

Nationalrat

Conseil national

Consiglio nazionale

Cussegl naziunal



Commission des affaires juridiques
CH-3003 Berne

www.parlement.ch
rk.caj@parl.admin.ch

11.489 Initiative parlementaire
Abrogation de l'article 293 CP

RAPPORT
DE LA COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES
DU 13 NOVEMBRE 2014

Condensé

L'initiative parlementaire 11.489 a pour objectif l'abrogation de l'art. 293 CP qui rend punissable la « publication de débats officiels secrets ». La majorité de la Commission des affaires juridiques estime important de maintenir la disposition, qui protège la formation de la volonté des autorités, mais souhaite la rendre conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en permettant aux autorités judiciaires de mettre en balance l'intérêt au maintien du secret et les intérêts opposés commandant une information du public. La minorité de la commission propose l'abrogation pure et simple de l'art. 293 CP.

Rapport

1 Introduction

L'initiative parlementaire 11.489, intitulée « Abroger l'art. 293 CP », a été déposée par le conseiller national Josef Lang le 30 septembre 2011 puis reprise par le conseiller national Geri Müller au début de la 49^{ème} législature, le 14 décembre 2011. Sa teneur est la suivante : « L'article 293 CP (Publication de débats officiels secrets) sera abrogé. »

Citant l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 mars 1996 dans la cause Goodwin c. Royaume-Uni, l'auteur de l'initiative considère que l'art. 293 CP ¹ est contraire à l'art. 10 CEDH ² relatif à la liberté d'expression. Il rappelle que, en 1996 déjà ³, le Conseil fédéral avait proposé l'abrogation de l'art. 293 CP. L'argumentation était alors pour l'essentiel la suivante : d'abord, la disposition ne protège que les secrets formels, à savoir les faits déclarés secrets par la loi ou par une décision de l'autorité ; ensuite, il est choquant que le tiers qui a rendu publique l'information soit condamné alors que l'auteur de l'indiscrétion échappe souvent à toute poursuite – il reste inconnu ou bénéficie d'une immunité ; enfin, lorsqu'il s'agit de véritables secrets d'Etat ou de secrets militaires, le droit en vigueur prévoit une protection suffisante, indépendamment de l'article 293 CP ⁴. La proposition du Conseil fédéral avait été fortement discutée. Suivie par la majorité de la commission chargée de l'examen préalable, elle avait été rejetée à une courte majorité par les deux conseils, au profit d'une solution de compromis – l'introduction de l'actuel al. 3 permettant au juge de renoncer à toute peine si le secret livré à la publicité est « de peu d'importance ».

Le 31 août 2012, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a décidé de donner suite à cette initiative par 12 voix contre 9 avec 2 abstentions. Le 22 octobre 2012, par 5 voix contre 4 avec 2 abstentions, son homologue du Conseil des Etats a donné son accord à l'élaboration d'un projet. La commission a été secondée dans ses travaux par le Département fédéral de justice et police (art. 112, al. 1, LParl ⁵).

2 L'art. 293 CP et les dispositions apparentées

Intitulé « Publication de débats officiels secrets », l'art. 293 est situé dans le quinzième titre de la partie spéciale du Code pénal, consacré aux « infractions contre l'autorité publique ». L'al. 1 définit l'infraction : « sans en avoir le droit, livrer à la publicité tout ou partie des actes, d'une instruction ou des débats d'une autorité qui

¹ Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

² Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (RS 0.101).

³ Message du Conseil fédéral du 17 juin 1996 concernant la modification du Code pénal suisse et du Code pénal militaire (droit pénal et procédure pénale des médias ; FF 1996 IV 533 ; objet 96.057).

⁴ FF 1996 IV 533, 573 s.

⁵ Loi sur l'Assemblée fédérale, du 13 décembre 2002 (Loi sur le Parlement ; RS 171.10).

sont secrets en vertu de la loi ou d'une décision prise par l'autorité dans les limites de sa compétence ». La sanction est l'amende, d'un montant maximal de 10'000 francs (art. 106 al. 1 CP) ; il s'agit donc d'une contravention (art. 103 CP). L'al. 2 rend la complicité punissable (cf. art. 105 al. 2 CP) et l'al. 3, introduit à la fin des années quatre-vingt-dix (cf. ci-dessus sous point 1), permet au juge de « renoncer à toute peine si le secret livré à la publicité est de peu d'importance » – la personne condamnée le reste, mais elle est exemptée de toute peine.

Le bien juridiquement protégé est principalement le processus de formation de la volonté des autorités contre les perturbations extérieures. Les membres d'un gouvernement, d'une autorité administrative ou judiciaire doivent, dans le cadre de ce processus, pouvoir librement poser des questions, exprimer leurs propositions, critiques, doutes, etc. La disposition vise ainsi plus à protéger la « sphère privée » des autorités que les informations elles-mêmes ⁶, qui ne sont protégées qu'indirectement.

Le droit pénal contient des dispositions apparentées. Ainsi, dans le treizième titre relatif aux « crimes et délits contre l'Etat et la défense nationale », l'art. 267 réprime la « trahison diplomatique ». Le registre est ici plus grave : il s'agit d'« un secret que l'intérêt de la Confédération commandait de garder », la peine est plus sévère et la négligence est aussi punissable. De même, au vingtième titre (« Contraventions à des dispositions du droit fédéral »), l'art. 329 puni d'amende la « violation de secrets militaires ». On trouve aussi des dispositions apparentées dans le Code pénal militaire (cf. art. 86 [« Espionnage et trahison par violation de secrets militaires »] et 106 CPM ⁷ [« Violation de secrets militaires »]).

3 La genèse du projet

3.1 L'affaire « Jagmetti »

L'art. 293 CP fait l'objet de critiques depuis longtemps. En 1996, le Conseil fédéral avait lui-même proposé l'abrogation pure et simple de la disposition, le président de la Confédération et chef du Département fédéral de justice et police la qualifiant même d'« alter Zopf » devant le Conseil national ⁸. Fin janvier 1997, la « Sonntagszeitung » publia sous la plume du journaliste Martin Stoll deux articles citant plusieurs passages d'un document stratégique confidentiel rédigé par l'ambassadeur Carlo Jagmetti à propos de l'affaire des fonds en deshérence (« Botschafter Jagmetti beleidigt die Juden » et « Mit Bademantel und Bergschuhen in den Fettnapf »). Cette affaire eut une influence importante sur les délibérations des deux conseils, qui renoncèrent finalement à abroger l'art. 293 CP (cf. ci-dessus sous point 1).

Le journaliste de la « Sonntagszeitung » a été condamné par le Tribunal de district de Zurich à une amende de 800 francs, sur la base de l'art. 293 CP. Cette condamnation a été contestée jusqu'à Strasbourg ⁹. Dans un premier temps, le 26 avril 2006, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la Suisse pour non-respect de la

⁶ ATF 107 IV 185, 188 ; G. FIOKA, *in* Niggli/Wiprächtiger (édit.), *Basler Kommentar, Strafrecht II*, Art. 111-392 StGB, 3^{ème} éd., Bâle 2013, Art. 293 N. 8.

⁷ Code pénal militaire, du 13 juin 1967 (RS **321.0**).

⁸ BO **1997** N 409.

⁹ Le Tribunal fédéral s'est prononcé le 5 décembre 2000 (ATF 126 IV 236).

Convention ¹⁰. Sur recours de la Suisse, la Grande Chambre est arrivée, le 10 décembre 2007, à une conclusion contraire ¹¹, pour l'essentiel aux motifs suivants :

La prévention de la « divulgation d'informations confidentielles » est un but légitime, la question principale étant de savoir si la sanction prononcée est « nécessaire dans une société démocratique » (cf. art. 10, par. 2, CEDH). En l'espèce, la divulgation, même partielle, du document stratégique, totalement inconnu du public, a pu porter atteinte au climat de discrétion nécessaire au bon déroulement des relations diplomatiques en général et avoir des répercussions négatives sur les négociations que menait la Suisse en particulier ¹². La garantie que l'art. 10 CEDH offre aux journalistes, en ce qui concerne les comptes rendus sur des questions d'intérêt général, est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi sur la base de faits exacts et fournissent des informations fiables et précises dans le respect de la déontologie journalistique. Les articles litigieux sont manifestement réducteurs et tronqués, contiennent certaines citations de passages isolés et sortis du contexte, ne portent que sur l'une des stratégies élaborées par l'ambassadeur et ne rendent pas suffisamment compte de la chronologie des événements dans lesquels le rapport s'inscrivait. La mise en page, privilégiant des titres « à sensation » et intégrant une image sans lien évident avec le thème traité, est peu digne d'un sujet aussi important et sérieux que celui des fonds en deshérence. L'impression globale est que le journaliste avait comme intention première non pas tant d'informer le public sur une question d'intérêt général, mais de faire du rapport de l'ambassadeur un sujet de scandale inutile ¹³. La nature et la quotité de la sanction jouent aussi un rôle : la « publication de débats officiels secrets » est une contravention et la sanction prononcée, une amende de 800 francs, est relativement faible ¹⁴. Eu égard à l'ensemble des circonstances, la peine prononcée n'est pas disproportionnée par rapport au but poursuivi.

3.2 La réaction du Conseil fédéral

A la suite de la décision de la Grande Chambre, le Conseil fédéral a abandonné la position qu'il avait défendue en 1996. Il en a fait part le 7 mai 2008 ¹⁵ en répondant à la motion 06.3038 déposée le 9 mars 2006 par le conseiller national Josef Lang et intitulée à nouveau « Abrogation de l'article 293 du Code pénal » :

¹⁰ Arrêt rendu par 4 voix contre 3.

¹¹ Arrêt rendu par 12 voix contre 5.

¹² La Cour européenne a récemment condamné la Suisse pour violation de l'art. 10 CEDH – arrêt rendu par 4 voix contre 3 –, dans une affaire concernant la publication par un journaliste de procès-verbaux d'auditions et de lettres adressées au juge par le prévenu (arrêt du 1^{er} juillet 2014 dans la cause A.B. c. Suisse ; affaire lausannoise dite « du Grand Pont », survenue en 2003). Un des éléments que retient la Cour est le fait que la publication n'a pas créé de danger sérieux : l'article, publié environ deux ans avant le jugement et ne portant pas sur la culpabilité du prévenu mais plutôt sur sa personnalité et sur le fonctionnement de la justice pénale, n'a pas pu porter atteinte à la présomption d'innocence.

¹³ Le Conseil de la presse s'est prononcé le 4 mars 1997 sur les articles litigieux. Sa prise de position, très critique, est abondamment reprise par les organes de Strasbourg.

¹⁴ Dans le récent arrêt condamnant la Suisse (cf. note 12), l'amende était de 4'000 francs, montant que la Cour considère comme « relativement élevé ».

¹⁵ Avec l'accord de l'auteur de la motion, le délai de réponse avait été prolongé dans l'attente de la décision strasbourgeoise.

« Le Conseil fédéral partage l'avis de l'auteur de la motion en ce sens que la lettre de l'article 293 CP n'est pas satisfaisante [...] Il est vrai que le Conseil fédéral avait [...] proposé l'abrogation de l'article 293 CP dans le cadre de la révision du droit des médias (FF 1996 IV 573). Néanmoins, et au regard de l'évolution de la situation depuis dix ans, il pense aujourd'hui que l'abrogation pure et simple n'est plus la solution appropriée. [...]

« Même si la liberté d'expression a une importance considérable dans notre société actuelle et qu'elle doit, partant, pouvoir s'exercer de la manière la plus large possible, elle n'en est pas pour autant absolue [...] Dans l'arrêt *Stoll c. Suisse* du 10 décembre 2007, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a constaté que la condamnation d'un journaliste à une amende en application de l'article 293 CP ne violait pas le principe de la liberté d'expression [...] Cet arrêt démontre qu'il reste de la place pour une répression pénale de la publication des secrets essentiels conforme à la CEDH ; en même temps, la lecture de ses considérants ne laisse aucun doute sur le fait que l'article 293 CP, tel qu'actuellement interprété par le Tribunal fédéral, est difficilement défendable ; le juge doit en effet pouvoir prendre en compte le contenu matériel de l'information confidentielle et procéder à une pesée des intérêts en présence pour déterminer si une condamnation serait justifiée. [...]

« En outre, la plupart des arguments invoqués à l'appui d'une abrogation ne sont pas forcément convaincants. Premièrement, le fait que l'article 293 CP ne protège que les secrets formels et qu'il soit de ce fait contraire à l'article 10 CEDH plaide bien plutôt pour un changement d'interprétation ou une modification que pour une abrogation. Deuxièmement, l'injustice résultant du fait que le messenger soit puni n'est pas propre à l'article 293 CP ; d'autres domaines du droit pénal répriment ainsi le simple receleur, possesseur de matières délictueuses ou consommateur sans que cela soit contesté pour autant (cf. par ex. les art. 160, 197 al. 3 CP et l'art. 19 LStup). Troisièmement, les autres dispositions pénales réprimant la publication des secrets ne couvrent pas le même champ d'application que l'article 293 CP ; son abrogation serait ainsi génératrice de lacunes dans la protection contre la divulgation des secrets. Des questions de politique intérieure ou relatives à des procédures en cours ne seraient ainsi plus protégées que par l'article 320 CP (violation du secret de fonction). De même, il n'est pas certain que les articles 179 ss CP, ainsi que les dispositions sur la protection de la personnalité du Code civil, suffisent à protéger les particuliers contre la divulgation de secrets les concernant. En dernier lieu, l'argument parfois avancé selon lequel le principe de publicité introduit par la loi fédérale sur la transparence (RS 152.3) rend l'article 293 CP obsolète, n'est pas pertinent. Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, certains documents officiels et domaines d'activités de l'administration continuent d'être soumis au secret. Ces informations doivent continuer d'être protégées à l'avenir [...] »

La motion n'ayant pas été traitée dans le délai légal, elle a été classée. Le Conseil fédéral n'a donc pas reçu du Parlement le mandat de modifier (ou d'abroger) l'art. 293 CP. Le projet le plus récent concernant la partie spéciale du Code pénal est l'« Harmonisation des peines » ; l'avant-projet mis en consultation le 8 septembre 2010 ne prévoit cependant pas de modification de l'art. 293 CP, vraisemblablement

parce que les modifications évoquées par le Conseil fédéral en 2008 dépassent le cadre de la seule harmonisation des peines ¹⁶.

3.3 L'initiative parlementaire 11.489

La commission estime qu'il n'est pas responsable de maintenir tel quel l'art. 293 CP : le fait de laisser aux seuls tribunaux le soin d'accorder, au cas par cas, le texte de la disposition avec les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme créerait une grande insécurité juridique. Le Conseil fédéral n'ayant pas entrepris de travaux pour modifier la disposition, la commission a décidé de donner suite à l'initiative parlementaire 11.489 (cf. art. 110, al. 2, LParl).

Les deux options possibles pour la mise en œuvre sont l'abrogation pure et simple de l'art. 293 CP, demandée par le texte de l'initiative, et la voie médiane d'une modification, préférée par le Conseil fédéral en 2008 (cf. ci-dessus sous point 3.2). Par 15 voix contre 7 avec 1 abstention, la commission suit pour l'essentiel l'argumentation du Conseil fédéral et choisit d'adapter l'art. 293 CP pour le rendre compatible avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La minorité préfère l'abrogation pure et simple, considérant comme l'auteur de l'initiative que les secrets essentiels continueront à être suffisamment protégés par les dispositions apparentées du droit pénal (cf. ci-dessus sous point 2).

Pour l'essentiel, la modification proposée consiste à « matérialiser » la notion de secret en obligeant le juge à acquitter le prévenu – il ne s'agit plus seulement d'une exemption de peine – « si aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'opposait à la publication » de l'information (al. 3). Les deux modifications apportées à l'al. 1 sont de moindre importance.

4 Commentaire détaillé

Variante A (majorité de la commission)

L'al. 1 mentionne les éléments constitutifs de l'infraction. Ceux-ci sont les suivants :

- La publication doit concerner des actes, une instruction ou des débats.
Il n'y a de ce point de vue pas de changement par rapport au droit en vigueur.
- L'information doit émaner d'une autorité, ce par quoi il faut entendre un organe de l'Etat qui exerce des tâches relevant de la puissance publique. Cette autorité peut être fédérale, cantonale ou communale, judiciaire ou administrative.
Cette condition ne change pas non plus par rapport au droit en vigueur.
- L'information doit avoir été déclarée secrète par la loi ou une décision d'une autorité. Le Tribunal fédéral a déduit de cette formulation que l'art. 293 CP ne protège que les secrets formels. Le fait que l'acte soit désigné comme

¹⁶ Le Conseil fédéral a décidé le 19 septembre 2012 « d'aligner le projet d'harmonisation des peines sur le nouveau régime des sanctions » et donc « de retarder la modification de loi pour pouvoir tenir compte des décisions que prendra le Parlement sur la modification du régime des sanctions [12.046] » (communiqué de presse).

« interne », « secret » ou « confidentiel » n'est pas déterminant, il suffit de constater que toute publicité a été exclue par la loi ou une décision. La notion de « secret formel » se différencie clairement de celle de « secret matériel » ; une information est matériellement secrète lorsqu'elle n'est connue que d'un cercle restreint de personnes, que le détenteur de l'information ne souhaite pas sa divulgation et qu'il y a un intérêt légitime au maintien du secret.

De ce point de vue-là également, le droit en vigueur est maintenu.

- L'information doit avoir été livrée à la publicité, à savoir rendue accessible à un grand nombre de personnes. Une divulgation en privé ne suffit pas. Ici aussi, on maintient le droit en vigueur.
- L'auteur doit avoir la conscience et la volonté de divulguer un secret. C'est également le cas dans le droit en vigueur.

Par rapport au droit en vigueur, la mention « sans en avoir le droit » peut être biffée, car elle est redondante¹⁷. Les art. 14 ss CP sont en effet suffisants pour éviter la condamnation d'une personne ayant commis une infraction, alors qu'elle était autorisée à le faire en vertu de la loi.

Ensuite, l'information doit avoir été déclarée secrète en vertu de la loi ou d'une décision prise par l'autorité « conformément à la loi ». Il est en effet important de préciser que l'autorité doit avoir pris la décision sur la base d'une disposition légale lui donnant ce droit. La loi dont il est question dans l'art. 293 CP est une loi au sens matériel du terme, qui est synonyme de règle de droit, d'acte normatif, de règle générale et abstraite, et ceci quel que soit son auteur et quelle que soit sa place dans la hiérarchie des normes¹⁸. Cette précision n'implique en somme matériellement pas de changement par rapport au droit en vigueur, qui dispose que l'autorité doit avoir pris sa décision « dans les limites de sa compétence ».

Il découle de ce qui précède que l'*al. 1* proposé correspond en substance à celui en vigueur.

L'*al. 3* en vigueur, qui donne la possibilité au juge de renoncer à toute peine, est remplacé par un motif de non-punissabilité, sur le modèle des art. 119, 133, al. 2, 187, al. 2, ou encore 320, al. 2, CP. Ainsi, l'auteur n'est pas punissable si l'intérêt à la publication était plus important que l'intérêt à la préservation du secret. Cette disposition contraint l'autorité de poursuite pénale à procéder à la pesée des intérêts en présence telle qu'exigée par la jurisprudence de la Grande Chambre de la CourEDH. Elle permet donc à l'autorité de jugement de se pencher sur le contenu du document publié pour ce faire.

La modification proposée à l'*al. 3* maintient la protection de l'activité gouvernementale et judiciaire, en préservant le processus de formation de la volonté des autorités et la bonne marche de la justice, et, partant, elle maintient la qualité et la sérénité de cette activité. Elle maintient également la protection des personnes privées (prévenus, victimes, témoins, etc.) participant à une procédure (pénale, civile ou adminis-

¹⁷ G. Fiolka, *op. cit.* (note 6), Art. 293 N. 33.

¹⁸ A. Auer/G. Malinverni/M. Hotteletier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, 3^{ème} éd., Berne 2013, p. 515 s. ; voir aussi l'art. 22, al. 4, de la loi sur le Parlement (RS 171.10).

trative) contre la divulgation d'informations susceptibles de leur porter préjudice (atteinte au droit à un procès équitable, au principe de la présomption d'innocence ou encore à la personnalité des victimes). De plus, elle accroît la responsabilité des journalistes, qui sont confrontés à la question de l'opportunité de publier une information sensible. Elle est enfin conforme aux principes développés par la CourEDH, car elle prévoit expressément l'impossibilité de punir (et non pas l'impossibilité de prononcer une sanction, ce qui serait insuffisant) si l'intérêt à la publication était supérieur à l'intérêt à la préservation du secret.

Variante B (minorité de la commission)

En cas d'abrogation de l'art. 293 CP, la divulgation secondaire – c'est-à-dire celle du colporteur du secret, par opposition à celle du détenteur du secret – d'une information confidentielle ne serait réprimée que par les dispositions suivantes :

- la trahison diplomatique (art. 267 CP) ;
- la violation de secrets militaires (art. 329 CP et art. 106 CPM) ;
- l'espionnage et la trahison par violation de secrets militaires (art. 86 CPM).

Il s'agit là de secrets considérés comme essentiels et dont la violation entraîne la punissabilité tant du détenteur que du colporteur du secret.

Dans tous les autres cas, on se contenterait de poursuivre l'auteur de la fuite (sur la base de l'art. 320 CP en particulier)¹⁹, tout en sachant qu'il demeure dans la plupart des cas introuvable. Le journaliste publiant, par exemple, des procès-verbaux de séances de commissions parlementaires ou d'auditions dans le cadre d'une instruction pénale, des co-rapports, ou encore la façon dont ont voté les membres d'un gouvernement lors d'une séance, échapperait à toute répression pénale, à moins qu'il ait commis une infraction pour obtenir les documents secrets (par exemple, le vol, la contrainte ou l'instigation à la violation du secret de fonction).

L'abrogation de l'art. 293 CP présente la particularité d'être simple et de donner un signal clair en faveur de la liberté de la presse, les journalistes ne devant en principe plus nécessairement se poser la question de l'opportunité de publier une information sensible. Elle accentue de plus la transparence de l'activité des autorités et montre que celles-ci n'ont rien à cacher. En outre, elle supprime l'injustice (pour autant qu'on la considère comme telle) selon laquelle on ne punit que le messenger, et pas le responsable de la fuite initiale. Enfin, elle implique que les autorités de poursuite pénale doivent se concentrer sur la poursuite de la violation des secrets essentiels de la Confédération.

5 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

Tout porte à penser que le présent projet n'aura pas de conséquences financières significatives ni d'effets sur l'état du personnel, tant pour la Confédération que pour les autres collectivités publiques.

¹⁹ D. BARRELET, Les indiscrétions commises par la voie de presse, RSJ 1983 18, p. 20.

6 Relation avec le droit européen

L'objectif de la modification proposée du Code pénal est la mise en conformité de celui-ci avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

7 Constitutionnalité et forme de l'acte

La législation en matière de droit pénal relève de la compétence de la Confédération (art. 123, al. 1, Cst.²⁰). La modification d'une loi fédérale doit revêtir cette même forme. Les lois fédérales sont soumises au référendum facultatif (art. 141, al. 1, let. a, Cst.).

²⁰ Constitution fédérale, du 18 avril 1999 (RS **101**).