

Le président:
Rolf Grädel, procureur général du canton de Berne
rolf.graedel@justice.be.ch

Bundesamt für Justiz
zH Frau Alessandra Ignoto
Bundesrain 20
3003 Bern

Berne, 27 mars 2015

Modification de l'art. 293 CP

Monsieur le Conseiller national,

La Conférence des Procureurs de Suisse (ci-après CPS) vous sait gré d'avoir sollicité sa prise de position au sujet de la modification de l'article 293 CP proposée par la Commission des affaires juridiques du Conseil national.

1. La CPS est d'avis que cette disposition doit être maintenue et se prononce donc clairement en défaveur de son abrogation. Même si l'article 293 CP est très rarement appliqué, il garde tout son sens pour protéger, lorsque c'est nécessaire et dans la mesure utile, la part de l'activité des institutions qui doit rester temporairement ou durablement confidentielle. Il faut par ailleurs souligner que l'article 293 CP ne vise pas que les journalistes et les modes traditionnels de leurs publications. Il convient à cet égard de ne pas perdre de vue que, à l'heure de l'utilisation frénétique d'internet, les blogs, pages de réseaux sociaux ou autres sites et profils prolifèrent. Ainsi certains justiciables publient-ils sur leurs pages internet, ouvertes au public, des extraits de procédures judiciaires en cours. Ces personnes doivent pouvoir être poursuivies.

Comme la Commission l'a relevé dans son rapport, le fait que l'auteur de la divulgation du secret puisse échapper à toute sanction, alors que l'auteur de la publication est aisément identifiable, n'est pas un motif pertinent et suffisant pour vouloir abroger l'article 293 CP. Cela tient avant tout à la protection des sources professionnelles des médias

telle qu'elle résulte de l'article 172 CPP. Toutefois, si l'auteur de la fuite peut être identifié, il peut tomber sous le coup d'une disposition pénale bien plus sévère que l'article 293 CP, par exemple l'article 320.

2. S'agissant de la modification proposée à l'alinéa 1^{er}, soit de biffer le passage « sans en avoir le droit », elle est pertinente. Toutefois, la peine envisagée, soit une simple amende, est peu dissuasive et ne prend pas suffisamment en compte l'importance – certes variable – des actes qui, protégés par le secret, sont susceptibles d'être publiés en violation de celui-ci. Cette remarque vaut au passage également pour l'art. 292 CP, qui ne confère guère de poids aux injonctions des autorités, à coup sûr affaiblies lorsque la sanction de leur non-respect n'est qu'une simple amende. La CPS propose à la Commission d'aligner la sanction de l'art. 293 CP (et de l'art. 292 CP) sur celle de l'art. 286 CP, à savoir d'introduire une peine maximale de 30 jours-amende. Cela présente, outre celui déjà évoqué, les avantages suivants : l'infraction devient un délit, ce qui en allonge le délai de prescription actuellement limité à trois ans, peu compatible avec des investigations qui dans certains cas peuvent s'avérer longues et complexes. De plus, la peine pécuniaire peut être assortie d'un sursis, contrairement à l'amende, le juge gardant toutefois la latitude de prononcer cette dernière à titre de sanction immédiate (art. 42 al. 4 CP). En outre, le montant maximal d'une telle peine (30 jours-amende à CHF 3'000.- l'unité) sera au besoin plus adéquat et dissuasif que le montant maximal de l'amende (CHF 10'000.00, art. 106 CP). Par ailleurs, s'agissant d'un délit, la punissabilité de la complicité résulte de l'article 25 CP, de sorte que l'alinéa 2 de l'article 293 CP devrait être abrogé. Enfin, dans la mesure où des entités privées peuvent être associées à l'activité de l'Etat, il n'est pas inintéressant, du point de vue de l'autorité de poursuite pénale, d'ouvrir la voie à une éventuelle application de l'article 102 CP, qui permet de punir l'entreprise à certaines conditions, mais seulement pour les crimes et les délits, à l'exclusion des contraventions.

3. Quant à l'alinéa 3, trois solutions paraissent pouvoir être envisagées.

La première est son maintien, tel quel. Sans longs développements, cette solution doit être écartée. En effet, le cas de figure d'un secret de peu d'importance livré à la publicité rentre dans les prévisions de l'article 52 CP.

La deuxième possibilité consisterait précisément en une abrogation pure et simple de l'alinéa 3 de l'article 293 CP. L'autorité de poursuite pénale et le cas échéant l'autorité de jugement appliqueraient les articles 52 et 53 CP, à la pratique desquels elles sont

rompues et qui permettent déjà, après une pesée des intérêts, de renoncer à l'ouverture d'une instruction s'il n'existe aucun intérêt public ou privé prépondérant s'opposant à la publication litigieuse. Cette solution aurait l'avantage de ne pas introduire dans une disposition de la partie spéciale du Code une analyse particulière de l'intérêt public, de l'intérêt privé et de la prépondérance de celui-ci sur celui-là, alors qu'une disposition générale du Code permet déjà d'y procéder.

La troisième variante résulte d'abord de l'arrêt de la CourEDH *Stoll c/Suisse* du 10 décembre 2007, qui a eu pour conséquence d'inviter les tribunaux suisses à s'appuyer sur l'alinéa 3 de l'article 293 CP pour procéder d'une part à un contrôle de la justification de la classification d'une information comme secrète et d'autre part, à une mise en balance des intérêts en jeu (secret formel et secret matériel). C'est ce que le Tribunal fédéral a fait dans le cadre de l'arrêt rendu le 29 avril 2008 (TF 6P.153/2006). C'est ainsi que, dans l'affaire dite du « Grand Pont » à Lausanne, la Haute Cour s'est demandé s'il était soutenable de considérer que les documents issus de la procédure pénale en cours que le journaliste avait publié dans le cadre d'un article étaient soumis au secret et si ces documents étaient couverts tant par le secret formel et que matériel. Après avoir répondu par l'affirmative, de sorte que l'application de l'article 293 alinéa 1^{er} CP pouvait entrer en considération, le TF a recherché s'il existait un fait justificatif en ce sens que le journaliste avait, sous l'angle du droit à l'information, un intérêt à la publication supérieur à l'intérêt à la préservation du secret. Il a conclu que le fait justificatif n'était pas réalisé en l'espèce et que la condamnation du journaliste pour avoir enfreint l'article 293 CP ne violait pas le droit fédéral à la lumière des dispositions conventionnelles. Statuant sur cette affaire par arrêt du 1^{er} juillet 2014, la CourEDH a considéré que les motifs de la condamnation étaient « pertinents » mais pas « suffisants » pour justifier une telle ingérence dans le droit à la liberté d'expression du requérant et que l'amende était trop élevée. Cette décision n'invalide toutefois pas en soi le raisonnement précité.

Au regard de cette « marche à suivre » visant à déterminer s'il existe un motif de non-punissabilité, on peut considérer que les articles 52 ss CP ne sont pas pertinents, puisqu'ils supposent la culpabilité de l'auteur et donc un acte punissable, alors que l'alinéa 3 propose, à l'instar d'autres dispositions du Code pénal rappelées dans le rapport (119 al. 2, 133 al. 2, 187 ch. 2, 320 ch..2 CP), qu'à certaines conditions l'acte soit reconnu comme non punissable

La proposition de la Commission serait ainsi une concrétisation des exigences de la CourEDH reprises par le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité et codifierait la marge d'appréciation laissée au juge dans son analyse et remplace la possibilité offerte de renoncer à toute peine par un motif de non-punissabilité.

La CPS considère que cette troisième solution doit être privilégiée : elle met le droit suisse en conformité avec la jurisprudence européenne. L'articulation de la disposition mettra clairement en évidence que la publication est en principe punissable. L'alinéa 3 introduira, à l'endroit pertinent, un motif justificatif spécifique qui rend l'acte non punissable.

La CPS propose en conclusion que le nouvel article 293 CP ait la teneur suivante :

- al. 1 : Celui qui aura livré à la publicité tout ou partie des actes, d'une instruction ou des débats d'une autorité qui sont secret en vertu de la loi ou d'une décision prise par l'autorité conformément à la loi, sera puni d'une peine pécuniaire de 30 jours-amende au plus.**
- al.2 : supprimé**
- al. 3 : L'acte n'est pas punissable si aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'opposait à la publication.**

Nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller national, à notre respectueuse considération.

Pour la Conférence des procureurs de Suisse (SSK | CPS)



Rolf Grädel, Procureur général du canton de Berne, Président