier signé.

- **le caractère systématique / automatique des enregistrements** ou l'activation au cas par cas par l'employé

Les enregistrements sont effectués de façon automatique, sans intervention humaine, dans toutes les banques sauf une. Cette dernière procède à l'enregistrement au cas par cas après information de ses clients en matière de « private banking ».

- **les mesures de sécurité** adoptées afin de protéger les données enregistrées de toute prise de connaissance illicite

Les enregistrements sont effectués sur bande magnétique ou sur DVD.

Aucune banque n'effectue de surveillance en temps réel : les écoutes ont toujours lieu a posteriori, et sont très rares en pratique.

Elles sont effectuées en cas de litige sur le contenu d'une opération, selon une procédure précise, et les personnes ayant accès aux enregistrements sont indiquées de façon limitative. Il s'agit en général de l'auditeur interne, du (des) responsables hiérarchiques et de l'employé partie à la communication, ce dernier pouvant être présent lors de l'écoute de la communication.

Les mesures de sécurité combinent en général un accès par mot de passe (ou badge électronique) avec un accès physique sécurisé (conservation des bandes dans un coffre, registre d'accès, ...).

III. Le droit applicable

L'enregistrement des données de communication tel qu'il est effectué par les banques tombe dans le champ d'application de plusieurs textes législatifs.

1. Traitement de données à caractère personnel

Les données traitées constituent des données à caractère personnel au sens de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée.

Leur traitement doit dès lors répondre à différentes obligations :

a. Finalité et qualité des données :

En vertu de l'article 4 de la loi, la finalité doit être déterminée, explicite et légitime, et les données doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités poursuivies.

Dans la mesure où les enregistrements sont effectués dans des hypothèses précises et en vue, pour la banque, de se ménager une preuve des transactions effectuées par « phone banking » ou dans la salle des marchés, la finalité poursuivie et la qualité des données paraissent conformes au prescrit de la loi.

L'enregistrement peut en outre être légitimé par le fait qu'il est, dans ces hypothèses, nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie².

On relève enfin que la nécessité de se ménager une preuve des transactions ainsi effectuées est mentionnée dans différents documents du secteur bancaire, et que plusieurs dispositions légales imposent un contrôle interne sur les transactions effectuées³.

Il en va différemment pour ce qui concerne l'enregistrement des communications qui passent par le centre d'appel, à but informatif ou de marketing. La justification de tels enregistrements n'est pas satisfaisante au regard des principes de la loi. On relève à cet égard que les rares banques qui enregistrent ces communications ont annoncé à la Commission qu'elles entendaient cesser ce type d'enregistrement.

b. Transparence

Sans préjudice des dispositions protégeant les communications, qui complètent celles de la loi relative à la protection de la vie privée, une information préalable doit être communiquée à toutes les parties dont les communications font l'objet d'un enregistrement (articles 4 §1^{er} et 9 de la loi).

Cette information doit notamment indiquer :

- Le type de communications qui font l'objet d'un enregistrement ;
- La finalité de cet enregistrement ;
- La durée de conservation des données enregistrées ;
- Les conditions dans lesquelles la personne concernée peut avoir accès à ces données.

Ces détails doivent être communiqués de façon explicite aux clients et aux employés : une mention dans les conditions générales ne peut être considérée comme suffisante. Les mentions doivent au moins figurer dans les conditions spécifiques liées à l'utilisation du service proposé, et l'attention de la personne concernée doit être attirée sur ces mentions, lorsqu'elle adhère au service.

² La loi (art. 5) prévoit que le traitement ne peut être effectué que dans l'un des cas suivants

« a) lorsque la personne concernée a indubitablement donné son consentement;

b) lorsqu'il est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures pré-contractuelles prises à la demande de celle-ci; (...)

f) lorsqu'il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le tiers auquel les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée, qui peut prétendre à une protection au titre de la présente loi.(...) »

³ art. 20 al. 1 loi 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit ;
- art. 62 loi 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placement ;
- art. 7 al. 3 loi 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux.
- directives de la Commission bancaire et financière (CBF B 90/1 du 17/04/90, D/1 2001/10 du 7/12/2001).

c. Durée de conservation

La loi prévoit que la durée de conservation doit être limitée à ce qui est nécessaire à la réalisation des finalités poursuivies (article 4).

En l'occurrence, la durée de conservation des données ne devrait pas excéder la période pendant laquelle l'ordre ou la transaction peuvent être contestés.

A l'heure actuelle, les banques fixent elles-mêmes, sur une base contractuelle, la période pendant laquelle le client pourra contester les transactions.

A partir des informations communiquées à la Commission par certaines banques, et tenant compte des observations de l'administration de l'Inspection économique, ce délai doit être suffisamment long (un mois au minimum) pour permettre à la personne concernée de contester une transaction, tout en restant d'une durée raisonnable au regard des risques liés à une réutilisation illicite des données. Un délai de conservation de trois mois est déjà retenu par certaines banques consultées.

Ce délai de trois mois devrait être retenu, compte tenu notamment des nouvelles dispositions applicables aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds : la loi du 17 juillet 2002⁴ dispose en effet que pour les opérations effectuées entièrement ou partiellement par voie électronique, telles que l'accès à distance à un compte, la charge de la preuve incombe à l'émetteur lorsque la contestation est notifiée moins de trois mois après la communication au titulaire des informations relatives à l'opération.

Cette conservation limitée des enregistrements audio ne préjuge pas de la conservation d'un relevé des opérations pour une durée plus longue, qui est de cinq ans minimum dans la loi relative aux instruments de transfert électronique de fonds, et de 10 ans en vertu de la loi relative à la comptabilité des entreprises.

Notons que ces obligations concernant la transparence et la durée de conservation du traitement sont également énumérées par la nouvelle directive européenne 2002/58 « vie privée et communications électroniques »⁵, en son considérant 23 :

« Les parties à la communication devraient être informées de l'enregistrement avant qu'il n'ait lieu, de la ou des raisons pour lesquelles la communication est enregistrée et de la durée du stockage de l'enregistrement. La communication enregistrée devrait être effacée dès que possible et, en tout état de cause, lors de l'expiration du délai légal de recours contre la transaction. »

d. Mesures de sécurité

L'article 16 de la loi précise les obligations du responsable du traitement ou de son représentant en matière de sécurité des données.

Celui-ci doit :

« §2 2° veiller à ce que, pour les personnes agissant sous son autorité, l'accès aux données et les possibilités de traitement soient limités à ce dont ces personnes ont besoin pour l'exercice de leurs fonctions ou à ce qui est nécessaire pour les nécessités du service;

3° informer les personnes agissant sous son autorité des dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution, ainsi que de toute prescription pertinente, relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements des données à caractère personnel; (...)

§ 4. Afin de garantir la sécurité des données à caractère personnel, le (responsable du traitement et, le cas échéant, son représentant en Belgique, ainsi que le sous-traitant doivent prendre les mesures techniques et organisationnelles requises pour protéger les données à caractère personnel) contre la destruction accidentelle ou non autorisée, contre la perte accidentelle ainsi que contre la modification, l'accès et tout autre traitement non autorisé de données à caractère personnel. »

⁴ Mon. B. du 17/08/2002.

⁵ J.O.C.E. L201 du 31/07/2002

Les obligations décrites par les banques dans les courriers adressés à la Commission font état de mesures de sécurité, à la fois techniques et organisationnelles, destinées à empêcher les accès non autorisés aux données d'enregistrement.

Ces mesures doivent être approuvées, en particulier dans la mesure où différents types de procédures sont combinés, incluant une restriction de la qualité des personnes habilitées à accéder aux données, et l'utilisation de mesures techniques (mots de passe ou badges) et organisationnelles (accès physique sécurisé, conservation des enregistrements dans un coffre, ...).

e. Loyauté et licéité du traitement

La loyauté du traitement dépendra principalement de la façon dont les pratiques d'enregistrement sont portées à la connaissance des personnes concernées (point b).

La licéité du traitement ne peut être acquise que si celui-ci n'est pas en infraction avec le cadre réglementaire général.

Il s'agit donc, en particulier, que l'enregistrement respecte le prescrit des dispositions légales qui protègent les communications.

2. Traitement de données de télécommunication

Aux obligations développées supra s'ajoutent les principes légaux qui réglementent les communications.

En particulier, l'article 314 bis du Code pénal prévoit que :

« § 1. Sera puni d'un emprisonnement de six mois à un an et d'une amende de deux cents francs à dix mille francs ou d'une de ces peines seulement, quiconque :

1° soit, intentionnellement, à l'aide d'un appareil quelconque, <écoute> ou fait <écouter>, prend connaissance ou fait prendre connaissance, enregistre ou fait enregistrer, pendant leur transmission, des communications ou des télécommunications privées, auxquelles il ne prend pas part, sans le consentement de tous les participants à ces communications ou télécommunications; (...) »

L'art 109terD de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques dispose quant à lui :

« Sous réserve de l'autorisation de toutes les autres personnes directement ou indirectement concernées par l'information, l'identification ou les données visées ci-après, il est interdit à quiconque, qu'il agisse personnellement ou par l'entremise d'un tiers :

1° de prendre frauduleusement connaissance de l'existence de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de données de toute nature transmis par voie de télécommunications, en provenance d'autres personnes et destinées à celles-ci [modifié par l'article 13, § 2, 1° de la loi du 30 juin 1994] ; (...)

3° de prendre connaissance intentionnellement de données en matière de télécommunications, relatives à une autre personne ; »

En vertu de ces articles, tout enregistrement de communications tel qu'effectué par le secteur bancaire doit donc être soumis à l'obtention préalable du consentement de toutes les parties à la communication⁶.

⁶ Dans l'hypothèse d'un enregistrement déclenché au cas par cas par l'employé partie à la communication, l'on pourrait envisager une interprétation a contrario de l'article 314bis du Code pénal : les communications enregistrées par une des parties à la communication ne tomberaient pas sous l'interdiction de l'article 314bis – ce qui ne dispenserait pas du respect des différents principes de la loi relative à la protection de la vie privée, détaillés supra.

Question d'une exception découlant du droit européen

La directive européenne 97/66 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications⁷ prévoit en son article 5 que la confidentialité des télécommunications, et l'exigence du consentement des parties avant toute écoute, interception ou stockage, « n'affecte pas l'enregistrement légalement autorisé de communications, dans le cadre des usages professionnels licites, afin de fournir la preuve d'une transaction commerciale ou de toute autre communication commerciale ».

La directive prévoit donc la possibilité, pour les Etats membres, de permettre ce type d'enregistrement à des fins de preuve des transactions commerciales.

En l'absence de transposition de cette disposition en Belgique se pose la question de son effet direct⁸.

L'exception vise tout type de communication ou transaction commerciale dans le cadre des usages professionnels licites, ce qui constitue un champ d'application potentiellement très large, et peu précis. Dans la mesure où cette exception vient restreindre un droit fondamental, elle doit faire l'objet d'une explicitation au niveau du droit national avant de pouvoir être invoquée.

C'est ce que prévoient autant le texte actuel de la directive que le libellé de la nouvelle directive sur les communications électroniques : ceux-ci sont en effet formulés de façon conditionnelle, dans la mesure où ils indiquent qu'une autorisation légale reste nécessaire dans le cadre de cette exception :

« Au besoin et sous réserve d'une autorisation légale les communications peuvent être enregistrées pour servir de preuve d'une transaction commerciale » (considérant 23 de la directive 2002/58/CE⁹).

C'est cette intervention légale qui permettra de circonscrire les limites de l'exception au principe de confidentialité des données.

Tant que l'exception prévue par la directive n'aura pas été explicitement transposée en droit belge, les responsables du secteur bancaire sont donc tenus d'obtenir le consentement des parties à la communication.

Ce consentement doit être obtenu de façon individuelle, et il doit être libre, explicite et informé.

En ce qui concerne les clients, le consentement peut être obtenu par la signature des conditions d'utilisation du service proposé, à condition que l'attention du client soit attirée de façon suffisamment claire sur les conditions d'enregistrement des communications tel que décrites au point 1 b. de la présente recommandation.

Le consentement sera considéré comme libre dans la mesure où il existe une autre possibilité de bénéficier du service, sans enregistrement de communication (virement par courrier, par internet, contact direct avec l'agence, ...).

Toutefois dans tous les cas décrits par les banques - sauf un, les enregistrements sont effectués de façon automatique et indépendamment de la volonté des parties à la communication, employé ou client. L'article 314bis reste donc d'application dans ces hypothèses.

⁷ J.O.C.E. L024 du 30/01/1998.

⁸ En vertu du principe de l'effet direct, les individus peuvent, en l'absence de transposition des dispositions d'une directive par un Etat membre dans les délais prévus, se prévaloir devant les tribunaux des dispositions de cette directive qui sont claires, précises et inconditionnelles (voir notamment C.J.C.E., 5 avril 1979, Ministère public contre Ratti, 148/78, Rec. CJCE, 1979, p.1629).

⁹ J.O.C.E. L201 du 31/07/2002.

En ce qui concerne les employés, une note de service ou le règlement de travail seuls ne sont pas suffisants pour garantir le consentement libre de l'employé. Il s'agit de combiner le consentement individuel de l'employé avec la négociation d'un texte général à laquelle seront associés les représentants des employés.

La Convention collective de travail n° 81 et l'avis 10/200 de la Commission, qui visent plus précisément la surveillance des communications électroniques sur le lieu de travail, rappellent ce principe d'une concertation entre employeurs et employés : « *La transparence des méthodes de contrôle envisagées devra passer par une concertation avec les employés et leurs représentants au sein des organes de dialogue de l'entreprise ou des services concernés, ainsi que le prévoit par exemple la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail et la Recommandation n° R (89) 2 du Conseil de l'Europe sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi* »¹⁰.

Le consentement obtenu par la mention des conditions d'enregistrement dans le règlement de travail ou le code de conduite, qui font l'objet d'une discussion au sein du conseil d'entreprise et contribuent ainsi au caractère libre du consentement, pourra par exemple être complété via un avenant au contrat de travail ou la signature d'un formulaire ad hoc par l'employé, garantissant ainsi le caractère individuel du consentement.

IV. Conclusions

La procédure de consultation initiée auprès du secteur bancaire a permis à la Commission d'appréhender les circonstances et les justifications qui président aux enregistrements des télécommunications tels qu'ils se pratiquent actuellement.

La Commission constate que les enregistrements ont lieu dans des hypothèses précises, et que la grande majorité de ces enregistrements se justifie, soit en vertu de dispositions légales, soit en raison de la nécessité de conserver une preuve des transactions effectuées à distance.

C'est le cas en ce qui concerne les opérations effectuées en salle des marchés, et les données traitées dans le cadre d'ordres bancaires de particuliers via la « banque par téléphone ».

Par contre, l'enregistrement indifférencié des communications concernant des demandes d'information, traitées à partir du call center, ne peut être considéré comme justifié.

La Commission relève en outre que ces enregistrements, et en particulier ceux qui ont lieu en relation avec la clientèle utilisant la « banque par téléphone » ou la « banque privée », sont souvent effectués dans des conditions de transparence douteuses.

Elle estime dès lors opportun de rappeler que pour être conformes aux dispositions protégeant les données à caractère personnel et les données de télécommunication, ces enregistrements doivent répondre aux exigences minimales suivantes, développées dans le cadre de la présente recommandation :

1. Une information claire et complète sur les conditions de l'enregistrement ;
2. L'obtention du consentement libre et explicite de la personne concernée, sur la base de cette information ;
3. Une conservation des enregistrements pour une durée ne dépassant pas celle pendant laquelle la transaction peut être contestée, trois mois semblant constituer un délai raisonnable ;
4. Des mesures de sécurité, physiques et organisationnelles, afin d'éviter tout accès ou réutilisation illicite des données.

¹⁰ Avis 10/2000 du 3 avril 2000 relatif à la surveillance par l'employeur de l'utilisation du système informatique sur le lieu de travail, p. 5.

La Commission insiste enfin sur la nécessité du maintien, pour les clients de la banque comme pour les employés, de lignes téléphoniques non soumises à enregistrement.

Elle approuve à cet égard la pratique consistant à mettre à disposition des employés (comme c'est souvent le cas pour ceux travaillant dans la salle des marchés) une ligne spécifique qui ne soit pas sur écoute. En ce qui concerne les clients, ceux-ci devraient toujours être en mesure d'obtenir une communication téléphonique personnalisée et non soumise à enregistrement avec les représentants de leur banque, même si ce type de communication ne permet pas d'effectuer certaines transactions.

Pour le secrétaire ,
légitimement empêché :

Le président,

(sé) D. GHEUDE
conseiller

(sé) P. THOMAS.