



Bild: Sébastien Monachon

**Miriam Mazou**, avocate pénaliste à Lausanne

## Transmission et diffusion de secrets en focus de plusieurs jugements en 2016

Aperçu de la jurisprudence fédérale et internationale rendue durant l'année 2016 en matière de droit pénal et de procédure pénale en lien avec les médias

**Résumé** L'auteure livre un aperçu d'arrêts rendus en droit pénal et en procédure pénale en lien avec les médias ayant marqué l'année 2016. En matière de procédure pénale, ceux-ci concernent la publicité d'une ordonnance de classement, le versement au dossier de la procédure pénale des communications avec les médias, ainsi que la sommation de Facebook de produire des pièces. Quant aux arrêts marquants rendus en matière de droit pénal matériel, les décisions sélectionnées concernent le point de départ du délai de prescription d'un délit contre l'honneur commis via un blog, la violation du secret de fonction par les indications données à un journaliste, respectivement par une publication sur un blog, ainsi que la condamnation d'un journaliste pour publication de débats officiels, respectivement la compatibilité d'une telle condamnation avec la liberté d'expression garantie par la Convention européenne des droits de l'Homme.

### Introduction

1 La présente chronique a pour vocation de présenter, chaque année, une sélection d'arrêts rendus au cours de l'année précédente par les tribunaux fédéraux suisses en matière de droit pénal et de procédure pénale en lien avec les médias. Il sera également fait état de décisions rendues par les autorités supranationales, en particulier par la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elles concernent la Suisse.

### Une ordonnance de classement peut être rendue publique (TF 1C\_13/2016 du 18 avril 2016)

2 Le Tribunal fédéral estime que la question de la communication d'une ordonnance de classement devenue définitive peut être comparée à celle du droit d'accès à un dossier archivé.

Dès lors, le principe selon lequel c'est la direction de la procédure qui est compétente pour statuer sur une demande de consultation du dossier ou sur l'information au public (art. 74 et 102 al. 1 CPP) ne s'applique plus. Ce sont bien plutôt les dispositions du droit cantonal qui déterminent dès lors la compétence pour statuer sur une demande relative à un dossier clos.

3 Les art. 30 al. 3 Cst., 6 par. 1 CEDH et 14 par. 1 Pacte ONU II consacrent le principe de publicité de la justice. Il s'agit d'un principe fondamental de l'Etat de droit permettant à quiconque de s'assurer que la justice est rendue correctement en préservant la transparence et la confiance dans les tribunaux et en évitant l'impression que des personnes puissent être avantagées ou au contraire désavantagées par les autorités judiciaires. La liberté d'information (art. 16 al. 1 Cst.) garantit quant à elle le libre accès aux sources généralement accessibles que sont notamment les débats et les décisions judiciaires. La jurisprudence a ainsi reconnu le droit de prendre connaissance des décisions de non-lieu ou de classement afin de connaître les raisons pour lesquelles il a été mis un terme à la procédure pénale sans qu'un tribunal ne statue (ATF 134 I 286 consid. 6 p. 289); s'agissant de décisions archivées, le requérant doit disposer d'un intérêt légitime et il ne doit pas exister d'intérêt prépondérant opposé à la mise à disposition de la décision (ATF 134 I 286 consid. 6.6 p. 291).

4 Selon l'art. 69 al. 2 CPP, les personnes intéressées peuvent consulter les jugements et les ordonnances pénales. Cette disposition ne remet pas en cause le principe selon lequel toutes les décisions qui mettent fin à la procédure pénale doivent être soumises au principe de publicité et d'accessibilité, en particulier les décisions de classement. Dans la mesure où il ne s'agit pas d'accéder directement aux débats (art. 69 al. 1 CPP), la publicité n'est pas inconditionnelle mais subordonnée à l'existence d'un intérêt digne de protection (ATF 137 I 16 consid. 2.4 p. 21; 134 I 286 consid. 6.3 p. 290). L'autorité doit ainsi se livrer à une pesée des intérêts en présence.

5 Selon la jurisprudence, les médias disposent en principe d'un intérêt suffisant à accéder à une décision de classement,

en raison de la fonction de contrôle général qu'ils assument (ATF 139 I 129 consid. 3.6 p. 136). En l'occurrence, le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'y avait pas lieu de rechercher si la personne objet de l'ordonnance de classement devait être considérée comme une personne reconnue publiquement en raison notamment de sa position d'acteur important dans le commerce du vin. Il était en effet établi que la procédure pénale ouverte à son encontre dans le canton de Vaud avait connu un certain retentissement, au même titre qu'une affaire fiscale dans le canton du Valais qui avait donné lieu à une autre procédure. Les juges de Mont-Repos ont souligné que l'affaire vaudoise dite du «Saint-Saphorin» a été très largement relatée dans la presse, à la radio et à la télévision et que l'intéressé s'est lui-même présenté aux médias afin de s'expliquer. Il a ainsi fait publier un communiqué de presse après le classement de la procédure déclarant qu'il avait été innocenté. Le Procureur général a également donné une interview dans laquelle il s'est expliqué sur la décision de classement. Dans ces circonstances, il importe manifestement au public de savoir pour quelles raisons une affaire pénale ayant eu un certain retentissement s'est finalement achevée sans procès. Le Tribunal fédéral rejette par conséquent le recours formé par l'intéressé contre la communication à la RTS de l'ordonnance de classement.

### **Le Ministère public de la Confédération doit verser au dossier toutes les communications avec les médias (TPF BB. 2016.270 du 19 décembre 2016 et TPF BB 2015.128 du 28 avril 2016)**

6 Le Tribunal pénal fédéral accède par deux fois, dans la même affaire, à la demande d'un avocat visant à ce que le Ministère public de la Confédération soit tenu de verser au dossier de la procédure pénale les communications et échanges de correspondances intervenus entre le Ministère public de la Confédération et les médias en relation avec l'enquête dirigée contre son client. Le Tribunal pénal fédéral précise que tant les questions des médias concernant un cas concret que les réponses données par le Ministère public de la Confédération à ceux-ci doivent figurer au dossier de la cause conformément à l'art. 100 CPP.

7 Dans un premier arrêt rendu le 28 avril 2016, les juges de Bellizone rappellent qu'aux termes de l'art. 74 al. 3 CPP l'information du public, notamment par le Ministère public, doit respecter le principe de la présomption d'innocence du prévenu. Une violation de la présomption d'innocence par l'orientation des informations données constitue par conséquent une circonstance permettant une atténuation de peine, ainsi qu'un motif de partialité pouvant conduire à la récusation d'un membre d'une autorité pénale. C'est pourquoi les démarches des autorités dans le cadre de l'information au public sont pertinentes pour la procédure. La manière dont les autorités informent le public doit donc être documentée. Peu importe qu'en raison de l'organisation interne de l'autorité pénale, l'information au public intervienne non pas directement par la direction de la procédure, mais par un service de presse (TPF BB 2015.128 du 28 avril 2016).

8 Saisi d'un second recours, dans le cadre de la même affaire, le Tribunal pénal fédéral précise et rappelle que doivent

être versées au dossier de la cause, non seulement les communications et réponses du Ministère public de la Confédération, mais également les questions des journalistes. En définitive, l'ensemble de la correspondance avec les médias doit donc être versée au dossier de la procédure pénale, indépendamment de la question de savoir si elle contient une réponse à une question spécifique ou une réponse standard. Il n'est pas suffisant de ne verser au dossier que les réponses de l'autorité, car le dossier n'est alors pas complet, ce qui viole le droit d'être entendu du prévenu (TPF BB 2016.270 du 19 décembre 2016).

### **Un procureur ne peut pas sommer Facebook Switzerland Sàrl de produire des pièces détenues par Facebook Ireland Ltd (TF 1B\_185,186,188/2016 du 16 novembre 2016)**

9 L'affaire ayant donné lieu à cet arrêt a été ouverte sur plainte pénale déposée en Suisse contre inconnu par un journaliste belge se plaignant d'avoir été traité notamment d'antisémite sur la partie publique d'un compte Facebook. Une instruction a été ouverte par le Ministère public central du canton de Vaud qui a requis de la société Facebook Switzerland Sàrl (ci-après: Facebook Suisse) la production de l'identité du détenteur du compte incriminé, les adresses IP utilisées pour créer le profil, les logs de connexion et les adresses IP en relation avec ces logs, ainsi que le contenu privé du compte, cela sous la menace des peines prévues à l'article 292 CP. Facebook Suisse a indiqué qu'elle ne gérait pas la plateforme, mais seulement le développement du marché publicitaire en Suisse. Facebook Ireland Ltd (ci-après: Facebook Ireland) a fait savoir quant à elle que l'ordre de production devait lui être adressé par la voie de l'entraide judiciaire internationale. Le Ministère public a malgré tout adressé à Facebook Suisse, ainsi qu'à ses associés gérants, une ordonnance de production de pièces portant sur les renseignements précités, leur fixant un délai d'exécution. Les recours de Facebook Suisse et les deux gérants ont été admis par le Tribunal fédéral.

10 Le Tribunal fédéral constate qu'un simple fournisseur de services, par exemple de réseaux sociaux, n'entre pas dans la catégorie du fournisseur d'accès à Internet au sens de l'OSCPT (RS 783 11). Aussi, dans leur teneur actuelle, les articles 269 ss CPP applicables à la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication ne s'appliquent pas au fournisseur de services Internet permettant la communication unilatérale ou multilatérale, en particulier les services e-mail. Compte tenu de cette lacune, le Procureur pouvait se fonder directement sur la disposition générale de l'article 265 CPP réglant l'obligation de dépôt pour éditer un ordre de production.

11 La Convention de Budapest sur la cybercriminalité (CCC; RS 0.311.43), entrée en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 2012, consacre une notion de fournisseurs de services plus large que le droit suisse actuel. Cette expression désigne en effet toute entité publique ou privée qui offre aux utilisateurs de ses services la possibilité de communiquer au moyen d'un service informatique ou toute autre entité traitant ou stockant des données informatiques pour ce service de communications ou ses utilisateurs. La Convention repose sur le principe de la territorialité, selon lequel un état n'est pas habilité à prendre des mesures

d'instruction et de poursuite pénale sur le territoire d'un autre Etat. Pour ce faire, l'Etat demandeur doit agir par le biais de l'entraide internationale et dispose, en vertu de la Convention, des divers instruments destinés à en faciliter l'exécution.

12 Tant la CCC (art. 18) que le CPP (art. 265) prévoient que la personne visée par l'injonction de produire doit être le possesseur ou le détenteur des données visées, ou au moins en avoir le contrôle, c'est-à-dire avoir un pouvoir de disposition, en fait et en droit, sur ces données. Or, tel n'est pas le cas de la société Facebook Suisse. C'est à tort que la Cour cantonale a considéré que Facebook Suisse, traitant des données personnelles à des fins de vente d'espaces publicitaires, serait habilitée à ce titre à recevoir des injonctions de la part des autorités suisses dès lors qu'elle exercerait une activité concrète en Suisse. La jurisprudence sur laquelle se fonde la Cour cantonale à cet égard, notamment l'ATF 138 II 346, se rapporte à une cause de droit public relative à la protection des données (la société suisse impliquée était en lien direct avec l'activité concernant Google Street View, en particulier la production et le traitement des images, le traitement des demandes d'effacement). Cette jurisprudence de droit public ne saurait s'appliquer en matière pénale lorsqu'une autorité de poursuite exige non pas la rectification de données personnelles traitées par la société elle-même, mais la production de preuves en application de l'article 265 CPP. Dans ce contexte en effet, la détention des preuves requises constitue l'élément déterminant.

13 En l'espèce, le service Facebook est contrôlé par des sociétés américaines et irlandaises totalement distinctes de la société suisse. Facebook Ireland est seul partenaire contractuel des utilisateurs de Facebook situés hors des Etats-Unis et du Canada. Cette société est seule à contrôler les données personnelles de ces mêmes utilisateurs. Par conséquent, la société suisse ne dispose pas d'un accès direct ou d'une quelconque maîtrise sur les données relatives au service. Le Ministère public n'a dès lors pas d'autre choix que de s'adresser par la voie d'entraide judiciaire aux autorités irlandaises pour obtenir les renseignements désirés.

### **Le délai de prescription d'un délit contre l'honneur commis via un blog commence à courir dès la publication (ATF 142 IV 18)**

14 La diffamation commise par la voie d'un écrit attentatoire à l'honneur figurant dans un blog sur une page Internet constitue un délit instantané, et non pas continu (c. 2.3-2.6). La prescription de l'action pénale court dès la publication (c. 2.7). Ainsi, le moment déterminant pour le calcul du délai de prescription de quatre ans de l'art. 178 al. 1 CP n'est pas quand le post incriminé a été effacé du site Internet, mais bien quand il a été publié.

15 Le Tribunal fédéral refuse ainsi de distinguer une publication Internet d'une publication papier. Les juges de Mont-Repos estiment en effet que dans ces deux hypothèses le texte diffamatoire est accessible pour un certain temps après sa publication, et que dans ces deux hypothèses également l'auteur a la possibilité d'intervenir pour bloquer la diffusion ou corriger le message.

### **Il peut y avoir violation du secret de fonction même en l'absence d'une base légale spéciale non pénale dans la législation déterminant l'exercice de la fonction donnée (ATF 142 IV 65)**

16 La personne membre d'un Conseil universitaire qui répond à un journaliste qui l'interroge sur le cas d'un professeur mis à pied qu'un rapport relatif à cette affaire sera rendu au cours des jours ou des semaines à venir et que cela s'annonce sûrement mal pour l'intéressé, respectivement que celui-ci est en mauvaise posture, viole le secret de fonction au sens de l'art. 320 ch. 1 al. 1 CP. Ce faisant, la personne incriminée révèle en effet consciemment des informations sur le contenu d'un rapport, qui n'est pas encore public, que l'Université a chargé une commission d'experts d'établir.

17 Tout secret confié à un membre de l'autorité ou à un fonctionnaire en vertu de leur qualité ou dont ils auraient eu connaissance dans l'exercice de leur fonction est soumis au devoir de confidentialité, même si aucune base légale du droit réglementant la fonction publique ou de toute autre loi ne le prévoit. Le devoir de confidentialité résulte de la situation particulière du membre de l'autorité ou du fonctionnaire. Une base légale spéciale, non pénale, n'est pas nécessaire dans la législation déterminant l'exercice de la fonction donnée. Ainsi, le fait que la membre du Conseil de l'Université n'était pas soumise au secret de fonction prévu par la loi sur le personnel du canton de Zurich et que l'obligation de garder le secret figurait uniquement dans le règlement du Conseil de l'Université ne s'oppose pas à ce qu'un devoir de confidentialité soit retenu.

18 En ce qui concerne le caractère pénal, il suffit que la personne membre du Conseil de l'Université élu par le Conseil d'Etat ait eu connaissance, lors d'une séance, de l'orientation générale du rapport d'expertise et qu'elle ait communiqué au journaliste cette information soumise au secret. Dès lors, la condamnation de cette personne pour violation du secret de fonction au sens de l'art. 320 ch. 1 al. 1 CP ne viole pas le droit fédéral.

### **La condamnation d'un journaliste pour publication de débats officiels secrets au sens de l'art. 293 CP ne viole pas la liberté d'expression (CEDH, Grande Chambre, Arrêt du 29.03.2016, affaire Bédat c. Suisse, requête n°56925/08)**

19 La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt du 29 mars 2016, nie toute violation de l'art. 10 CEDH consacrant la liberté d'expression en lien avec la condamnation d'un journaliste qui avait publié des documents secrets issus du dossier d'une procédure pénale. Pour la Grande Chambre, la condamnation du journaliste poursuivait des buts légitimes, à savoir empêcher la divulgation d'informations confidentielles, garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire et la protection de la réputation et des droits d'autrui. Elle a ainsi statué à l'inverse de la Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme qui avait, dans un arrêt du 1er juillet 2014 rendu dans la même affaire, reconnu une violation de l'art. 10 CEDH (CEDH, Deuxième section, Arrêt du 1er juillet 2014, affaire A. B. c. Suisse, requête n°5692/08).

20 La Grande Chambre rappelle que le droit du journaliste d'informer le public et le droit du public de recevoir des informations se heurtent à des intérêts publics et privés de même importance, à savoir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire, l'effectivité de l'enquête pénale et le droit du prévenu à la présomption d'innocence et à la protection de sa vie privée, protégés par l'interdiction de divulguer des informations couvertes par le secret de l'instruction.

21 La Cour européenne des droits de l'homme retient que le journaliste de profession ne pouvait pas ignorer le caractère confidentiel des informations qu'il s'appropriait à publier. Certes, le sujet à l'origine de l'article relevait de l'intérêt général. Les faits avaient suscité une très grande émotion au sein de la population et les autorités judiciaires elles-mêmes avaient jugé opportun de tenir la presse et le public informés de certains aspects de l'enquête en cours. Toutefois, le contenu de l'article et en particulier les informations qui étaient couvertes par le secret de l'instruction n'étaient pas de nature à nourrir le débat public sur le sujet en question, mais plutôt à satisfaire la curiosité d'un certain public sur les détails de la vie strictement privée du prévenu. La Cour ne voit aucune raison sérieuse de substituer son avis à celui du Tribunal fédéral (TF 6P.153/2006 ; 6S. 347/2006 du 29 avril 2008), qui a considéré que ni la divulgation des procès-verbaux d'audition, ni celle des lettres adressées par le prévenu au juge d'instruction n'avaient apporté un éclairage pertinent pour le débat public.

22 La publication d'un article orienté, qui dressait un portrait très négatif du prévenu, à un moment où l'instruction était encore ouverte, comportait en soi un risque d'influer d'une manière ou d'une autre sur la suite de la procédure. C'est donc à juste titre que le Tribunal fédéral (TF 6P.153/2006 ; 6S. 347/2006 du 29 avril 2008 c. 7.3) a considéré que les procès-verbaux d'interrogatoire et la correspondance du prévenu avaient fait l'objet d'exégèses sur la place publique, hors contexte, au risque d'influencer le processus des décisions du juge d'instruction et, plus tard, de l'autorité de jugement.

23 Au demeurant, la procédure pénale diligentée contre le journaliste par les autorités cantonales de poursuite s'inscrivait dans le cadre de l'obligation positive de protéger la vie privée du prévenu qui incombe à la Suisse en vertu de l'article 8 CEDH, ce d'autant que les informations divulguées étaient de nature très personnelle et même médicale. De plus, au moment de la publication de l'article litigieux, le prévenu se trouvait en détention, et donc dans une situation de vulnérabilité. Dans ces circonstances, on ne saurait reprocher aux autorités d'avoir considéré que, pour remplir leur obligation positive de protéger le droit du prévenu au respect de sa vie privée, elles ne pouvaient se contenter d'attendre que celui-ci eût pris l'initiative d'intenter une action civile contre le journaliste incriminé et d'avoir par conséquent opté pour une démarche active, fut-elle de nature pénale.

24 Le recours à la voie pénale ainsi que la sanction infligée au journaliste (amende de CHF 4000.– avancée par son employeur) n'ont pas constitué une ingérence disproportionnée dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression. Cette sanction punissait la violation du secret d'une instruction pénale et protégeait en l'occurrence le bon fonctionnement de la justice ainsi que les droits du prévenu à un procès équitable et au respect de sa vie privée. On ne saurait considérer qu'une telle

sanction risquait d'avoir un effet dissuasif sur l'exercice de la liberté d'expression du requérant ou de tout autre journaliste souhaitant informer le public au sujet d'une procédure pénale en cours.

### **Le journaliste qui publie des passages d'un projet encore confidentiel de rapport final d'une Commission d'enquête parlementaire se rend coupable de publication de débats officiels secrets (TF 6B\_1267/2015 du 25 mai 2016)**

Le Tribunal fédéral rappelle que l'état de fait constitutif de l'art. 293 CP réprimant la publication de débats officiels secrets est basé sur une notion formelle du secret. Ainsi, il n'est pas nécessaire, pour que l'infraction de publication de débats officiels secrets soit réalisée, que l'autorité ait un intérêt légitime au maintien du secret. Il suffit que le secret dont le respect a été ordonné par l'autorité soit violé (consid. 1–1.6).

25 Le critère qui s'applique pour savoir si la divulgation est justifiée ou non réside dans la capacité ou non de l'information divulguée à contribuer au débat public sur une question donnée. En l'espèce, le Tribunal fédéral estime que rien n'indique que le débat public aurait été mieux servi par une publication précédant de quelques semaines la date de publication officielle. Par conséquent, l'intérêt de l'État au maintien du secret des travaux d'une Commission d'enquête parlementaire l'emporte sur l'intérêt du public à une information préalable quelques semaines avant la publication officielle du rapport de la dite commission et, dans tous les cas, sur l'intérêt (individuel) des journalistes à pouvoir diffuser une information en exclusivité (consid. 2–2.8). Au moment de la publication de l'article de journal, le processus décisionnel au sein de la Commission d'enquête parlementaire n'était pas encore terminé. Savoir si l'article a effectivement influencé le processus décisionnel n'est pas relevant. Le risque que tel ait pu être le cas est suffisant.

### **La publication d'informations confidentielles par le membre d'une autorité constitue une violation du secret de fonction même si la presse s'en fait postérieurement l'écho (TF 6B\_599/2015 du 25 février 2016)**

26 Le Tribunal fédéral rappelle que la définition de l'infraction de l'art. 320 CP réprimant la violation du secret de fonction repose sur une conception matérielle du secret. Constituent ainsi un secret les faits qui ne sont connus ou accessibles qu'à un cercle restreint de personnes, que celui qui en est maître veut garder confidentiels et autant qu'il y ait un intérêt légitime. L'art. 320 CP protège principalement l'intérêt de la collectivité à la discrétion des fonctionnaires et membres des autorités nécessaire à l'accomplissement sans entrave des tâches de l'Etat.

27 En l'espèce, notre Haute Cour refuse d'annuler la condamnation d'un membre du conseil d'administration des Services industriels genevois (SIG) qui avait publié sur un blog des échanges de courriels contenant des informations confiden-



tielles. Un des courriels publiés relayait notamment les dires d'un autre administrateur expressément nommé et anciennement directeur financier des SIG concernant de «graves irrégularités comptables», au sein de cet établissement autonome de droit public, ayant nécessité d'importantes mesures d'assainissement. Or, le fait que la question de «graves irrégularités comptables» avait fait l'objet de discussions au sein même du conseil d'administration des SIG peut déjà constituer une information que cet établissement autonome de droit public n'entendait pas diffuser. Que ces faits fussent véridiques ou non est sans pertinence pour l'application de l'art. 320 CP, qui protège également les autorités lorsque celles-ci ont pour tâche de démêler le vrai du faux. Par ailleurs la source de ces déclarations pouvait elle-même constituer un fait confidentiel.

28 Les SIG pouvaient ainsi se prévaloir d'un intérêt légitime à ne pas voir étalé sur la place publique le fait, relayé par un ancien directeur des services financiers au sein du conseil d'administration, et non divulgué précédemment, que des irrégularités pouvaient avoir entaché ses comptes, fût-ce plusieurs années auparavant, en relation avec des sommes représentant, selon la publication du recourant, plusieurs dizaines de millions de francs. Que la presse se soit fait écho de ces déclarations postérieurement n'y change rien, le secret étant déjà éventé par la publication sur le blog du recourant.

---

**Zusammenfassung** Die Autorin stellt einen Überblick von Strafrechts- und Strafprozessentscheiden mit Verbindung zu den Medien zusammen, welche das Jahr 2016 geprägt haben. Im Bereich des Strafprozesses betreffen diese die Veröffentlichung einer Einstellungsverfügung, den Einbezug der Kommunikation mit den Medien ins Dossier des Strafverfahrens sowie die Aufforderung von Facebook, Beweise zu liefern. Die prägendsten Entscheide im materiellen Strafrecht betreffen den Start der Verjährungsfrist einer Ehrverletzung durch einen Blog, die Verletzung des Berufsgeheimnisses durch die einem Journalisten gegebenen Hinweise respektive durch die Veröffentlichung auf dem Blog sowie die Verurteilung eines Journalisten für die Veröffentlichung einer öffentlichen Verhandlung bzw. die Vereinbarkeit einer solchen Verurteilung mit der Meinungsäußerungsfreiheit, welche in der Europäischen Menschenrechtskonvention verankert ist.

---