

Droit pénal : les Suisse Secrets

= Resolution

LEGAL PARTNERS

I. Essentiel en bref

En février 2022, dans la suite des scandales dits des « Panama Papers », « Dubaï Papers » ou encore « Paradise Papers », un consortium international de journalistes a révélé l'existence de plus de 18'000 comptes bancaires ouverts auprès de Credit Suisse entre 1940 et 2010, faisant ressortir l'existence d'environ CHF 100 milliards de probable provenance criminelle, notamment en lien avec des actes de corruption à travers le monde. Les « Suisse Secrets » étaient nés¹. Le consortium précité rassemble divers médias et notamment la Süddeutsche Zeitung, le Guardian, le New York Times ou encore Le Monde. En revanche, aucun média suisse n'a participé à la démarche. La raison ? L'article 47 LB², modifié en 2015, réprime sévèrement l'acte de divulguer des informations bancaires qu'une personne s'est vu confier par une autre dans le but d'obtenir pour soi ou pour un tiers un « avantage pécuniaire », avec une peine pouvant aller jusqu'à cinq ans de peine privative de liberté³.

II. Article 47 LB et sa récente modification

Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2015, la modification est issue d'une initiative parlementaire⁴. En substance, les initiants pointaient du doigt la nécessité d'agir pour éviter que des données bancaires volées soient transmises à des tiers, en particulier à l'étranger. Un tel comportement constitue une atteinte aux droits de la personnalité des clients des banques et peut ébranler la confiance accordée à un établissement bancaire ou, plus généralement, à la place financière suisse. La novelle vise ainsi à augmenter l'effet dissuasif de la sanction prévue afin d'accroître la protection des données des clients de banque⁵. Cet ajout s'imposait, selon les initiants, dans le but de compléter la protection déjà prévue par l'infraction de violation du secret de fabrication ou du secret commercial (art. 162 CP)⁶.

Sur le plan pénal, relevons que toute donnée concernant une relation d'affaire entre une entreprise et un client est considérée comme secrète dès qu'elle est « relativement inconnue » et que le détenteur du secret a un « intérêt légitime » à ce qu'elle reste secrète. Cela vaut en particulier pour les relations d'affaire entre une banque et son client. L'existence même de la relation bancaire est ainsi protégée⁷. L'acte de « révéler » consiste à rendre le secret accessible auprès de tiers non concernés⁸. L'article 47 LB réprime tant l'acte commis intentionnellement⁹ que par négligence¹⁰.

III. Liberté de la presse

Dans son acception institutionnelle, la liberté de la presse oblige les médias à remplir leur rôle essentiel à toute démocratie, celui de « chien de garde de la société »¹¹. La notion de liberté de la presse suppose une interdiction d'ingérence de la part de l'Etat, sous toutes ses formes. L'Etat ne peut pas censurer ou, plus généralement, rendre plus compliqué ou entraver le travail journalistique ; il ne peut pas non plus se substituer à la presse pour informer le public¹². La presse doit rester indépendante de l'Etat. Pour être effective, la liberté de la presse passe également par le secret rédactionnel¹³ : tout journaliste doit être en droit de refuser de témoigner sur la source d'une information confidentielle dont il aurait bénéficié¹⁴. Toute limitation de ce droit doit être justifiée par un intérêt public prépondérant¹⁵. Les journalistes restent toutefois soumis, à l'instar de tout citoyen, au respect des limites du droit pénal¹⁶. La Cour EDH a toutefois jugé que les journalistes doivent être protégés lorsqu'ils adoptent des méthodes d'investigation illicites si celles-ci représentaient le seul moyen de révéler de graves abus¹⁷.

IV. Liberté de la presse vs secret bancaire

La tension entre les objectifs poursuivis par l'article 47 al. 1 let. c LB et la mission constitutionnelle et institutionnelle de la presse est particulièrement marquée. Il apparaît effectivement difficile de conjuguer à la fois les impératifs de protection des données personnelles bancaires et les exigences démocratiques en matière de liberté de la presse¹⁸. Tout dépend de ce qui doit être compris comme information d'« intérêt public » ou d'« intérêt général ». A l'heure où les scandales de fraude et soustraction fiscales, de corruption, de blanchiment et plus généralement de « gros sous » viennent

de plus en plus rythmer les titres de la presse et élargir l'intégrité de la place financière suisse, la fonction de « lanceur d'alerte » (*whistleblower*) ne fait à l'évidence pas l'objet d'un consensus. Quand certains y voient la seule façon de porter à la connaissance du public des informations sensibles pouvant impliquer des activités étatiques ou privées critiquables, d'autres condamnent très fermement le procédé en tant que violation crasse des obligations auxquelles était tenu le lanceur d'alerte. Le sujet est ainsi particulièrement sensible.

Le monde de la presse suisse s'est déjà retrouvé confronté à une disposition pénale suscitant la controverse sous l'angle des restrictions de la liberté de la presse. L'article 293 CP, incriminant la diffusion de tout acte d'une instruction (pénale) ou des débats d'une autorité qui sont secrets en vertu de la loi ou d'une décision de l'autorité, peut effectivement porter atteinte aux activités journalistiques¹⁹. La Cour EDH rappelle toutefois que la confidentialité d'une enquête pénale ou d'un courrier diplomatique peut conduire à une telle limitation²⁰. Faisant suite aux critiques émises à l'encontre de l'article 293 CP, le Parlement a finalement décidé en 2017 d'assouplir quelque peu le régime, en introduisant un alinéa 3 conditionnant la répression à l'existence d'un intérêt public ou privé prépondérant qui s'oppose à la divulgation²¹.

V. Observations

Il sera intéressant de voir si nos tribunaux seront prochainement saisis de condamnations de journalistes en application de l'article 47 al. 1 let. c et al. 1bis LB, et d'examiner si la jurisprudence de la Cour EDH sera ou non appliquée. Vu la réticence du Tribunal fédéral à l'endroit de cette dernière dans des domaines autres que le secret bancaire, il est peu probable qu'une forme de souplesse soit accordée sur un sujet aussi brûlant et sulfureux pour la Suisse. Une autre solution envisagée serait de procéder de la même manière qu'avec l'article 293 CP, et ajouter à l'article 47 LB la réserve d'intérêts publics ou privés prépondérants²².

Le contenu de cette Newsletter, établie le 22 avril 2022, ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, l'un des avocats répondra volontiers à vos questions.

Resolution
LEGAL PARTNERS

Av. de l' Avant-Poste 4
Case postale 5747
1002 Lausanne

T. +41 (0)21 312 59 40
F. +41 (0)21 312 59 41



Pascal de Preux
Avocat associé
depreux@resolution-lp.ch



Julien Gafner
Avocat associé
gafner@resolution-lp.ch



Marc-Henri Fragnière
Avocat associé
fragniere@resolution-lp.ch



Françoise Martin Antipas
Avocate associée
martinantipas@resolution-lp.ch

¹ *Fuite de données chez Crédit Suisse*, article du 20 février 2022, Le Temps : <https://www.letemps.ch/economie/fuite-donnees-chez-credit-suisse>; *L'enquête "Suisse secrets" relance le débat sur la liberté de la presse face au secret bancaire*, article du 22 février 2022, Le Monde : https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2022/02/22/l-enquete-suisse-secrets-relance-le-debat-sur-la-liberte-de-la-presse-face-au-secret-bancaire_6114829_4355770.html.

² Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0).

³ Art. 47 al. 1 let. c et al. 1bis LB.

⁴ Initiative 10.450, « Réprimer durement la vente de données bancaires », déposée le 17 juin 2010 par le groupe libéral-radical.

⁵ Rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national concernant l'initiative « Réprimer durement la vente de données bancaires », FF 2014 5997, p. 5999.

⁶ *Ibidem*, p. 6000.

⁷ ZH OGer, arrêt SB200301 du 8 juin 2021 c. III 1 a) et les références citées.

⁸ BSK BG²-STRATENWERTH, N 15 *ad* art. 47.

⁹ Art. 47 al. 1 et 1bis LB, sous forme de délit (al. 1) et de crime (al. 1bis).

¹⁰ Art. 47 al. 2 LB, contravention passible d'une amende d'au maximum CHF 250'000.-.

¹¹ Le Tribunal fédéral parle de « mission particulière de la presse » : ATF 127 IV 166, c. 2g ; TF 6B_25/2013 du 4 juin 2013, c. 1.1.2.

¹² CR Cst-COTTIER, N 14 et 15 *ad* art. 17 : le service public est évidemment autorisé, mais doit être confié à un organisme autonome.

¹³ art. 17 al. 3 Cst ; art. 28a CP ; art. 10 al. 1 let. a LPD.

¹⁴ CourEDH, arrêt *Goodwin c. Royaume Uni*, 27.3.1996, Rec. 1996-II, § 39 ; pour les quelques rares exceptions, notamment lorsque la source représente la seule preuve disponible, voir ATF 143 IV 214, c. 16.4.2, JdT 2017 IV 401 ; ATF 123 IV 236.

¹⁵ CourEDH, arrêt *Jecker c. Suisse*, 6.10.2020, 35449/14, § 41.

¹⁶ Les journalistes ne disposent pas d'un motif justificatif extralégal leur permettant de commettre des infractions « au nom de la liberté de la presse » : CR Cst-COTTIER, N 28 *ad* art. 17.

¹⁷ CourEDH, arrêt *Haldimann et al. c. Suisse*, 24.02.2015, 21830/09, dans lequel la Cour a acquitté quatre journalistes de la SSR qui avaient secrètement filmés des agents d'assurance peu scrupuleux (cf. art. 179^{quater} CP). Le Tribunal fédéral n'a pas encore confirmé cette jurisprudence : cf. par ex. TF 6B_1267/2015 du 25.05.2016, c. 2.6 (affaire de divulgation d'un rapport officiel en cours de rédaction ne visant qu'à obtenir un « scoop »).

¹⁸ Les parlementaires de gauche sous le choc d'une presse suisse muselée, article du 21 février 2022, Le Temps : <https://www.letemps.ch/suisse/parlementaires-gauche-choc-dune-presse-suisse-muselee> ; Suisse secrets: la Suisse ne respecte pas les standards européens en matière de liberté de la presse, communiqué du 21 février 2022 : <https://www.impressum.ch/fr/details/suisse-secrets-la-suisse-ne-respecte-pas-les-standards-europeens-en-matiere-de-liberte-de-presse>.

¹⁹ Cf. notamment GRODECKI/PONCET, *Débats officiels secrets et liberté de l'information : le nouvel article 293 du Code pénal serait-il l'œuf de Colomb*, in FP 6/2018, p. 523 ss.

²⁰ CourEDH, arrêt *Bédat c. Suisse*, 29.3.2016, 56925/08.

²¹ RO 2018 567 ; FF 2016 7105 7359. Si certes l'infraction ne s'applique plus de manière automatique, l'autorité pénale dispose encore d'une grande marge de manœuvre sur la reconnaissance d'un tel intérêt prépondérant.

²² Solution proposée par Prof. Luc Thévenoz (« Suisse Secrets »: la loi sur les banques pourrait être clarifiée, selon Luc Thévenoz, 24 février 2022 : <https://www.unige.ch/lejournale/presse/printemps-2022/suisse-secrets/>).