



ad 11.489

Initiative parlementaire Abrogation de l'art. 293 CP

**Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national
du 23 juin 2016**

Avis du Conseil fédéral

du 23 septembre 2016

Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Conformément à l'art. 112, al. 3, de la loi sur le Parlement, nous nous prononçons comme suit sur le rapport du 23 juin 2016 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national relatif à l'initiative parlementaire 11.489 «Abrogation de l'art. 293 CP»¹.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

23 septembre 2016

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération,
Johann N. Schneider-Ammann
Le chancelier de la Confédération,
Walter Thurnherr

¹ FF 2016 7105

Avis

1 Contexte

1.1 Genèse

L'initiative parlementaire 11.489 «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 le 14 décembre 2011. Sa teneur est la suivante: «L'art. 293 CP (Publication de débats officiels secrets) sera abrogé.»

L'al. 1 de l'art. 293 du code pénal (CP)² punit d'une amende celui «qui, sans en avoir le droit, 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 dans les limites de sa compétence». La punissabilité suppose la conscience et la volonté. Quant à l'al. 3 de ce même article, il dispose que le «juge pourra renoncer à toute peine si le secret livré à la publicité est de peu d'importance».

L'auteur de l'initiative considère que l'art. 293 CP est contraire à l'art. 10 de la convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)³ relatif à la liberté d'expression.

Le 13 novembre 2014, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) a approuvé, par 18 voix contre 6, un avant-projet qui comportait deux options:

- Option A (présentée par la majorité de la CAJ-N): le texte de l'art. 293 CP permet aux autorités judiciaires de mettre en balance l'intérêt au maintien du secret et les intérêts opposés commandant une information du public. Il prévoit la non-punissabilité (et non pas seulement la possibilité de renoncer à une sanction) si l'intérêt à la publication était supérieur à l'intérêt au maintien du secret.
- Option B (présentée par la minorité de la CAJ-N): l'art. 293 CP est purement et simplement abrogé.

L'avant-projet a fait l'objet d'une procédure de consultation, qui a duré du 8 décembre 2014 au 31 mars 2015.

Le 23 juin 2016, la CAJ-N a pris acte des résultats de la consultation et décidé d'adopter la version définitive du projet et du rapport sur l'initiative parlementaire considérée à l'attention du Conseil national. Par 16 voix contre 5, la CAJ-N a choisi l'adaptation de l'art. 293 CP (option A) plutôt que son abrogation (option B). Lors du vote sur l'ensemble, la CAJ-N a décidé à l'unanimité de proposer à son conseil d'adopter le projet correspondant à l'option A.

² RS 311.0

³ RS 0.101

La CAJ-N a été secondée dans ses travaux par le Département fédéral de justice et police, conformément à l'art. 112, al. 1, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl)⁴.

Dans sa lettre du 19 août 2016, la CAJ-N a invité le Conseil fédéral, en vertu de l'art. 112, al. 3, LParl, à prendre position jusqu'au 7 octobre 2016 sur le rapport susmentionné.

1.2 Proposition de la commission

La CAJ-N estime important de maintenir l'art. 293 CP, qui protège la formation de la volonté des autorités. Elle est cependant de l'avis que le texte de cette disposition doit être mis en conformité avec 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 et en prévoyant la non-punissabilité (et non pas seulement la possibilité de renoncer à une sanction), si l'intérêt à la publication était supérieur à l'intérêt à la préservation du secret.

La CAJ-N attache une grande importance à garantir aux autorités la libre formation de leur opinion. Elle est d'avis que la protection pénale des secrets, la protection de la personnalité (art. 8 CEDH) et le droit à un procès équitable (art. 6 CEDH) resteraient garantis, au sens de l'art. 293 CP, en cas d'adoption de sa proposition.

1.3 Résultats de la consultation

Une nette majorité des participants à la consultation s'est prononcée en faveur de l'option A. En effet, celle-ci a été approuvée par 25 cantons, 1 parti politique (PDC) et 8 représentants des milieux intéressés, notamment des autorités de poursuite pénale. Un parti politique (PS) et 12 représentants des milieux intéressés – notamment des médias – se sont prononcés en faveur de l'option B. Deux partis politiques (PLR, UDC) et 3 représentants des milieux intéressés ont rejeté les options A et B, mais ont soutenu le maintien de l'art. 293 CP sans changement. Les partisans des options A et B ont principalement repris les arguments contenus dans le rapport de la CAJ-N du 13 novembre 2014⁵ relatif à l'avant-projet de celle-ci envoyé en consultation. Les résultats de la consultation sont présentés dans un rapport⁶.

⁴ RS 171.10

⁵ www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2014 > CP

⁶ www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2014 > CP

2 Avis du Conseil fédéral

L'art. 293 CP proposé par la CAJ-N à son conseil présente en particulier les caractéristiques suivantes:

- Pour que l'acte ne soit pas punissable, il faut que l'intérêt à la publication ait été supérieur à l'intérêt au maintien du secret, ce qui est justifié sur le plan matériel. Ceci implique que l'autorité de poursuite pénale doit procéder à une véritable pesée des intérêts en présence pour déterminer si une condamnation est justifiée. Cette solution permet aussi de faire en sorte que celui qui souhaite publier un secret se confronte à la question de l'opportunité de publier une information sensible.

Dans certains cas, la pesée des intérêts sera exigeante pour les personnes concernées et il ne sera pas très aisé de prédire la pratique des tribunaux relative à la publication d'informations concrètes. A l'instar de ce qui est déjà le cas avec le texte de l'art. 293, al. 3, CP en vigueur, on doit accepter qu'il en résulte une certaine insécurité juridique, étant donné que seule une réglementation formulée de manière relativement ouverte permet de rendre des décisions adéquates dans les divers cas d'application possibles.

Les critères devant guider la pesée des intérêts précitée pourront notamment être la contribution de la publication litigieuse à un débat d'intérêt général (en particulier, contribution à nourrir le débat public sur un sujet d'intérêt public ou simple satisfaction de la curiosité d'un certain public, voire simple fait de provoquer un scandale inutile), les intérêts concrets, par exemple d'un Etat, invoqués pour le maintien du secret (en particulier, nécessité de confidentialité et répercussions dans les circonstances de l'espèce), la manière dont l'auteur de l'acte est entré en possession des informations considérées (en particulier, obtention de manière licite ou illicite), la forme ou la teneur de la publication litigieuse (en particulier, respect des règles déontologiques, agissement de bonne foi, exactitude des faits, objectivité, mise en situation, mise en page, vocabulaire, mobile et respect de la présomption d'innocence), l'influence de la publication litigieuse sur la conduite d'une procédure pénale (en particulier sous l'angle de la prévention des risques de collusion ainsi que de disparition et d'altération des moyens de preuve, sous l'angle de la présomption d'innocence des personnes prévenues et sous l'angle du processus de formation de l'opinion et de prise de décision des autorités judiciaires) et l'atteinte à la vie privée ou familiale d'un prévenu (concernant les informations personnelles dont un individu peut légitimement attendre qu'elles ne seront pas publiées sans son accord, en particulier celles relatives à son identification, son intégrité physique et morale, son orientation sexuelle et son image)⁷.

- La possibilité donnée au juge par l'al. 3 en vigueur de renoncer à toute peine est remplacée par un motif de non-punissabilité, sur le modèle des art. 119,

⁷ Voir notamment l'arrêt du TF 6P.153/2006, l'arrêt de la Grande Chambre du 10 décembre 2007 dans l'affaire Stoll c. Suisse et l'arrêt de la Grande Chambre du 29 mars 2016 dans l'affaire Bédet c. Suisse.

133, al. 2, 187, al. 2, ou encore 320, al. 2, CP. Ainsi, l'auteur n'est pas punissable –il n'est pas simplement renoncé à toute peine à son encontre – si l'intérêt à la publication était supérieur à l'intérêt à la préservation du secret. L'impossibilité de punir remplace donc la possibilité de renoncer à prononcer une sanction. Avec l'al. 3 proposé, au lieu de reconnaître le prévenu coupable de l'infraction considérée tout en renonçant à toute peine, le juge ne reconnaîtra par conséquent pas cette personne coupable (et ne prononcera donc pas non plus de peine).

- Dans la nouvelle formulation proposée, l'art. 293, al. 3, CP maintient la protection de l'activité des autorités législatives, exécutives et judiciaires – autorités qui peuvent être fédérales, cantonales ou communales –, en préservant le processus de formation de la volonté des autorités et la bonne marche de la justice, et, partant, il maintient la qualité et la sérénité de cette activité.
- Il maintient en particulier également la protection des particuliers (prévenus, victimes, témoins, etc.) participant à une procédure (pénale, civile ou administrative) 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 participants à une procédure, notamment des victimes; art. 6 et 8, CEDH).
- Il contribue – en complétant notamment l'art. 267, CP et les art. 86 et 106 du code pénal militaire du 13 juin 1927⁸ – à maintenir le dispositif légal permettant la répression pénale de la divulgation des secrets.
- Il permet de continuer de satisfaire au devoir de l'Etat de prendre des mesures actives pour protéger la vie privée d'un prévenu dans une procédure pénale (art. 8, CEDH)⁹.
- Le texte même de l'art. 293 CP est mis en conformité avec le droit applicable, en particulier avec la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière.

La modification de l'art. 293 CP proposée par la CAJ-N à son conseil met le texte de cette disposition également en adéquation avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme applicable à une répression pénale de la publication des secrets conforme à la CEDH¹⁰. La proposition de la CAJ-N n'est donc pas problématique. Le Conseil fédéral estime toutefois que la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 293 CP en vigueur¹¹ – laquelle est en adéquation avec la CEDH¹² – permet et commande déjà une application de cette disposition correspondant à ce que prévoit ladite modification.

Au surplus, le Conseil fédéral est, comme la CAJ-N, de l'avis que le maintien de l'art. 293 CP s'impose – étant précisé que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît la légitimité d'une telle disposition. Le Conseil fédéral se félicite de la

⁸ RS 321.0

⁹ Voir l'arrêt de la Grande Chambre du 29 mars 2016 dans l'affaire Bédât c. Suisse.

¹⁰ Voir notamment l'arrêt de la Grande Chambre du 10 décembre 2007 dans l'affaire Stoll c. Suisse.

¹¹ Voir notamment ATF 126 IV 236 et l'arrêt du TF 6P.153/2006.

¹² Voir notamment l'arrêt de la Grande Chambre du 10 décembre 2007 dans l'affaire Stoll c. Suisse et l'arrêt de la Grande Chambre du 29 mars 2016 dans l'affaire Bédât c. Suisse.

décision de la CAJ-N de renoncer à l'abrogation de cette disposition, telle que demandée par l'initiative parlementaire.

3 Propositions du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral a pris acte du projet de modification du code pénal présenté par la CAJ-N et n'a pas de proposition ni de remarque particulières à formuler.