

forum poenale

Herausgeber ·

Editeurs · Editori

Jürg-Beat Ackermann

Roy Garré

Gunhild Godenzi

Yvan Jeanneret

Konrad Jeker

Bernhard Sträuli

Wolfgang Wohlers

Schriftleitung ·

Direction de revue ·

Direzione della rivista

Sandra Hadorn

RECHTSPRECHUNG | JURISPRUDENCE | GIURISPRUDENZA 470

AUFSÄTZE | ARTICLES | ARTICOLI 510

Nadine Zurkinden/Silvain Vernaz: Les robots chirurgicaux et le droit pénal – Une réflexion franco-suisse 510

Andreas J. Keller: Vietnam auf dem Weg zu mehr strafprozessualer Rechtstaatlichkeit 516

Stéphane Grodecki/Charles Poncet: Débats officiels secrets et liberté de l'information: le nouvel article 293 du Code pénal serait-il l'œuf de Colomb? 523

Pascal Ronc/Benedikt Schuppli: Kryptowährungen im Lichte der schweizerischen Geldwäschereigesetzgebung 529

Simon Epprecht/Diego R. Gfeller: Belehrungspflicht über den Grund des Aussageverweigerungsrechts – eine Besprechung von BGE 144 IV 28 536

Nora Markwalder/Friedrich Frank: Verwaltungsstrafrecht: Besprechung des Entscheids des Bundesstrafgerichts BV. 2018. 6 541

Thomas Fingerhuth: BGE-Praxis II/2018 545

DOKUMENTATION | DOCUMENTATION | DOCUMENTAZIONE 552





Stéphane Grodecki, Docteur en droit, chargé de cours à l'Université de Genève, premier procureur à Genève¹

Charles Poncet, Docteur en droit, avocat à Genève

Débats officiels secrets et liberté de l'information: le nouvel article 293 du Code pénal serait-il l'œuf de Colomb?

«The press was to serve the governed, not the governors. The Government's power to censor the press was abolished so that the press would remain forever free to censure the Government. The press was protected so that it could bare the secrets of government and inform the people. Only a free and unrestrained press can effectively expose deception in government.»

New York Times Co. v. United States,
403 U.S. 713, 717 (1971)

Table des matières:

- I. Introduction
- II. Les débats officiels secrets
 - 1. Le secret des délibérations
 - 2. Le secret diplomatique
 - 3. Le secret de l'administration
 - 4. Le secret de l'instruction
- III. La liberté d'expression
- IV. L'histoire législative récente de l'article 293 CP
 - 1. Du projet d'abrogation à la simple modification
 - 2. La nouvelle du 1^{er} mars 2018
- V. L'effet réel de la nouvelle: intention du législateur ou surprise?

I. Introduction

Le 1^{er} mars 2018², après des années de débats dans la doctrine³ et devant le Parlement⁴, la nouvelle teneur de l'art. 293

CP⁵ est entrée en vigueur. La nouvelle s'efforce de prendre en compte l'importance cardinale de la liberté d'expression pour limiter l'interdiction de publier des débats officiels secrets et est aujourd'hui libellée en ces termes:

Celui qui aura livré à la publicité tout ou partie des actes, d'une instruction ou des débats d'une autorité qui sont secrets en vertu de la loi ou d'une décision prise par l'autorité conformément à la loi, sera puni de l'amende (al. 1).

La complicité est punissable (al. 2).

L'acte n'est pas punissable si aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'opposait à la publication (al. 3).

Il conviendra dorénavant, pour chaque application de cette disposition, de peser l'intérêt au secret et celui à la publication, conformément au nouvel al. 3 de l'art. 293 CP. Il nous a paru nécessaire de faire le point sur cette approche, pour déterminer si une abrogation pure et simple de l'art. 293 CP n'aurait pas été préférable, la liberté d'expression s'étant fort mal accommodée de cette disposition⁶, qui a la fâcheuse particularité de punir – à défaut d'identifier la source de la «fuite»⁷ – celui qui se limite à publier une «indiscrétion» de l'administration, voire simplement des parties à une procédure judiciaire. Comment concilier à cet égard journalisme d'investigation et interdiction de publier des débats officiels secrets?

II. Les débats officiels secrets

L'art. 293 al. 1 CP dispose qu'il s'agit «des actes, d'une instruction ou des débats d'une autorité qui sont secrets». Il s'agit d'une notion formelle du secret: il suffit que la loi (au

1 L'un des auteurs de la présente contribution étant magistrat, il est précisé que celle-ci n'engage pas le Ministère public du canton de Genève. Me Naïma Bouaziz, avocate-stagiaire, a collaboré à la préparation d'une partie de l'appareil critique.

2 RO 2018 567.

3 Cf. à cet égard le résumé de FIOŁKA, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (édit.), BSK Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 3^e éd., Bâle 2013, art. 293 n° 7.

4 Cf. *infra* IV.

5 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0; CP).

6 Cf. *infra* III.

7 TRECHSEL/VEST, in: TRECHSEL ET AL. (édit.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3^e éd., Zurich/St. Gall 2018, art. 293 n° 1; BARRLET/WERLY, Droit de la communication, 2^e éd., Berne 2011, 383.



sens matériel), voire la coutume, ou une décision, imposent un secret⁸.

Si la teneur de cet alinéa n'a pas été modifiée par la nouvelle entrée en vigueur le 1^{er} mars 2018, le champ d'application des actes, débats ou instructions qui y sont visés demeure central. Ces notions sont d'autant plus primordiales que le principe de la transparence se développe en Suisse, tant sur le plan fédéral⁹ que cantonal, par exemple dans les cantons de Berne¹⁰, Genève¹¹, Vaud¹², ou encore Zurich¹³, voire depuis 2016 directement sur la base de l'art. 10 CEDH¹⁴.

A notre sens, en pratique, quatre secrets principaux sont pertinents dans l'examen de l'application de l'art. 293 CP sous l'angle du risque pour le journaliste de se voir condamner: le secret des délibérations, le secret diplomatique, le secret de fonction et le secret de l'instruction.

1. Le secret des délibérations

Le droit suisse garantit le secret des délibérations des autorités collégiales (cf. par exemple art. 21 LOGA¹⁵ et art. 8 LTrans pour le Conseil fédéral; art. 5 LECO/GE¹⁶ et art. 10

et 26 al. 2 let. I LIPAD/GE pour le Conseil d'Etat genevois). Cela signifie que les discussions – et le vote – de l'autorité collégiale, mais non pas nécessairement les pièces à sa disposition¹⁷, sont couvertes par le secret. Il s'applique à tout ce que les membres de l'autorité eux-mêmes disent ou expriment pendant leurs discussions¹⁸. Bien ancré dans la tradition suisse, le secret des délibérations a pour conséquence qu'à l'exception de son résultat, la délibération, surtout si elle est collégiale, et le vote sont couverts par le secret.

2. Le secret diplomatique

Il est acquis, en particulier pour la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹, que les informations susceptibles de compromettre gravement les intérêts en matière de politique extérieure ou les relations internationales de la Suisse, sont soumises au secret (art. 5 al. 1 let. e OPrI²⁰). Dans son arrêt *Stoll*²¹, la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi confirmé que la sauvegarde du secret diplomatique est suffisante sous l'angle de la nécessité notamment pour justifier la condamnation d'un journaliste pour violation de l'art. 293 CP²².

3. Le secret de l'administration

L'art. 320 CP consacre le secret de fonction, valable pour l'ensemble de l'ordre juridique suisse. Si cette disposition contient elle-même l'obligation de garder le secret, la notion factuelle du secret dépend, elle, du droit fédéral, cantonal, voire communal, notamment au regard du principe de la transparence²³.

Selon le Tribunal fédéral, l'art. 320 CP protège principalement l'intérêt de la collectivité à la discrétion des fonctionnaires et des membres des autorités, nécessaire à l'accomplissement sans entrave des tâches de l'Etat²⁴.

Est secret aux termes de l'art. 320 CP un fait connu d'un nombre restreint de personnes, que son détenteur entend maintenir tel et pour lequel il existe un intérêt au maintien du secret. L'infraction relève d'une notion matérielle du secret. Il n'est dès lors pas nécessaire que l'autorité concernée

8 TF Medialex 2016 131; ATF 126 IV 236, 242; ATF 107 IV 185, 188; BICHOVSKY, in: MACALUSO/MOREILLON/QUELOZ (édit.), CR CP II, Art. 111–392 CP, Bâle 2017, art. 293 n° 9. Cf. toutefois STADLER, Indiskretionen im Bund, RSJB 2000 116 qui parle d'une «Relativierung» de la notion formelle. Cf. également AUER, Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlung (Art. 293 StGB) versus Pressefreiheit (Art. 10 EMRK), ZBJV 2009 65 qui présente – et critique – l'approche du Tribunal cantonal bernois qui a nuancé l'aspect formel du secret de l'art. 293 CP.

9 Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration du 17 décembre 2004 (RS 152.3; LTrans).

10 Art. 17 al. 3 de la Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993 (RS/BE 101.1; Cst/BE) et loi (bernoise) sur l'information du public du 2 novembre 1993 (RS/BE 107.1; LIn/BE).

11 Art. 9 al. 3 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (RS/GE A 2 00; Cst/GE) et loi (genevoise) sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 (RS/GE A 2 08; LIPAD/GE).

12 Art. 41 de la Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003 (RS/VD 101.01; Cst/VD) et loi (vaudoise) sur l'information du 24 septembre 2002 (RS/VD 170.21; LInfo/VD).

13 Art. 17 *Verfassung des Kantons Zürich* du 27 février 2005 (RS/ZH 101) et (*Zürcher*) Gesetz über die Information und den Datenschutz du 12 février 2007 (RS/ZH 170.4; IDG/ZH).

14 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950; RS 0.101; cf. CourEDH (GC), 8.11.2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, requête 18030/11. Sur la portée pour le droit suisse, cf. FLÜCKIGER/JUNOD, La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par l'Etat fondée sur l'article 10 CEDH, Portée de l'arrêt Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie en droit suisse, Jusletter, 27 février 2017. Voir également, de manière plus générale, HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9^e éd., Zurich 2016, 141.

15 Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 (RS 172.010; LOGA).

16 Loi (genevoise) sur l'exercice des compétences du Conseil d'Etat et l'organisation de l'administration du 16 septembre 1993 (RS/GE B 1 15; LECO/GE).

17 Cf. TF, 12.7.2011, 8C_706/2010, consid. 3 (droit d'accès à une partie aux documents utilisés par le Conseil d'Etat genevois pour rendre une décision administrative); mais aussi ATF 136 II 399, 403 (pas de droit d'accès sur la LTrans à la procédure de co-rapport du Conseil fédéral).

18 Cf. *mutatis mutandis* TF, 29.9.2000, 1P.148/2000, consid. 3.b.

19 Cf. CourEDH (GC), 10.12.2007, *Stoll c. Suisse*, requête 69698/01, § 136.

20 Ordonnance concernant la protection des informations de la Confédération du 4 juillet 2007 (RS 510.411; OPrI).

21 CourEDH (GC), *Stoll c. Suisse*.

22 Cf. toutefois MOCK, Indiscrétion par voie de presse: Pas de protection particulière des documents diplomatiques, mais tout n'est pas pour autant permis [...] Epilogue à Strasbourg de l'affaire *Stoll* contre la Suisse, PJA 2008, 301.

23 VERNIORY, CR CP II, art. 320 n° 4; CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Volume II, 3^e éd., Berne 2010, 742.

24 TF SJ 2018 I 261; ATF 142 IV 65, 67.

ait déclaré secret le fait en question. Est en revanche déterminant qu'il n'ait pas été rendu public ou accessible sans difficulté et que le maître du secret conserve tant un intérêt légitime que la volonté manifestée expressément ou par actes concluants, que ce secret soit maintenu²⁵.

La violation du secret de fonction est un délit propre pur. Elle ne peut être commise que par un fonctionnaire ou par un membre d'une autorité au sens de l'art. 110 al 3 CP²⁶. Pour que l'art. 320 CP s'applique, il faut en outre que le secret ait été confié à l'auteur en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou qu'il en ait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi²⁷.

Des informations soumises au principe de la transparence ne sauraient être secrètes aux termes de l'art. 320 CP²⁸. Seules celles qui échappent aux normes fédérales ou cantonales sur la transparence, qui sont déclarées secrètes par la législation spéciale ou qui relèvent d'une des exceptions qui y sont prévues, restent soumises au secret de fonction, et dès lors à l'art. 293 CP²⁹. Il faut ainsi faire une première pesée des intérêts entre l'intérêt au secret et celui à la transparence (art. 6 et 7 LTrans; art. 24 et 26 LIPAD/GE; art. 20 et 23 IDG/ZH). Mais comment comprendre alors cette seconde pesée des intérêts, imposée par le nouvel al. 3 de l'art. 293 lorsque des faits secrets auront été publiés³⁰?

4. Le secret de l'instruction

Etant rappelé qu'avant le 1^{er} janvier 2011, le secret de l'instruction a convaincu la Cour européenne des droits de l'homme de la conformité à l'art. 10 CEDH d'une condamnation pour violation du secret des débats officiels³¹, l'entrée en vigueur du CPP³² a, à notre sens, sérieusement réduit sa portée: l'art. 73 al. 1 CPP le limite en effet aux membres des autorités pénales et à leurs collaborateurs. En revanche, les parties n'y sont pas soumises, sauf exception limitée dans le temps (art. 73 al. 2 et 165 CPP)³³, notion strictement réservée à la procédure pénale et qui ne saurait trouver application par analogie à une autorité administrative³⁴. Il ne peut ainsi exister de «secret de l'instruction» dans une procédure administrative qu'à condition qu'une loi le prévoie. Quant à la procédure pénale, malgré l'absence d'un secret de l'instruction tout général, le Tribunal fédéral laisse entendre qu'il pourrait néanmoins subsister par interprétation de l'art. 69 al. 3 CPP, la procédure préliminaire demeurant

secrète³⁵. Cela aurait pour conséquence que les parties ne seraient pas soumises au secret (art. 73 al. 2 CPP), mais bien le journaliste, si l'information provient d'une source officielle hors une communication fondée sur l'art. 74 CPP (art. 69 al. 3 CPP et 293 al. 1 CP)³⁶, mais non point si elle est communiquée par une partie³⁷. Avec la protection des sources (art. 172 CPP et art. 10 CEDH³⁸) et l'impossibilité, en principe, de déterminer ainsi la source de l'indiscrétion, le secret de l'instruction devient en réalité un simple «tigre de papier»³⁹.

III. La liberté d'expression

Les différents secrets que nous venons d'aborder entrent nécessairement en conflit avec la liberté de la presse, qui a notamment vocation à publier des informations, si possibles originales, et donc souvent «secrètes».

La liberté d'opinion et la liberté d'information sont garanties par la Constitution (art. 16 al. 1 Cst.⁴⁰). Toute personne a le droit de former, d'exprimer et de répandre librement son opinion (art. 16 al. 2 Cst.). Selon l'art. 10 CEDH, la liberté d'expression comprend la liberté d'opinion et la celle de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans ingérences d'autorités publiques ni considérations de frontières (par. 1). La liberté d'expression est un des fondements essentiels d'une société démocratique, la condition primordiale de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Hors les restrictions mentionnées notamment à l'art. 10 ch. 2 CEDH, elle vaut non seulement pour les informations ou les idées accueillies avec faveur, ou inoffensives ou qui laissent indifférent, mais aussi – et surtout – pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction de la population⁴¹. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture, sans lesquels il n'y a pas de «société démocratique»⁴². La presse est tout particulièrement protégée, en Suisse par l'art. 17 Cst., et devant

25 *Ibid.*

26 *Ibid.*

27 TF SJ 2018 I 261, 262; ATF 115 IV 233, 236.

28 TANQUEREL, in: TANQUEREL/BELLANGER (édit.), *L'administration transparente*, Genève 2002, 43, 48.

29 Cf. FIOLKA, BSK StGB, art. 293 n° 7.

30 Cf. *infra* V.

31 Cf. CourEDH (GC), 29.3.2016, *Bédat c. Suisse*, requête 56925/08.

32 Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (RS 312.0; CPP).

33 TF, 6.3.2013, 1B_480/2012, consid. 2.2.3.

34 ATF 141 I 201, 206.

35 TF, 6.3.2013, 1B_480/2012, consid. 2.2.3. Cf. aussi SMITH, L'article 293 CP à la lumière du code de procédure pénale in: Jusletter du 5 mai 2014.

36 Cf. en ce sens MOREILLON/PAREIN-REYMOND, PC CPP, 2^e éd., Bâle 2016, art. 73 n° 15.

37 TF, 6.3.2013, 1B_480/2012, consid. 2.2.3.

38 Cf. l'arrêt fondamental CourEDH (GC), 27.3.1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, requête 17488/90, § 39.

39 Cf. toutefois CourEDH, 1.6.2017, *Giesbert et autres c. France*, requête 68974/11, 2395/12 et 76324/13, § 86.

40 Constitution fédérale; RS 101.

41 ATF 138 I 274, 281; DUBÉY, *Droits fondamentaux*, vol. II: Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Bâle 2018, p. 272 ss.; KLEY/TOPHINKE, in: EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER (édit.), *St. Galler Kommentar BV*, 3^e éd., Zurich 2014, art. 16 n° 4.

42 ATF 131 IV 23, 27; HERTIG, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY (édit.), *BSK BV*, Bâle 2015, art. 16 n° 4.



la Cour européenne des droits de l'homme, par une jurisprudence protectrice, retenant que «*La presse joue un rôle éminent dans une société démocratique: si elle ne doit pas franchir certaines limites, tenant notamment à la protection de la réputation et aux droits d'autrui ainsi qu'à la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général*»⁴³.

S'agissant de la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, l'art. 293 CP a joué, de longue date, un rôle particulier en Suisse.

IV. L'histoire législative récente de l'article 293 CP

L'art. 293 CP n'est pas la seule disposition du Code pénal qui protège la confidentialité des «débats officiels». Inséré dans le titre XV de la partie spéciale, soit les infractions contre l'autorité publique, il est complété en particulier par le titre XIII (Crimes et délits contre l'Etat et la défense nationale), soit l'art. 267 CP, qui réprime la «trahison diplomatique», ou le titre XX, dont l'art. 329 punit d'une amende la violation de secrets militaires, sans préjudice de l'art. 106 du CPM⁴⁴, qui a le même objet, mais s'applique uniquement aux personnes soumises au droit pénal militaire. Il s'y ajoute l'art. 86 CPM, qui réprime l'espionnage et la trahison par violation de secrets militaires.

1. Du projet d'abrogation à la simple modification

Se fondant sur le rapport d'une commission d'experts, le Conseil fédéral proposait le 17 juin 1996 l'abrogation pure et simple de l'art. 293 CP⁴⁵, ce que réclamait la doctrine de longue date⁴⁶. Dans une formule résumant bien les contradictions auxquelles l'art. 293 CP pouvait amener, le Conseiller fédéral Arnold Koller qualifiait la disposition pénale de «vieux machin»⁴⁷. Le Conseil fédéral estimait à l'époque que l'art. 293 CP n'était pas compatible avec l'article 10 CEDH en tant qu'il consacrait une conception formelle du secret, qu'il permettait la condamnation d'un tiers pour avoir répandu une information secrète alors que l'auteur

principal échapperait à toute poursuite ou bénéficierait de l'immunité et, enfin, parce que les autres dispositions du Code pénal s'avéraient largement suffisantes à cet égard⁴⁸. La proposition du Conseil fédéral fut toutefois rejetée à une très courte majorité⁴⁹.

La vision libérale du Conseil fédéral n'avait ainsi pas résisté au fracas causé par ce qu'il est convenu d'appeler «l'affaire Jagmetti»⁵⁰, étant précisé que sans cette affaire une abrogation pure et simple de la disposition aurait été très vraisemblable⁵¹.

En 1997 en effet, Martin Stoll publiait dans la *Sonntags-Zeitung* deux articles aux titres accrocheurs («L'Ambassadeur Jagmetti offense les juifs»⁵² et «En peignoir et souliers de montagne dans l'assiette au beurre»⁵³). Il y reproduisait plusieurs passages d'un rapport confidentiel de l'Ambassadeur Jagmetti concernant la stratégie à adopter dans l'affaire dite des fonds en déshérence, qui défrayait à l'époque l'actualité politique suisse et internationale.

La condamnation de Martin Stoll à une amende pour violation de l'art. 293 CP amena à un arrêt du Tribunal fédéral⁵⁴, puis deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Le 25 avril 2006, la Suisse était condamnée pour violation de l'article 10 CEDH⁵⁵, mais la Grande Chambre, saisie par la Suisse, annula cette décision le 10 décembre 2007, avec une motivation suggérant que des mesures judiciaires pour éviter la divulgation d'informations confidentielles de nature à perturber les relations diplomatiques et à compromettre les négociations en cours, sont compatibles avec l'art. 10 CEDH⁵⁶.

Le 9 mars 2006, le Conseiller national Josef Lang avait déposé une motion tendant derechef à l'abolition de l'art. 293 CP⁵⁷ et le 7 mai 2008, en raison de l'arrêt *Stoll* précité, le Conseil fédéral changeait son fusil d'épaule, retenant qu'en raison de «l'évolution des dix dernières années, notre gouvernement était aujourd'hui de l'avis que l'abrogation de l'art. 293 CP ne serait pas une solution appropriée»⁵⁸. La motion Lang du 9 mars 2006 expira ainsi de sa belle mort et fut classée pour n'avoir pas été traitée dans le délai légal⁵⁹.

43 CourEDH (GC), *Bédat c. Suisse*, § 50. Cf. aussi AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II: Les droits fondamentaux, 3^e éd., Berne 2013, 276 ss.

44 Code pénal militaire; RS 321.0.

45 Message concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire du 17 juin 1996, FF 1996 IV 533, 573.

46 BARRELET, Les indiscrétions commises par la voie de la presse, RSJ 1983 18. Cf. aussi MASMEJAN, Des secrets trop protégés, *Medialex* 1996 1; MEILI, Der Geheimnisschutzartikel Art. 293 StGB im Lichte der neueren Gerichtspraxis, *Medialex* 2000, 125.

47 «Alten Zopf»; BOCN 1997 409.

48 Message du 17 juin 1996 (n. 45), 573.

49 BOCN 1997 1024; BOCE 1997 2327.

50 Cf. CourEDH (GC), 10.12.2007, *Stoll c. Suisse*, requête 69698/01.

51 MEILI (n. 46), 136.

52 CourEDH, *Stoll c. Suisse*, § 9.

53 CourEDH, *Stoll c. Suisse*, § 10.

54 ATF 126 IV 236.

55 CourEDH, *Stoll c. Suisse*.

56 CourEDH (GC), *Stoll c. Suisse*, § 136.

57 Motion parlementaire 06.3038 du 9 mars 2006, déposée par Josef LANG.

58 Ad 06.3038, Avis du Conseil fédéral du 7 mai 2008.

59 Ad 11.489, Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil national du 23 juin 2016, FF 2016 7105, 7110.

2. La nouvelle du 1^{er} mars 2018

Le 30 septembre 2011, Josef Lang déposait derechef une initiative parlementaire 11.489, visant à l'abrogation de l'art. 293 CP⁶⁰. Le 14 décembre 2011, cette motion fut reprise par le Conseiller national Geri Müller. La motivation de la seconde motion Lang reprenait en substance la position du Conseil fédéral de 1996: la norme entraînait des contradictions, aboutissait à la condamnation de journalistes alors que les auteurs principaux ne seraient même pas poursuivis et les dispositions existant par ailleurs étaient suffisantes⁶¹.

Le 31 août 2012, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) donnait suite à l'initiative⁶² et le 22 octobre 2012, la commission équivalente du Conseil des Etats (CAJ-E) faisait de même⁶³. Le rapport de la CAJ-N du 13 novembre 2014 soulignait que la disposition pénale ne pouvait être maintenue dans sa forme actuelle et proposait deux options: l'abrogation pure et simple ou l'adaptation du texte à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les autorités judiciaires pouvant à l'avenir procéder à la pesée des intérêts en présence: celui au maintien du secret et la nécessaire information du public⁶⁴.

L'avant-projet d'un texte fut soumis à consultation en décembre 2014 et vingt-cinq cantons, ainsi que les autorités de poursuite pénales unanimes, se prononcèrent pour l'adaptation. Seul le parti socialiste soutenait l'abrogation, alors que le centre droit (PLR, UDC) proposait le maintien du texte actuel et le PDC l'adaptation⁶⁵.

Prenant en compte le résultat de la consultation, la CAJ-CN décidait le 23 juin 2016 d'adapter le texte⁶⁶. Le Conseil fédéral se ralliait à cet avis le 23 septembre 2016⁶⁷ et l'objet fut débattu aux Chambres les 15 mars⁶⁸, 29 mai⁶⁹ et 16 juin 2017⁷⁰. Le délai référendaire ayant expiré le 5 octobre 2017, le texte est entré en vigueur le 1^{er} mars 2018⁷¹.

V. L'effet réel de la nouvelle: intention du législateur ou surprise?

La première caractéristique du nouveau texte est d'introduire une double pesée des intérêts en présence. L'al. 1 main-

tient la notion de secret formel⁷² et il faut donc, comme par le passé, commencer par examiner si le fait révélé procède d'une information accessible au public à teneur des dispositions fédérales et cantonales sur la transparence. Dans l'affirmative, une poursuite pénale est exclue, faute d'éléments constitutifs objectifs d'une infraction.

Dans la négative, l'al. 3 doit être appliqué. On a vu qu'il implique une pesée des intérêts en présence, soit celui du public à l'information et celui de l'autorité à maintenir tel ou tel fait secret. Une telle pesée des intérêts ne peut évidemment pas être la même que celle de l'al. 1, faute de quoi la nouvelle n'aurait aucun sens. En d'autres termes, l'al. 3 s'applique nécessairement à des faits relevant d'un domaine couvert par un secret formel, dont il appartient au juge de déterminer s'il présente un intérêt public suffisant pour que la publication en devienne non punissable.

C'est à l'aune de l'art. 10 CEDH et en particulier à celle d'un certain droit à la transparence garanti par la Cour européenne des droits de l'homme en application directe de la Convention⁷³, que doit par conséquent s'interpréter l'al. 3 de l'art. 293 CP.

Point de trace en revanche dans l'art. 293 al. 3 CP du principe de la proportionnalité, contrairement à tout raisonnement fondé exclusivement sur la liberté d'expression. Il s'agit dès lors, dans l'application de l'art. 293 al. 3 CP, de faire exclusivement une pesée des intérêts entre celui du public à l'information et celui de l'autorité au secret.

Il est intéressant d'appliquer ainsi le nouveau texte à «l'affaire Jagmetti» et de voir quelle aurait été la solution juridiquement conforme à la nouvelle. On soulignera à cet égard que la Cour européenne des droits de l'homme est fâcheusement tombée dans le travers qui consiste à s'immiscer dans le contenu rédactionnel et à faire la différence entre le journalisme «sérieux» et celui que ne le serait pas. Elle mentionne ainsi que «la forme tronquée et réductrice des articles en question, laquelle était de nature à induire en erreur les lecteurs au sujet de la personnalité et des aptitudes de l'ambassadeur, a considérablement limité l'importance de leur contribution au débat public»⁷⁴. Une telle approche n'est guère soutenable car, par définition, la protection de l'art. 10 CEDH ne saurait dépendre de la forme, la liberté d'expression devant également protéger l'exagération, la provocation et la polémique⁷⁵, étant rappelé, pour reprendre l'expression de PEYROU-PISTOULEY, que même la

60 Initiative parlementaire 11.489 du 30 septembre 2011, déposée par Josef LANG.

61 *Ibid.*

62 Ad 11.489, Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil national du 13 novembre 2014, FF 2016 7105, 7107.

63 *Ibid.*

64 *Ibid.*, 7114.

65 *Ibid.*, 7111–7112.

66 *Ibid.*, 7112.

67 Rapport de du 23 juin 2016 (n. 56), 7364.

68 BOCN 2017 434.

69 BOCE 2017 313.

70 BOCN 2017 1222 et BOCE 2017 540.

71 RO 2018 567.

72 SAXER, Zum Spannungsfeld von Art. 293 StGB zur Meinungsfreiheit – Besprechung des Urteils des EGMR vom 6. Juni 2017, *Y v. Switzerland*, FP 2018, 307, 312.

73 CourEDH (GC), 8.11.2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, requête 18030/11, § 161.

74 CourEDH (GC), *Stoll c. Suisse*, § 152.

75 Cf. GONIN/BIGLER, Convention européenne des droits de l'homme, Berne 2018, art. 10 n° 39; FROWEIN/PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, 3^e éd., Kehl 2009, art. 10 n° 24.



«*presse de caniveau*» bénéficie de cette protection⁷⁶. La qualité de la publication ne doit dès lors pas être prise en compte dans la pesée des intérêts de l'art. 293 al. 3 CP. Il ne s'agit au demeurant pas d'un intérêt public ou privé prépondérant susceptible de s'opposer à la publication, seul élément qui doit être examiné selon le texte de la nouvelle.

Ainsi, la publication de «l'affaire Jagmetti» ne pouvait-elle être justifiée par les dispositions sur la transparence (art. 7 al. 1 let. c LTrans). Or, la pesée des intérêts en présence se faisant nécessairement à l'aune de l'art. 10 CEDH, on ne saurait contester qu'il existât un intérêt public des citoyens suisses à la publication d'un rapport critique sur l'affaire dite des fonds en déshérence. L'art. 293 al. 3 CP ne contenant pas de renvoi au principe de proportionnalité – qui est cantonné à un raisonnement exclusivement fondé sur l'art. 10 CEDH – l'analyse s'arrête là et amènerait à notre sens à coup sûr l'acquittement du journaliste Stoll aujourd'hui.

L'analyse des travaux législatifs ne permet pas d'exclure que la portée réelle de la nouvelle du 1^{er} mars 2018 ait en partie échappée au législateur. Il n'en demeure pas moins que le Parlement suisse, faisant preuve d'un libéralisme digne d'éloges, a choisi la solution la plus protectrice pour la liberté de la presse hors l'abrogation pure et simple de la norme pénale, bien que celle-ci eût été sans aucun doute préférable car le principe de la transparence prend une im-

portance dans l'ordre juridique suisse⁷⁷. Une telle conséquence et sa logique sans appel réjouiront les partisans de l'abrogation de l'art. 293 CP, mais on peut se demander si le Parlement a bel et bien appréhendé la portée de la norme qu'il adoptait ainsi... Force est en effet de constater qu'à la lumière du texte tel qu'il est aujourd'hui, on chercherait en vain dans quelle hypothèse l'art. 293 CP pourrait encore être appliqué.

Mots-clés: liberté d'expression, liberté de la presse, publication de débats officiels secrets

Stichwörter: Meinungsfreiheit, Medienfreiheit, Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen

■ **Résumé:** Après de longs débats, le législateur a modifié l'art. 293 CP pour mieux respecter l'art. 10 CEDH. Un examen attentif de la nouvelle démontre toutefois qu'il a été beaucoup plus loin dans le libéralisme qu'on pourrait le penser à première lecture.

Zusammenfassung: Nach langen Beratungen hat der Gesetzgeber Art. 293 StGB geändert, um Art. 10 EMRK bessere Achtung zu verschaffen. Eine sorgfältige Prüfung der Novelle zeigt allerdings auf, dass der Gesetzgeber viel weiter in Richtung Liberalismus gegangen ist, als ein erstes Durchlesen zu denken gibt.

⁷⁶ PYROU-PISTOULEY, L'extension regrettable de la liberté d'expression à l'insulte, RTDH 1998 n° 35, 593.

⁷⁷ Ce que nous préconisons de longue date: CHATTON/GRODECKI, Art. 293 CP: condamnation d'un journaliste pour publication de débats officiels secrets – violation de la liberté d'expression – commentaire, PJA 2006 1294.