

Mandat de la Rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression

Réf. : OL CHE 1/2022
(Veuillez utiliser cette référence pour répondre)

3 mars 2022

Excellence,

J'ai l'honneur de m'adresser à vous en ma qualité de Rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, conformément à la résolution 43/4 du Conseil des droits de l'homme.

Dans ce contexte, je souhaiterais attirer l'attention du Gouvernement de votre Excellence sur des préoccupations concernant l'article 47 de la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (modifiée en 2016) (ci-après, la « Loi sur les banques ») et ses implications potentielles pour le droit à la liberté d'expression.

Selon la loi, toute personne divulguant des données de clients en violation de la Loi sur les banques s'expose à des sanctions pénales. Plus précisément, l'article 47(1)(a) de la Loi sur les banques interdit à toute personne de divulguer des données de clients qui lui ont été confiées ou observées en sa qualité de membre d'un organe exécutif ou de surveillance, d'employé ou de représentant d'une banque, de liquidateur d'une banque, de membre d'un organe ou d'employé d'une société d'audit. L'article 47 (1)(c) étend l'interdiction aux tiers qui divulguent des informations reçues de l'une des catégories de personnes visées à l'article 47(1)(a). Sur la base d'une lecture textuelle de la Loi sur les banques, il semblerait que l'interdiction s'étende aux journalistes et aux médias.

Les circonstances dans lesquelles la divulgation serait autorisée sont limitées, et la Loi sur les banques ne prévoit pas d'exception qui couvrirait les lanceurs d'alertes ou les journalistes.¹ Les divulgations autorisées comprennent la communication aux autorités gouvernementales lorsque la loi suisse l'exige², à une société mère dans certaines circonstances³, ainsi que la communication dans le cadre d'un litige ou d'une procédure pénale⁴. Bien que le droit suisse contienne une exception générale autorisant la divulgation lorsqu'il existe un intérêt public ou privé prépondérant, cette exception ne semble pas avoir été étendue pour couvrir les lanceurs d'alerte ou les articles des médias.

¹ À ce sujet, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe suggère que « la définition de lanceur d'alerte doit être large, pour englober toute personne physique ou morale qui révèle ou signale de bonne foi un crime ou un délit, une violation de la loi ou une menace ou un préjudice pour l'intérêt général dont elle a eu connaissance, directement ou indirectement », voir Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe Résolution 2300 : Améliorer la protection des lanceurs d'alerte partout en Europe (1er octobre 2019) paragraphe 5.

² Loi sur les banques, article 47(5) ; voir également l'article 29 de la Loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (22 juin 2007)). (FINMASA).

³ Loi sur les banques ; article 4

⁴ Article 29, Loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (22 juin 2007)) (FINMASA) ; bien que cela soit soumis à des exceptions en vertu de l'article 163, paragraphe 2, et de l'article 166, paragraphe 2, du code de procédure civile suisse et de l'article 173, paragraphe 2, du code de procédure pénale suisse.

L'article 17 du Code pénal suisse et l'article 2830(2) du Code civil suisse permettent aux banques de divulguer des données protégées lorsqu'il existe un intérêt prépondérant. Les intérêts privés prépondérants comprennent la communication à des sociétés de recouvrement de créances, ainsi que les contrôles de solvabilité et les évaluations de crédit. Dans l'arrêt du Tribunal fédéral suisse n° 137 II 431 (15 juillet 2011), le tribunal a discuté de l'intérêt public prépondérant comme base juridique pour divulguer les données des clients aux régulateurs américains. De même, l'article 17 du Code pénal suisse permet aux banques de divulguer des informations dans des situations de nécessité. Par exemple, l'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 18 février 2009 a permis à la banque UBS de livrer des données de clients à l'autorité américaine. Toutefois, ni l'exception de l'« intérêt prépondérant » ni celle de la « nécessité » ne semblent avoir été utilisées pour protéger les lanceurs d'alerte ou les médias qui ont rapporté les informations divulguées.

L'article 47 de la loi sur les banques ne précise pas l'étendue des données de clients protégées contre la divulgation et exclut de manière générale la divulgation de toute information confidentielle confiée aux personnes et entités visées. Selon les directives publiées par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) sur l'étendue des exigences en matière de confidentialité et de sécurité, toute information directe ou indirecte sur les clients qui permet d'identifier la personne/entité concernée est considérée comme suffisante pour qu'une violation de la loi soit constatée.⁵ En outre, la confirmation de données déjà connues entrerait également dans le champ d'application.⁶

La violation du secret bancaire au sens de l'article 47 peut être sanctionnée pénalement lorsque les données sont divulguées en Suisse ou à l'étranger.⁷ La violation du secret bancaire peut être punie d'une peine d'emprisonnement allant jusqu'à trois ans – ou jusqu'à cinq ans si le contrevenant s'enrichit ou enrichit des tiers par la divulgation. En outre, ou alternativement, une sanction pécuniaire peut être imposée en fonction du revenu de la personne ; en cas de négligence, l'amende peut atteindre 250.000 CHF.

De manière plus générale, je note avec inquiétude qu'en dehors du contexte bancaire, le droit suisse n'offre qu'une protection limitée aux lanceurs d'alerte. Le droit suisse du travail impose aux employés une obligation générale de respecter un devoir de loyauté et un devoir de confidentialité envers leur employeur, y compris un devoir de secret d'affaires, ce qui exclut généralement les lanceurs d'alerte.⁸ La divulgation de secrets de fabrication ou d'affaires est considérée comme une infraction pénale.⁹

Normes internationales et régionales pertinentes en matière de droits de l'homme

⁵ Circulaire FINMA 2008/21 (modifiée le 22 septembre 2016), Annexe 3

⁶ Beat Kleiner, Renate Schwob et Christoph Winzeler in Dieter Zobl et al (eds), Commentaire de la loi fédérale sur les banques (Zurich/Bâle/Genève 2014), art 47 al 9.

⁷ Article 8(1), Code pénal suisse (modifié en janvier 2017) qui dispose qu'un crime a lieu là où l'auteur agit et où les conséquences se sont produites.

⁸ Code suisse des obligations, article 321a, alinéas 1 et 4.

⁹ Code pénal suisse, article 162 ; voir également le Code pénal suisse, articles 271(1) et 273.

La protection des lanceurs d’alerte et la diffusion publique des informations qu’ils divulguent constituent un élément essentiel du droit à la liberté d’expression protégé au niveau international, tel qu’il est consacré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention européenne des droits de l’homme, auxquels la Suisse est partie. L’article 19 du Pacte, comme l’article 10 de la Convention européenne, garantit le droit de chercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées par quelque moyen que ce soit et sans considération de frontières. Les lanceurs d’alerte ont le droit de communiquer des informations et, surtout, le public a le droit de recevoir les informations qu’ils divulguent. En effet, le droit du public de connaître des « informations d’intérêt public » (voir A/68/362, para. 19) fonde les protections juridiques accordées aux lanceurs d’alerte en vertu du droit international (Voir en particulier, le rapport thématique du précédent Rapporteur spécial sur ces questions, A/70/361).

Les normes internationales relatives à la liberté d’expression et à l’accès à l’information reconnaissent que les lanceurs d’alerte jouent un rôle essentiel dans la diffusion d’information et la prévention des violations de la loi préjudiciables à l’intérêt public et dans la sauvegarde du bien-être de la société (A/70/361).

Les journalistes remplissent également une fonction essentielle en facilitant l’accès du public à l’information. Il est donc essentiel de protéger la liberté de la presse de rendre compte des faits révélés par les lanceurs d’alerte et de reconnaître la confidentialité des sources journalistiques.¹⁰ Dans cet esprit, le Conseil des droits de l’homme a affirmé l’importance de « médias libres, indépendants, pluriels et diversifiés, en ligne et hors ligne, pour construire et soutenir le fonctionnement de sociétés et de démocraties inclusives, une population informée, l’état de droit et la participation aux affaires publiques, [et] pour demander des comptes aux institutions et aux agents publics, notamment en dénonçant la corruption ».¹¹ La protection effective des journalistes contre les poursuites et les représailles est donc essentielle pour protéger la liberté d’expression et garantir la liberté de la presse.

Déoulant des principes de base énoncés ci-dessus, le droit d’accès à l’information exige que les autorités prennent en compte l’intérêt public dans la divulgation de l’information lorsqu’elles adoptent des mesures contre les divulgations non autorisées. Par conséquent, les États ne peuvent restreindre l’accès à l’information que dans des domaines spécifiques et dans des circonstances étroites. Toute loi qui a pour effet de restreindre la publication de telles informations par les journalistes doit être conforme au critère de restriction du droit à la liberté d’expression énoncé à l’article 19(3) du Pacte. Ainsi, les restrictions au droit à la liberté d’expression doivent être « prévues par la loi » et nécessaires « au respect des droits ou de la réputation d’autrui » ou « à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l’ordre public, de la santé ou de la moralité publiques ». La charge de justifier toute restriction à la liberté d’information incombe aux États. Toute limitation doit être rédigée, interprétée et appliquée de manière stricte afin de « ne pas mettre en péril le droit lui-même ».¹² Le principe primordial est que les États ne doivent pas restreindre la libre circulation des informations et des idées.¹³

¹⁰ Observation générale n° 34 du Comité des droits de l’homme, para. 45, et Déclaration conjointe de 2013 des mécanismes internationales et régionales sur la liberté d’expression, disponible à <https://www.osce.org/files/f/documents/e/0/101257.pdf>

¹¹ A/HRC/RES/45/18

¹² Observation générale n° 34, para. 21
A/HRC/RES/12/16

En vertu de l'élément de proportionnalité du critère de nécessité de l'article 19(3) du Pacte, il doit être démontré que la divulgation impose un risque spécifique de préjudice à un intérêt légitime de l'État qui l'emporte sur l'intérêt du public pour l'information à divulguer. Selon le Comité des droits de l'homme, « il n'est pas généralement approprié de faire entrer dans le champ d'application de ces lois des informations qui concernent le secteur commercial, le *secteur bancaire* et le progrès scientifique » (italique ajoutée).¹⁴ Si une divulgation ne porte pas atteinte à un intérêt légitime de l'État, il n'y a aucune raison de la supprimer ou de la retenir. Certaines questions doivent être considérées comme étant présumées d'intérêt public, c'est-à-dire qu'elles contribuent au débat public, favorisent la participation du public, exposent des actes répréhensibles graves, améliorent la responsabilité ou renforcent la sécurité publique (A/70/361, para. 32). Parmi les exemples de divulgations appropriées, le précédent Rapporteur spécial a notamment préconisé les infractions pénales, les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire international, la corruption, la sécurité publique et les dommages environnementaux, ainsi que l'abus de fonction publique (paras. 10, 28 and 63). En outre, les meilleures pratiques exigent la protection des lanceurs d'alerte après la divulgation, généralement par le biais d'une disposition prévoyant des sanctions à l'encontre de ceux qui exercent des représailles contre eux (paras. 41-42). Les actes de représailles contre les lanceurs d'alerte et la divulgation d'informations confidentielles doivent faire l'objet d'une enquête approfondie et les responsables doivent être tenus pour responsables (para. 66).

La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que les lanceurs d'alerte et les journalistes ont droit à la protection des normes relatives à la liberté d'expression fixées par l'article 10 de la Convention européenne.¹⁵ L'examen par « les médias et l'opinion publique » des questions d'intérêt public est essentiel à la délibération démocratique car il aide le public à obtenir des informations précises sur la manière dont il est gouverné. Par conséquent, la Cour a déjà fait valoir que lors de l'examen de l'opportunité de la divulgation, « il convient d'accorder une attention particulière à l'intérêt public que présentent les informations divulguées ». ¹⁶ La Cour a en outre souligné que le droit de collecter des informations est « une démarche préalable essentielle à l'exercice du journalisme. ». ¹⁷ En outre, la Cour a reconnu le rôle des journalistes et de la presse en tant que « chiens de garde social » en raison de leur fonction essentielle dans une société démocratique, à savoir leur rôle pour la diffusion d'informations sur des questions d'intérêt public. ¹⁸

En ce qui concerne les sanctions, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que les poursuites pénales engagées à l'encontre de lanceurs d'alerte pour avoir divulgué des informations d'intérêt public peuvent violer la liberté d'expression, dans la mesure où des sanctions sévères peuvent décourager d'autres personnes de signaler des manquements ou des violations des droits de l'homme. ¹⁹ Par conséquent, tout préjudice auquel un lanceur d'alerte est exposé pour avoir attiré l'attention sur une faute doit satisfaire au critère de proportionnalité pour être conforme à la Convention. La Cour a considéré en particulier l'effet dissuasif potentiel d'une

¹⁴ Observation générale n° 34, para. 30

¹⁵ Voir CEDH, *Guja c. Moldova*, 12 février 2008

¹⁶ *Ibid.*, see paras. 72-74

¹⁷ CEDH, *Társaság a Szabadságjogokért c. Hongrie*, 14 avril 2009, para. 27

¹⁸ CEDH, *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, para. 44

CEDH, *Heinisch c. Allemagne*, 21 juillet 2011, para. 91.

sanction sévère et sa capacité à empêcher la divulgation d'informations importantes « sur des questions d'intérêt général » « au détriment de la société dans son ensemble ». ²⁰

En outre, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a recommandé aux États d'adopter des protections pour ceux qui signalent des menaces ou des préjudices pour l'intérêt public, ce qui, selon lui, « devrait, pour le moins, inclure les violations de la loi et des droits de l'homme, ainsi que les risques pour la santé et la sécurité publiques, et pour l'environnement ». ²¹ La résolution 2010 du Conseil de l'Europe sur la protection des lanceurs d'alerte affirme en outre que : « Lorsqu'il n'existe pas de voies internes pour donner l'alerte, ou qu'elles ne fonctionnent pas correctement, voire qu'il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce qu'elles fonctionnent correctement étant donné la nature du problème dénoncé par le donneur d'alerte, il conviendrait de la même manière de protéger celui qui utilise des voies externes, y compris les médias ». ²²

Sur la base de ce qui précède, je crains que la criminalisation de la divulgation par les lanceurs d'alerte et les journalistes en vertu de l'article 47 de la Loi sur les banques ne viole le droit international des droits de l'homme relatif à l'accès à l'information, à la protection des lanceurs d'alerte et à la liberté de la presse, tel que consacré par l'article 19 du Pacte et l'article 10 de la Convention européenne.

Le fait de ne pas garantir la protection des lanceurs d'alerte risque de porter atteinte au droit du public à l'information et pourrait donc conduire à une violation directe du droit des lanceurs d'alerte individuels de signaler des questions d'intérêt public, ainsi que du droit du public d'accéder à la connaissance des questions d'intérêt public, notamment par le biais des médias. En outre, la restriction des divulgations par des tiers risque de limiter directement le droit à la liberté de la presse puisqu'elle empêche les journalistes de divulguer des informations sur des questions d'intérêt public. Il en résulte un effet paralysant sur la liberté d'expression et la liberté des médias, de plus d'entraver la libre circulation de l'information. Mes préoccupations sont encore renforcées par la sévérité des peines de prison qui peuvent être imposées aux lanceurs d'alerte et aux journalistes.

À la lumière de ce qui précède, je souhaite recommander au Gouvernement de votre Excellence de revoir l'article 47 de la Loi sur les banques afin de garantir sa conformité avec les normes internationales relatives au droit d'accès à l'information et à la protection des lanceurs d'alerte. En particulier, je demande instamment une révision minutieuse afin de garantir que la protection soit accordée à toute personne qui divulgue des informations qu'elle croit raisonnablement, au moment de la divulgation, être vraies et constituer une menace ou un préjudice pour un intérêt public. Cette protection devrait être accordée à la fois aux personnes qui font des déclarations et aux tiers qui facilitent la divulgation publique, y compris les médias.

Comme il est de ma responsabilité, en vertu du mandat qui m'a été confié par le Conseil des droits de l'homme, de solliciter votre coopération pour tirer au clair les cas qui ont été portés à mon attention, je serais reconnaissante au Gouvernement de

²⁰ CEDH, *Matúz c. Hongrie*, 21 octobre 2014, para. 50.

²¹ Conseil de l'Europe, recommandation CM/Rec(2014)7, annexe, sect. I (2), et exposé des motifs CM(2014)34, para. 43
Résolution 1729 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la protection des lanceurs d'alerte, 29 avril 2010, para. 6.2.3

votre Excellence de ses observations sur les points suivants :

1. Veuillez fournir toute information ou tout commentaire complémentaire en relation avec les observations susmentionnées.
2. Veuillez fournir toute information sur la portée des divulgations protégées en vertu de l'exception d'intérêt public et toute protection accordée aux médias pour les divulgations publiques.
3. Veuillez fournir toute information sur la conformité de l'article 47 de la loi sur banques avec les obligations internationales de la Suisse en matière de droits de l'homme.

Cette communication, en tant que commentaire sur les lois, règlements ou politiques en instance ou récemment adoptés, ainsi que toute réponse reçue du gouvernement de votre Excellence, seront rendues publiques dans un délai de 48 heures sur le [site internet](#) rapportant les communications. Elles seront également disponibles par la suite dans le rapport habituel présenté au Conseil des Droits de l'Homme.

Veillez agréer, Excellence, l'assurance de ma haute considération.

Irene Khan

Rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression