Code pénal

Dernière modification : 03.11.2026

PDF créé le : 03.11.2026



COMMENTAIRE EN LIGNE
LE COMMENTAIRE JURIDIQUE
EN OPEN ACCESS

TABLE DES MATIÈRES

Art. 28 CP 5
Art. 179quater CP 31
Art. 197a CP 57
Art. 305ter CP 93
Art. 321ter CP 121
Art. 322ter CP 133
Art. 322quater CP 153
Art. 322quinquies CP 159
Art. 322sexies CP 165
Art. 322septies CP 169
Art. 322decies CP 177
Art. 329 CP 185
Art. 331 CP 193

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 28 CP

Un commentaire de Lorena Gisler

PROPOSITION DE CITATION

Lorena Gisler, Commentaire de l'art. 28 CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (édit.), Commentaire en ligne du Code pénal suisse

Citation abrégée: OK-Gisler, art. 28 CP N. XXX.

6. Punissabilité des médias

Art. 28

[1] Lorsqu'une infraction a été commise et consommée sous forme de publication par un média, l'auteur est seul punissable, sous réserve des dispositions suivantes.

[2] Si l'auteur ne peut être découvert ou qu'il ne peut être traduit en Suisse devant un tribunal, le rédacteur responsable est punissable en vertu de l'art. 322bis. À défaut de rédacteur, la personne responsable de la publication en cause est punissable en vertu de ce même article.

[3] Si la publication a eu lieu à l'insu de l'auteur ou contre sa volonté, le rédacteur ou, à défaut, la personne responsable de la publication, est punissable comme auteur de l'infraction.

[4] L'auteur d'un compte rendu véridique de débats publics ou de déclarations officielles d'une autorité n'encourt aucune peine.

TABLE DES MATIÈRES

I. Sens et finalité de l'art. 28 CP 8
II. Pénalisation exclusive de l'auteur (al. 1) 9
A. Notion de média 9
1. Compréhension du terme dans le contexte des structures médiatiques traditionnelles 9
2. Interprétation du terme dans le contexte des médias sociaux 10
B. Publication 11
1. Nécessité du caractère public 11
2. Limitation à une participation spécifique aux médias 12
C. Épuisement dans la publication 14
D. De la punissabilité de l'auteur 15
III. Responsabilité subsidiaire à deux niveaux (al. 2) 16
A. Niveau 1 : Responsabilité du rédacteur en chef 17
B. Niveau 2 : Responsabilité de la personne responsable de la publication 17
1. Publication en général 17
2. Publication sur Internet 18
IV. Publication sans le consentement de l'auteur (al. 3) 21
A. Publication à l'insu de l'auteur 22
B. Publication contre la volonté 22
V. Impunité de la couverture fidèle de la réalité (al. 4) 22
A. Motif de l'impunité 22
B. Notion d'autorité 23
C. Reportage fidèle à la vérité 23
D. Procédures publiques 25
E. Communications officielles 25
Bibliographie 26
Matériaux 29

I. SENS ET FINALITÉ DE L'ART. 28 CP

1 La disposition spéciale du droit pénal des médias prévue à l'art. 28 CP tient compte de l'importance majeure des **droits fondamentaux à la communication** garantis par la Constitution, en particulier la liberté d'expression et la liberté des médias.

2 En vertu de la **liberté d'opinion** inscrite à l'art. 16, al. 1 et 2, Cst., toute personne a le droit de se forger librement une opinion ainsi que de l'exprimer et de la diffuser sans entrave. La liberté des médias fait également partie des aspects centraux de la liberté d'expression.

3 La **liberté des médias**, telle que prévue à l'art. 17, al. 1, Cst., garantit la libre circulation de l'information et sert à protéger le libre échange des opinions. Outre l'activité de recherche, elle englobe également la mise à disposition et la diffusion d'informations et d'opinions à un nombre indéfini de destinataires. La **liberté de la création médiatique** qui y est associée est, en tant que « ressource fondamentale de la société », une condition structurelle d'un État de droit démocratique.

4 En tant que vecteurs d'information, les médias jouent un rôle de trait d'union entre l'État et le public. Dans leur **rôle de garde-fou**, ils doivent pouvoir dénoncer sans entrave les dysfonctionnements au sein de l'État et de la société et contribuer au contrôle des activités des autorités. En outre, la liberté d'expression et la diversité des publications qui en découle doivent garantir le débat public.

5 Il découle de ce contexte constitutionnel que les médias, en tant que **vecteurs de la critique et du contrôle publics**, ont besoin d'un cadre juridique particulier. La **responsabilité en cascade** prévue à l'art. 28 CP et la concentration qui en résulte sur une personne principalement responsable réduisent de manière ciblée le risque de responsabilité pénale pour les personnes participant à la production et à la diffusion de produits médiatiques. Cette modification ou limitation des règles relatives à l'auteur et à la participation empêche un « enchaînement » de la responsabilité pénale à tous les niveaux de la production et de la diffusion médiatiques et crée un équilibre entre la liberté des médias et la nécessité de sanctions pénales.

Étant donné que, dans le cas des infractions médiatiques, il est souvent impossible de déterminer de manière fiable si et dans quelle mesure une personne a participé à la publication punissable, il est également nécessaire, d'un **point de vue de la procédure pénale**, que les poursuites pénales se concentrent principalement sur une seule personne afin d'éviter des procédures lourdes et complexes visant à établir les responsabilités. 6

Sans cette responsabilité en cascade obligatoire et exhaustive, il y aurait un risque que la participation à la diffusion d'idées nouvelles et potentiellement controversées soit restreinte, voire étouffée. Cela priverait les médias de leur fondement en tant qu'institution de la sphère publique démocratique et de leur fonction de gardien de la société. L'art. 28 CP vise donc à **éviter les effets dissuasifs répressifs** et à protéger la liberté d'expression et la liberté des médias. 7

Le sens et l'objectif exposés soulèvent la question de savoir si la disposition spéciale élaborée pour les médias traditionnels est ou devrait être transposable aux **réseaux sociaux**. Compte tenu de l'accessibilité générale des possibilités de publication sur Internet et de l'évolution de la structure des médias, un traitement privilégié dans le cadre de l'art. 28 CP semble discutable au regard du droit en vigueur et nécessite des recherches supplémentaires. 8

II. PÉNALISATION EXCLUSIVE DE L'AUTEUR (AL. 1)

A. Notion de média

L'art. 28 CP présuppose la commission d'une infraction « par publication dans un média ». Son applicabilité est donc liée à l'**utilisation d'un média**. 9

1. Compréhension du terme dans le contexte des structures médiatiques traditionnelles

Le terme de «presse à imprimer», qui a marqué la genèse de la norme, englobait tous les produits pouvant être **reproduits** en nombre illimité au moyen d'un procédé mécanique, tels que les brochures ou les affiches. 10

Lors de la révision du droit pénal des médias en 1996, le législateur a fondé son approche sur une « vision globale des médias », adoptant ainsi une conception large et flexible de la notion de média afin de pouvoir tenir 11

compte des évolutions techniques rapides. Il a ainsi prévu une extension du champ d'application à tous les moyens pouvant être utilisés pour la communication et donc « à tous les médias ». Il a toutefois renoncé à donner une définition normative de ce terme. Il en résulte une **interprétation ouverte** et **dynamique de la notion**, dont la concrétisation est laissée à la doctrine et à la jurisprudence.

12 La majeure partie de la doctrine actuelle ainsi que la jurisprudence partent d'une **notion fonctionnelle des médias**, qui ne se limite pas aux médias de masse, mais englobe tous les moyens physiques et électroniques pouvant être utilisés pour la communication. Outre les **supports de communication** classiques, tels que les journaux, les magazines ou la radio, le Tribunal fédéral considère également les **moyens de communication** électroniques, comme la vidéo, le télétexte ou le vidéotexte, comme des médias. Une périodicité n'est pas requise, de sorte que les productions médiatiques ponctuelles ou irrégulières sont également couvertes, en particulier les publications sous forme de livres ou les films de cinéma. De même, il importe peu que la reproduction ait lieu au sein d'une entreprise organisée ou en dehors de celle-ci.

2. Interprétation du terme dans le contexte des médias sociaux

13 L'émergence des médias sociaux soulève la question de savoir si ceux-ci relèvent également du champ d'application de l'art. 28 CP. La grande majorité de la doctrine, se fondant sur une **interprétation large de la notion**, part du principe que les médias sociaux relèvent de la notion de « média ». Des voix critiques s'élèvent toutefois pour réclamer une limitation aux entreprises médiatiques organisées de manière commerciale ou pour ne pas qualifier, par principe, les médias sociaux tels que Facebook ou Twitter de « média » au sens de l'art. 28 du CP.

14 Les médias sociaux constituent un **terme générique** désignant une multitude d'infrastructures et de technologies numériques interconnectées qui permettent la création, l'édition et la publication de contenus en ligne, facilitent l'accès à l'information et sa diffusion, et favorisent la participation active et l'entretien des relations entre les personnes. Les médias sociaux se présentent sous différentes formes. Outre les réseaux sociaux, les microblogs, les groupes de discussion, les services de messagerie instantanée et les sites de médias audiovisuels, des formes hybrides sont également possibles.

Cette conception du terme montre clairement que le classement des médias sociaux en tant que catégorie supérieure ne permet pas encore de conclure directement si, dans un cas concret, il existe un produit médiatique relevant du droit pénal des médias dans un média visé par l'art. 28 CP. Le Tribunal fédéral souligne que la notion large de média **n'**implique pas que les médias sociaux doivent **automatiquement être qualifiés de média**. Il relativise la condition autonome du média en subordonnant l'applicabilité de l'art. 28 CP, dans chaque cas particulier, au fait que « le produit médiatique soit rendu accessible au public ». La délimitation du champ d'application passe ainsi de la simple notion de média à l'exigence d'une mise à disposition effective du public. 15

Afin d'éviter ce glissement, la qualification de média doit être subordonnée à la question de savoir si, par un moyen donné, des contenus intellectuels ou visuels *peuvent* **être mis à la disposition** d'un cercle plus large de personnes sans lien personnel entre elles et si ce moyen est donc *apte à la diffusion publique*. L'exigence de publication, en revanche, porte sur l'utilisation concrète du média et doit être examinée comme une condition distincte. 16

B. Publication

1. Nécessité du caractère public

L'infraction doit être commise par voie de publication. Il y a publication lorsqu'un contenu est mis en circulation et est ainsi **soustrait** au **pouvoir de contrôle ou d'influence** de l'auteur, ce qui fait que celui-ci ne peut plus contrôler l'accès des destinataires. 17

Le contenu doit donc être **accessible au public**, de sorte qu'il puisse être perçu par un nombre indéfini de personnes ou par un cercle plus large de personnes qui ne sont pas liées par des relations personnelles. N'est donc pas considéré comme publié un contenu qui reste dans le cadre privé, le privé étant caractérisé par le cercle familial et amical ou par une relation de confiance particulière. Cela inclut notamment la communication entre particuliers par e-mail ou SMS. Cette exigence de mise à disposition du public permet de délimiter le champ d'application par rapport à la communication directe, qui ne relève pas de l'art. 28 CP. 18

19 Il y a également publication lorsque le contenu est mis à la disposition d'un cercle restreint de destinataires, pour autant qu'il puisse en principe être **pris connaissance par toute personne intéressée** au sein de ce cercle. C'est par exemple le cas lorsqu'une brochure est distribuée dans une commune à deux cents exemplaires.

20 Une **prise de connaissance effective** du contenu n'est **pas requise**. La limitation dans le temps de l'accessibilité n'annule pas la publication. Même si les contenus sont retirés ou supprimés ultérieurement, ils sont considérés comme publiés.

21 Pour les **produits de presse**, c'est le début de la distribution, par exemple par le dépôt à la poste, qui est déterminant pour la publication. Pour les **médias électroniques**, l'exigence de caractère public est remplie non seulement pour les sites web, mais aussi pour les communications dans des groupes de discussion, via des applications ou par la diffusion via des listes de diffusion, pour autant que celles-ci s'adressent à un large public.

22 En ce qui concerne les **plateformes de réseaux sociaux**, on part en principe du principe qu'elles s'adressent au public. Il y a exception lorsque l'auteur rend délibérément un message accessible uniquement à un cercle restreint de personnes par le biais de paramètres individuels. Les messages diffusés dans des cercles de communication fermés et liés par des relations personnelles ne relèvent donc pas du champ d'application de l'art. 28 CP. Une contribution peut donc être considérée comme une publication dans un média lorsqu'elle s'adresse à un **cercle plus large de personnes sans lien personnel entre elles**. À ce jour, les contributions publiées sur le plus grand réseau social au monde, «Facebook», ainsi que sur la plateforme de microblogging «Twitter», ont été explicitement qualifiées de publication dans un média.

2. Limitation à une participation spécifique aux médias

23 Une publication peut nécessiter non seulement la **production**, mais aussi la **diffusion** d'un produit médiatique. Le nombre de personnes potentiellement impliquées dans ce processus peut être important, car celles-ci ne doivent pas nécessairement faire partie d'une entreprise de médias.

24 Afin de limiter l'applicabilité de l'art. 28 CP, une **participation spécifique aux médias** à la production ou à la diffusion du produit médiatique est

requise. Quiconque participe à une publication au sein de la chaîne de production et de diffusion typique peut invoquer la punissabilité exclusive de l'auteur. En cas de participation en dehors de cette chaîne, le lien spécifique aux médias disparaît et, par conséquent, le privilège de responsabilité. Dans un tel cas, la responsabilité pénale pour l'infraction médiatique en question est examinée selon les règles générales relatives à l'auteur et à la participation, car il est exclu de se prévaloir de la responsabilité en cascade au sens de l'art. 28 CP.

Il convient d'examiner au **cas par cas** ce qui relève de la participation spécifique aux médias. Se pose alors la question centrale, dont la réponse varie selon le média, de savoir quand une publication est considérée comme achevée, car c'est à ce moment-là que la possibilité d'une participation spécifique aux médias prend fin. Tant que le processus de publication peut encore être interrompu et qu'il est donc possible d'exercer une influence ou un contrôle sur le contenu, l'acte n'est pas achevé. Ce n'est que lorsque l'expression est visible et perceptible par des tiers que la publication est considérée comme achevée. 25

Les difficultés d'application du critère de la participation spécifique au média apparaissent notamment dans le cas des **réseaux sociaux**. Le Tribunal fédéral s'est récemment penché sur cette question dans un arrêt concernant Facebook, sans pour autant exposer explicitement la chaîne de production et de diffusion typique. 26

Alors que **les retweets** (plateforme X, anciennement Twitter) sont encore considérés comme faisant partie de la diffusion typique du média en raison de leur conception technique, un **repost accompagné d'un commentaire personnel** sur Facebook est considéré comme une publication autonome et ne relève donc plus du champ d'application de l'art. 28 CP. Pour justifier cette position, le Tribunal fédéral fait valoir que le message initial échappe au contrôle de son auteur d'origine dès lors qu'il est partagé et commenté. Un repost accompagné d'un commentaire personnel peut toutefois, à titre exceptionnel, être considéré comme une contribution spécifique aux médias si, sur le fond – à l'instar d'une citation –, il traite de la contribution initiale et si l'intention du repost ne vise pas la simple diffusion de l'expression punissable, mais une discussion spécifique à la plateforme sur la contribution. 27

28 D'autres formes de diffusion, telles que le **«like»**, ne sont pas couvertes par la chaîne de production et de diffusion spécifique aux médias. La **création d'un lien hypertexte** ne fait partie de la chaîne de production et de diffusion typique que dans des cas exceptionnels, car la personne qui crée le lien est rarement directement impliquée dans le processus de publication. En règle générale, un lien renvoie simplement à des contenus déjà publiés.

C. Épuisement dans la publication

29 L'infraction doit s'épuiser dans la publication. Le champ d'application est donc limité aux **infractions médiatiques**. Il s'agit de faits dont la réalisation de l'infraction s'épuise **dans la publication punissable**. Cette condition est notamment remplie dans le cas d'infractions d'action fondées sur une expression d'opinion punissable. Les infractions dont la réalisation requiert un résultat allant au-delà de la publication sont donc exclues.

30 Les **infractions d'expression d'idées** satisfont à l'exigence selon laquelle le comportement punissable doit être réalisé exclusivement par la publication. Les infractions classiques en la matière sont les atteintes à l'honneur au sens des art. 173 ss CP. Sont également **visés par** l'art. 28 CP l'art. 162 CP (violation du secret de fabrication ou du secret d'affaires), l'art. 259 CP (incitation publique au crime ou à la violence), l'art. 276 CP (incitation et incitation à la violation des obligations militaires), l'art. 293 CP (divulgation de délibérations officielles secrètes), les art. 320 s. CP (violation du secret de fonction et du secret professionnel) et l'art. 3 en relation avec l'art. 23 LCD (concurrence déloyale).

31 Les infractions dont la réalisation présuppose une **participation active** ou dont le résultat dépend d'un **effet psychique sur la victime** sont exclues du champ d'application de l'art. 28 CP, car la réalisation de l'infraction n'intervient pas dès la publication du contenu. L'art. 28 CP ne s'applique donc **pas** à l'art. 146 CP (escroquerie), à l'art. 156 CP (extorsion), à l'art. 180 CP (menace), à l'art. 181 CP (contrainte) ni à l'art. 258 CP (effroi de la population). L'applicabilité de l'art. 28 CP aux dispositions de la LDA (violations du droit d'auteur) est controversée.

32 Le Tribunal fédéral a en outre établi que **l'art. 28 CP ne s'applique que** si son application **ne contredit pas l'objectif** que le législateur poursuit en sanctionnant l'infraction principale sous-jacente. Cette restriction se justifie

par le fait qu'une norme pénale visant précisément à empêcher la publication de certaines déclarations ou représentations – donc de contenus illégaux – serait contournée dans son objectif législatif par une appréciation des responsables au titre de l'art. 28 CP. Sur la base de cette condition, l'application de l'art. 28 CP est notamment exclue en ce qui concerne l'art. 135 CP (représentations de la violence), l'art. 197, al. 4, CP (pornographie dure) et l'art. 261bis, al. 4, CP (discrimination et incitation à la haine).

Cette restriction du champ d'application introduite par le Tribunal fédéral, contrairement au libellé de la loi, est **critiquée** par la **doctrine dominante**, car elle vide largement de sa substance le droit pénal des médias. Afin de garantir la sécurité juridique, il est notamment exigé que le législateur inscrive dans la loi une liste exhaustive des infractions médiatiques. 33

D. De la punissabilité de l'auteur

Si les conditions de l'art. 28, al. 1, CP sont remplies, **seul l'auteur** est responsable, sous réserve des alinéas 2 à 4. Cela découle du fait que tant le contrôle du contenu que le pouvoir de décision quant à la publication lui incombent, pour autant que la publication n'ait pas eu lieu sans son consentement (cf. art. 28, al. 3, CP).

La responsabilité pénale exclusive de l'auteur confère un statut privilégié à toutes les personnes, à l'exception de l'auteur, qui ont **contribué au produit médiatique en tant que professionnels des médias**. Elles sont soumises à la responsabilité en cascade et, par dérogation à la doctrine générale de l'auteur et de la complicité, restent impunies ou ne peuvent être tenues pour responsables qu'à titre subsidiaire. 35

Est considéré comme auteur quiconque **détermine** le **contenu** du produit médiatique et lui **donne sa forme extérieure**. Cette condition est également réputée remplie lorsque le contenu est repris dans un nouveau document ou publié en ligne dans le cadre d'un site web. En ce sens, les blogueurs et les auteurs de lettres de lecteurs ou de chroniques peuvent également être qualifiés d'auteurs. Est également considéré comme auteur celui qui fait **rédiger le contenu par un tiers** ou qui **se présente comme l'auteur** et en assume la responsabilité. 36

N'est pas considérée comme auteur la **personne qui traduit**, car elle ne façonne pas le contenu intellectuel de manière autonome, pour autant qu'elle 37

n'apporte aucune modification au contenu et que la traduction ne comporte aucune erreur altérant le sens. N'est pas non plus visée la personne qui retransmet un communiqué d'agence en citant la source. De même, l'exploitant d'un forum de discussion sur Internet n'est pas considéré comme un auteur, car il ne façonne pas lui-même le contenu et n'apporte pas sa contribution intellectuelle aux contributions.

38 En cas d'infraction pénale commise conjointement par plusieurs auteurs, tous les auteurs peuvent être tenus pénalement responsables en tant qu'auteurs, conformément aux principes de la complicité.

39 Contrairement au droit pénal, le **droit civil** ne prévoit aucune disposition limitant la responsabilité exclusivement à l'auteur. La personne lésée peut donc engager une action civile en vertu de l'art. 28, al. 1, CC, selon lequel il est possible de poursuivre toute personne ayant contribué à l'atteinte à la personnalité.

III. RESPONSABILITÉ SUBSIDIAIRE À DEUX NIVEAUX (AL. 2)

40 L´art. 28, al. 2, CP **limite le cercle des responsables potentiels** à une série hiérarchisée de responsables subsidiaires. Conformément à l'art. 322, al. 1, CP, les entreprises de médias sont tenues de divulguer l'identité des personnes responsables au sens de l'art. 28, al. 2 ou 3, CP. Une partie de la doctrine en conclut que seules les personnes travaillant au sein de l'entreprise de médias concernée peuvent être considérées comme responsables subsidiaires. Le Tribunal fédéral, en revanche, étend la responsabilité en cascade également aux personnes qui n'appartiennent pas à une entreprise de médias.

41 Les responsables subsidiaires ne sont pas punissables pour le délit de presse, mais – conformément au principe de la culpabilité – exclusivement en vertu de l'art. 322bis CP pour le délit d'omission proprement dit consistant à **ne pas empêcher, intentionnellement ou par négligence, une publication punissable**. Cette procédure est engagée d'office lorsque l'auteur n'est pas identifié ou ne peut être traduit en justice en Suisse.

42 Le **manquement à l'obligation d'empêcher une publication** est avéré lorsqu'une publication n'a pas été empêchée alors qu'il était possible de le faire. Il n'existe en revanche aucune obligation d'intervenir contre des publications déjà effectuées, car l'infraction est alors déjà consommée. Une

participation à l'infraction n'est donc plus possible, ce qui exclut également l'application de la responsabilité en cascade au sens de l'art. 28 CP.

Si l'**infraction médiatique commise par l'auteur est une infraction poursuivie sur plainte**, la responsabilité subsidiaire au sens de l'art. 322bis, al. 3, CP ne s'applique que si une plainte pénale a été déposée dans les délais contre l'auteur (connu ou inconnu). 43

A. Niveau 1 : Responsabilité du rédacteur en chef

Si l'**auteur ne peut être identifié** ou **ne peut être traduit en justice** en Suisse, le rédacteur en chef est responsable à sa place à titre subsidiaire. 44

Est considérée comme rédacteur en chef la personne qui détient à la fois la **responsabilité du contenu** et le **pouvoir de décision effectif** sur les contenus destinés à la publication. La publication doit relever de son domaine de responsabilité, l'élément déterminant étant qu'elle dispose de la possibilité effective de procéder à une révision rédactionnelle du contenu. La responsabilité subsidiaire du rédacteur responsable s'étend exclusivement aux publications de l'entreprise de médias pour laquelle il travaille. 45

Conformément à l'art. 322, al. 2, CP, les journaux et les magazines doivent mentionner un rédacteur responsable dans les **mentions légales**. Celui-ci ne doit toutefois pas nécessairement être la personne désignée dans les mentions légales. Ce qui est déterminant, c'est plutôt de savoir qui avait effectivement la possibilité de modifier le contenu relevant du droit pénal ou de ne pas le publier. 46

B. Niveau 2 : Responsabilité de la personne responsable de la publication

1. Publication en général

En l'absence de rédacteur responsable, ce qui est surtout le cas en dehors des entreprises de médias, la **personne responsable** de la publication est alors tenue pour responsable en vertu de l'art. 322bis CP. 47

Pour qu'une personne soit considérée comme responsable, elle doit avoir participé, sur le fond ou sur le plan économique, à la décision relative à la publication. Sont également visées les personnes qui sont soumises à une 48

obligation de surveillance spécifique aux médias et qui disposent de la **possibilité** effective d'**empêcher une publication**.

2. Publication sur Internet

49 Une publication sur Internet implique généralement **plusieurs acteurs** susceptibles d'être considérés comme des personnes responsables. Cette implication multiple complique l'imputation de la responsabilité pénale et soulève la question de savoir si les fournisseurs d'accès à Internet au sens de l'art. 28, al. 2, CP peuvent également être tenus responsables à titre subsidiaire. La jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral laisse cette question sans réponse.

50 Contrairement aux entreprises médiatiques qui produisent leurs propres contenus, les **fournisseurs d'accès à Internet** mettent avant tout à disposition une infrastructure technique pour les publications. On peut les distinguer grossièrement comme suit :

- Fournisseurs de contenu : proposent leurs propres contenus ou des informations reprises de tiers.
- Fournisseurs d'accès : assurent l'accès au Web et à d'autres services Internet.
- Fournisseurs d'hébergement : mettent à la disposition des fournisseurs de contenu, sur une base contractuelle, de l'espace de stockage et une infrastructure de serveurs sur leur serveur web.

51 La question de savoir si ces acteurs peuvent être qualifiés de personnes responsables de la publication est controversée et dépend de leur **influence** sur le contenu ainsi que de leur **pouvoir d'empêcher la publication**. Les fournisseurs étant le plus souvent des personnes morales, se pose alors la question de savoir sur la base de quels critères la personne physique responsable doit être identifiée.

52 En ce qui concerne les **fournisseurs de contenu**, le consensus est clair. Ils conçoivent les contenus et prennent ainsi des décisions rédactionnelles. Du point de vue de la responsabilité, il importe peu qu'une déclaration figure dans les médias traditionnels ou sur un site web. Les fournisseurs de contenu sont donc considérés comme des **personnes responsables à titre subsidiaire**.

En revanche, des questions complexes se posent concernant les **fournisseurs d'accès et d'hébergement**. La question de savoir si ceux-ci sont ou devraient être visés par la responsabilité en cascade est controversée. Si l'on part du principe que l'art. 322bis CP lie la responsabilité à l'appartenance à une entreprise de médias, seules sont concernées les personnes qui exercent une activité typique des médias au sein d'une telle entreprise. Il en résulte que les fournisseurs d'accès à Internet ne relèvent en principe pas du champ d'application de la responsabilité en cascade, à moins qu'ils n'exercent parallèlement des fonctions typiques des médias. Le message et un rapport de l'Office fédéral de la justice ont toutefois approuvé en principe la qualification des fournisseurs d'accès et d'hébergement en tant que personnes responsables à titre subsidiaire au sens de l'art. 28, al. 2, CP. La doctrine rejette en revanche largement cette approche et considère à juste titre que les fournisseurs d'accès et d'hébergement ne relèvent pas du champ d'application. 53

Les fournisseurs d'accès fournissent exclusivement l'accès technique à Internet et permettent aux utilisateurs d'accéder à des contenus déjà publiés, sans exercer eux-mêmes d'influence sur ceux-ci.

L'Office fédéral de la justice justifie la responsabilité subsidiaire par le fait que les fournisseurs d'accès constituent un « maillon indispensable de la chaîne » pour acheminer les contenus créés par l'auteur vers l'utilisateur final. Dans le même temps, il limite cette responsabilité : les fournisseurs d'accès ne sont considérés comme subsidiairement responsables que s'ils ont acquis une **connaissance concrète et fiable** de l'existence d'un contenu délictueux déterminé et qu'ils ont ensuite omis de le supprimer de manière intentionnelle. Ce raisonnement méconnaît toutefois le fait que, conformément à l'art. 322bis, al. 1, du CP, l'omission par négligence est également punissable, ce qui présuppose la violation d'un devoir de diligence. Il n'existe pas d'obligation de contrôle ou de surveillance (préalable) généralisée des contenus, et une telle obligation doit être rejetée. En l'absence de base légale spécifique, l'Office fédéral de la justice déduit de manière peu convaincante le devoir de diligence requis du **principe général du risque**, au motif que les médias présentent un potentiel de danger particulier et que les contenus relevant du droit pénal ne parviendraient pas à l'utilisateur sans le fournisseur d'accès. Il ressort clairement de la justification supposée de la limitation de la responsabilité que les fournisseurs d'accès devraient, en raison 55

d'un comportement négligent, être qualifiés de responsables subsidiaires dans presque tous les cas. Il convient de contester cette thèse.

56 La responsabilité subsidiaire présuppose qu'il existe des possibilités réalistes de **contrôler les contenus** et d'**empêcher** leur **publication**. Or, ce n'est justement pas le cas pour les fournisseurs d'accès. La mise à disposition de l'accès sert uniquement les utilisateurs et ne justifie aucune responsabilité quant aux contenus publiés. Les fournisseurs d'accès n'exercent **ni** une **activité éditoriale**, ni ne disposent de mécanismes de filtrage actifs. Compte tenu de l'énorme volume de données, **les possibilités de contrôle sont de facto exclues**. Ils n'ont donc pas la possibilité de surveiller les contenus ou d'empêcher leur publication. Techniquement, ils ne peuvent que suspendre l'accès. De plus, il n'existe généralement aucune relation directe ou contractuelle avec l'auteur. Les fournisseurs d'accès ne doivent donc **pas** être qualifiés de **personnes responsables à titre subsidiaire**.

57 **Les hébergeurs** exploitent l'infrastructure technique et procèdent régulièrement à la mise en ligne automatisée de contenus. Ce faisant, les données du fournisseur de contenu sont stockées sur le serveur de l'hébergeur.

58 Selon l'Office fédéral de la justice, dans la chaîne de transmission entre l'auteur et l'utilisateur, les hébergeurs sont fonctionnellement **les plus proches** de l'**auteur**. En raison de leur lien contractuel avec l'auteur, ils pourraient se réserver des droits de surveillance sur les contenus qu'ils transmettent. Par conséquent, ils seraient en mesure de prendre les mesures de blocage nécessaires si besoin. Dans ces circonstances, il semble approprié de qualifier les hébergeurs de personnes responsables à titre subsidiaire.

59 Les hébergeurs ne participent **pas au processus de publication à titre de surveillance** et n'exercent **aucune activité rédactionnelle**. Ils disposent certes des moyens techniques pour empêcher une publication par des mesures de blocage. Il n'existe toutefois pas d'obligation de surveillance, car il n'y a pas d'obligation d'empêcher de futures violations du droit. L'activité des hébergeurs se limite à la mise à disposition d'espace de stockage et à la mise en ligne automatisée d'informations. Il n'en découle aucune responsabilité quant aux contenus. Les hébergeurs ne doivent donc **pas** être qualifiés de **personnes responsables à titre subsidiaire**.

En raison des incertitudes existant quant au champ d'application de l'art. 28 CP et de l'art. 322bis CP, le Conseil fédéral a chargé en 2004, en réponse à une motion, une commission d'experts d'élaborer un projet de révision. Dans le cadre de ces travaux, une règle de responsabilité pour les fournisseurs d'accès a été proposée, qui se démarquait clairement du champ d'application de l'art. 28 CP. Le Parlement **a toutefois renoncé** à **introduire une telle réglementation**, estimant que « des solutions appropriées sont possibles sur la base du droit pénal des médias (...) et des principes généraux relatifs à l'auteur et à la participation (...) ». 60

L'exploitation de **plateformes de réseaux sociaux** soulève également des questions spécifiques en matière de responsabilité. Les exploitants de plateformes façonnent l'environnement de communication et déterminent les possibilités de communication et de diffusion des contenus. Le Tribunal fédéral a toutefois rejeté l'existence d'une obligation générale de surveillance permanente des forums de discussion en ligne. Il est néanmoins concevable que les exploitants de plateformes soient tenus, dans certaines circonstances, de surveiller et d'empêcher la diffusion de contenus illicites. Cela vaut en particulier lorsqu'une violation du droit est prévisible au vu des circonstances, par exemple en cas d'infractions répétées commises par un utilisateur. La question de savoir si et dans quelles conditions les exploitants de plateformes de réseaux sociaux peuvent être poursuivis à titre subsidiaire reste donc ouverte et doit être appréciée au cas par cas en fonction du contexte. 61

IV. PUBLICATION SANS LE CONSENTEMENT DE L'AUTEUR (AL. 3)

Si une publication a lieu à l'insu ou contre la volonté de l'auteur, le **rédacteur responsable** et, à titre subsidiaire, la **personne responsable de la publication** sont punissables. L'auteur, en revanche, reste impuni, car il a contribué à la réalisation de l'infraction sans intention coupable. 62

Contrairement à l'art. 28, al. 2, CP, qui déduit la punissabilité d'une omission au sens de l'art. 322bis CP, une **participation active** est attribuée à l'auteur en cas de publication sans le consentement de l'auteur. Le rédacteur et, à titre subsidiaire, la personne responsable sont donc considérés comme les auteurs de l'infraction médiatique, ce qui exclut l'application de l'art. 322bis CP. Cette 63

interprétation, fondée sur le libellé de l'art. 28, al. 3, CP, est majoritairement considérée dans la doctrine comme une erreur du législateur.

A. Publication à l'insu de l'auteur

64 Il y a publication à l'insu de l'auteur lorsque celui-ci **ignore totalement** la publication dans le média concerné. Une simple méconnaissance de certaines modalités ne suffit en revanche pas. L'ignorance de l'auteur peut également porter sur des **interventions rédactionnelles ultérieures**, pour autant que celles-ci modifient de manière substantielle le sens du contenu et ne se limitent pas à des coupures ou à des modifications stylistiques du texte.

B. Publication contre la volonté

65 Il y a publication contre la volonté de l'auteur lorsque celui-ci a exprimé **expressément** ou **implicitement** son refus de la publication. La publication a également lieu contre la volonté de l'auteur dans les cas où il existe des malentendus quant aux accords conclus. Si la publication d'un projet intervient avant que l'auteur n'ait pu procéder à la vérification ou à l'adaptation convenue, cela doit être qualifié de **comportement contraire à l'accord** et donc de publication contre sa volonté ou à son insu.

V. IMPUNITÉ DE LA COUVERTURE FIDÈLE DE LA RÉALITÉ (AL. 4)

A. Motif de l'impunité

66 Le motif justificatif de la couverture fidèle de la réalité des délibérations publiques et des communications officielles souligne la volonté de protéger la liberté des médias conformément à l'art. 17 Cst. Dans l'intérêt de la **formation de l'opinion publique** et afin de promouvoir les débats démocratiques, les médias doivent avoir le pouvoir de rendre compte des activités des autorités. L'impunité remplit une **fonction de protection démocratique** en garantissant la transparence du flux d'informations publiques et la liberté d'expression, assurant ainsi le contrôle du pouvoir étatique par le public.

B. Notion d'autorité

Sont considérés comme autorités tous les organes dotés par la loi de **pouvoirs officiels**. Les autorités visées ne se limitent pas aux organes législatifs, mais s'étendent à tous les organes qui exercent des fonctions étatiques en vertu de compétences souveraines. En font notamment partie les organes constitutionnels de la Confédération et des cantons, les tribunaux, les conseils communaux, les assemblées communales, les Landsgemeinden et les synodes. Les autorités étrangères sont également visées. 67

En raison du lien avec les pouvoirs officiels, **les particuliers agissant dans l'exercice de la puissance publique** sans disposer d'une compétence décisionnelle propre, tels que les personnes tenues au secret de fonction ou, au niveau fédéral, tous les organes fédéraux soumis à la loi sur la protection des données, doivent également être qualifiés d'autorités. On peut citer à titre d'exemple les CFF ou la SUVA. 68

L'application de l'immunité de reportage aux **autorités judiciaires** comporte le risque que des informations confidentielles soient rendues publiques. Étant donné que, dans les procédures concernées, il n'existe souvent pas d'obligation générale de dire la vérité et que des parties ayant des rôles procéduraux différents sont impliquées, il en résulte un risque considérable de fausses déclarations et d'atteinte aux droits des parties à la procédure ou de tiers. 69

C. Reportage fidèle à la vérité

Il y a reportage dès lors qu'il est **évident** pour le public que les contenus reproduits ont été soit **prononcés lors d'une audience publique**, soit **issus d'une communication officielle**. Les enregistrements visuels et sonores relèvent également de la notion de reportage. Une impunité au sens de l'art. 28, al. 4, CP n'est toutefois envisageable que si leur enregistrement est autorisé par la loi. 70

Si l'audience publique ou la communication officielle ne fait pas elle-même l'objet du reportage médiatique, mais est simplement utilisée comme **argument complémentaire** dans un reportage sur une personne ou un autre fait, il ne s'agit **pas d'un reportage**. Cette distinction constitue le fondement de l'exigence de fidélité à la vérité. 71

72 Un reportage est fidèle à la vérité dans la mesure où les déclarations qu'il contient sont reproduites correctement, soit **mot pour mot**, soit **dans leur esprit**. Un examen matériel de l'exactitude du contenu n'est pas exigé.

73 La fidélité à la vérité **n'exige pas une reproduction intégrale**. Ce qui est déterminant, c'est que le reportage donne au lecteur une idée fidèle du contenu. L'omission de certaines déclarations ne constitue pas en soi une violation de la fidélité à la vérité. En particulier dans le cadre de reportages sur des audiences publiques, les résumés ainsi que la mise en avant d'autres aspects que l'accusation sont fréquents et ne constituent pas en eux-mêmes une violation de la vérité.

La couverture médiatique des procédures pénales en cours doit toutefois impérativement tenir compte de la présomption d'innocence. Il doit être suffisamment clair que les faits présentés ne sont pas encore prouvés et doivent encore être constatés de manière définitive par le tribunal. Cela peut par exemple être exprimé par des formulations telles que « selon le ministère public » ou « selon l'acte d'accusation ».

74 La couverture fidèle à la vérité englobe également **les commentaires et la critique**. En tant qu'expression d'opinion, la critique sert à l'assurance qualité sociale et relève donc également du privilège d'impunité. Étant donné que la véracité des commentaires et des jugements de valeur ne peut être prouvée, leur admissibilité s'apprécie en fonction de leur fondement factuel suffisant et de leur caractère raisonnable dans ce contexte.

75 Seules **les déformations tendancieuses** qui ne donnent pas une image globale correspondant à la réalité constituent un reportage illicite. Le degré de diligence requis pour un reportage fidèle à la vérité ainsi que l'étendue de la présentation journalistique dépendent des particularités du média concerné et des attentes du public. Dans ce contexte, une présentation sensationnaliste avec des titres et des images accrocheurs peut également être admissible. En revanche, il est interdit de présenter des déclarations non exprimées comme des citations littérales présumées en les plaçant entre guillemets. **Les jugements de valeur excessifs** sont **interdits**, car ils sont contraires à l'esprit et à la lettre de l'art. 28, al. 4, CP, qui vise la description de faits que toute personne présente dans la salle d'audience pourrait théoriquement percevoir de « ses propres yeux et oreilles » ou lire dans des communications officielles.

D. Procédures publiques

L'impunité relative à la couverture médiatique d'une procédure se fonde sur le caractère public de celle-ci. Elle n'est donc accordée que si une procédure est accessible à un **public potentiellement illimité**. Cela inclut également les séances des autorités, même si elles ne sont accessibles qu'à une partie limitée du public, pour autant qu'elles ne soient pas soumises à l'obligation de confidentialité. Une audience est également considérée comme publique lorsque certaines personnes en sont exclues pour des raisons particulières. Une assemblée publique, ouverte en principe à tous, ne perd donc pas son caractère public du fait qu'une seule personne en soit expulsée a posteriori. 76

Même en l'absence d'un public général, le privilège de la couverture médiatique fidèle à la vérité subsiste, pour autant que des **journalistes accrédités** soient admis à l'audience conformément à l'art. 70, al. 3, CPP et qu'**aucune interdiction légale de couverture médiatique** n'existe. Il en résulte a contrario que la couverture médiatique de procédures secrètes n'est pas couverte par l'impunité (cf. art. 293 CP). 77

E. Communications officielles

Les communications englobent toutes les **formes orales** et **écrites** de communication administrative, y compris les déclarations officielles, les discours et les rapports, ainsi que ceux diffusés sur les réseaux sociaux. Seules les communications officielles sont toutefois couvertes par l'impunité. 78

Le caractère officiel s'appuie sur la pratique d'information des autorités, conforme au droit et exempte d'arbitraire, lors de la publication de faits officiels, ainsi que sur les définitions contenues dans les lois sur l'information et la transparence. La caractéristique centrale réside donc dans le fait qu'une communication sert à l'accomplissement d'une **mission publique** incombant à la collectivité. Les informations relatives à la vie privée des titulaires de fonctions officielles en sont ainsi exclues. 79

L'impunité s'applique exclusivement lorsque des communications officielles sont rendues accessibles à un public potentiellement illimité, par exemple par la publication d' rapports, d'études ou d'expertises d'office. Les communications orales lors de **conférences de presse**, qui s'adressent à un public (médiatique) illimité et peuvent être diffusées au grand public, en font également partie. La question de savoir si les **renseignements oraux** et les 80

interviews sont concernés est controversée dans la doctrine, car ils ne s'adressent pas nécessairement au public.

81 Sont également considérés comme des communications officielles les documents rendus accessibles sur **demande individuelle**, pour autant qu'une obligation légale ou le principe d'égalité devant la loi oblige les autorités à en permettre la consultation.

BIBLIOGRAPHIE

Bähler Regula, Tweet und Retweet: Mitgegangen, mitgefangen – Aber nicht immer, Medialex 2017, S. 40–44.

Canonica Simon, Tücken der neuen Kaskadenhaftung, Medialex 2000, S. 63–64.

Corboz Bernard, Kommentierung zu Art. 322bis StGB, in: Corboz Bernard (Hrsg.), Les infractions en droit suisse, Volume II, Bern 2010.

Donatsch Andreas/Godenzi Gunhild/Tag Brigitte, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 10. Aufl., Zürich 2022.

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017.

Dupuis Michel/Moreillon Laurent/Piguet Christophe/Berger Séverine/Mazou Miriam, Kommentierung zu Art. 28 StGB, in: Dupuis Michel/Moreillon Laurent/Piguet Christophe/Berger Séverine/Mazou Miriam/Rodigari Virginie (Hrsg.), Petit Commentaire, Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017.

Dupuis Michel/Moreillon Laurent/Piguet Christophe/Berger Séverine/Mazou Miriam, Kommentierung zu Art. 322bis StGB, in: Dupuis Michel/Moreillon Laurent/Piguet Christophe/Berger Séverine/Mazou Miriam/Rodigari Virginie (Hrsg.), Petit Commentaire, Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017.

Hafter Ernst, Umfang des Pressedelikts und strafrechtliche Sonderstellung der Presse, ZStrR 40 (1927), S. 134–153.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024.

Musy Stéphanie, La répression du discours de haine sur les réseaux sociaux, SJ 2019, S. 1–22.

Niggli Marcel Alexander/Schwarzenegger Christian, Strafbare Handlungen im Internet, SJZ 98/2002, S. 61–73.

Nobel Peter/Weber Rolf H., Medienrecht, 4. Aufl., Bern 2021.

Riedo Christof/Beglinger Robin, Ehrverletzungen im Internet – insbesondere auf Facebook, AJP 2021, S. 1249–1262.

Riklin Franz, Kaskadenhaftung – quo vadis?, Medialex 2000, S. 199–208 (zit. Kaskadenhaftung).

Riklin Franz, Schweizerisches Medienstrafrecht, in: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie (Hrsg.), Medien, Kriminalität und Justiz, Chur et al. 2001, S. 67–90 (zit. Medienstrafrecht).

Riklin Franz, Schweizerisches Presserecht, Bern 1995 (zit. Presserecht).

Riklin Franz, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenslehre, 2. Aufl., Zürich 2002 (zit. Strafrecht).

Roth Simon, Urteilsbesprechung, Nr. 26 Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung – Einzelgericht, Urteil vom 26. Januar 2016 i.S. Hermann Lei gegen B., GG150250, forumpoenale 5 (2017), S. 290–294.

Salmina Edy, Medien. Die vierte Gewalt. Medienfreiheit | Medienverantwortung | Medienopfer, Einblicke eines Insiders, Bern 2018.

Schultz Hans, die unerlaubte Veröffentlichung – ein Pressedelikt?, ZStrR 109 (1991), S. 273–281.

Schwaibold Matthias, Lausanner Nebelpetarden zu Facebook, Anmerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 6B_440/2019 vom 18. November 2020, sui generis 2021, S. 1–11 (zit. Facebook).

Schwaibold Matthias, Warum «Twitter» kein Medium im Sinne des Strafrechts ist, sui generis 2017, S. 113–147 (zit. Twitter).

Schwarzenegger Christian, Der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts (Art. 28, 322bis StGB), in: Cavallo Angela/Hiestand Eliane/Blocher Felix/Arnold Irene/Käser Beatrice/Caspar Milena/Ivic Ingo (Hsrg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Zürich et al. 2012, S. 165–188 (zit. Anwendungsbereich).

Schwarzenegger Christian, Twibel – «Tweets» und «Retweets» mit ehrrührigem Inhalt aus strafrechtlicher Sicht, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, S. 217–231 (zit. Twibel).

Schwarzenegger Christian/Niggli Marcel Alexander, Über die Strafbarkeit des Hyperlink-Setzers – Zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 10. September 2002, Medialex 2003, S. 26–32.

Sempach Niklaus, Strafbarkeit von Gewaltaufrufen in sozialen Medien, Medialex 09 (2023), DOI: https://doi.org/10.52480/ml.23.13.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 5. Aufl., Bern 2024.

Stumpp Stefan/Michelis Daniel, Einführung in die Sozialen Medien, in: Stumpp Stefan/Michelis Denis/Schildhauer Thomas (Hrsg.), Social Media, 5. Aufl., Baden-Baden 2025, S. 21–34.

Trechsel Stefan/Jean-Richard-dit-Bressel Marc, Kommentierung zu Art. 28 StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark/Geth Christopher (Hrsg.), Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Zürich 2025.

Trechsel Stefan/Jean-Richard-dit-Bressel Marc, Kommentierung zu Art. 322bis StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark/Geth Christopher (Hrsg.), Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Zürich 2025.

Trechsel Stefan/Noll Peter/Pieth Mark/Simmler Monika, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 8. Aufl., Zürich et al. 2026.

Werly Stéphanie, Kommentierung zu Art. 28 StGB, in: Moreillon Laurent/Macaluso Alain/Queloz Nicolas/Dongois Nathalie (Hrsg.), Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1–110 CP, 2. Aufl., Basel 2021.

Werly Stéphane, Kommentierung zu Art. 322bis StGB, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (Hrsg.), Commentaire romand, Code pénal II, Art. 111–392 CP, 2. Aufl., Basel 2025.

Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 28 StGB, in: Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stefan (Hrsg.), Handkommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Bern 2024.

Zeller Franz, Kommentierung zu Art. 28 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basel Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019.

Zeller Franz, Kommentierung zu Art. 322bis StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basel Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019.

Zimmerli Ulrich, Zur Medienfreiheit in der neuen Bundesverfassung, Medialex 1999, S. 14–23.

MATÉRIAUX

Bericht der Expertenkommission «Netzwerkkriminalität», Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Juni 2003, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/76014.pdf, besucht am 5.1.2026 (zit. Bericht Expertenkommission).

Bericht des Bundesrates, Netzwerkkriminalität, Strafrechtliche Verantwortung der Provider und Kompetenzen des Bundes bei der Verfolgung von Netzwerkdelikten, Februar 2008, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/77468.pdf, besucht am 5.1.2026 (zit. Bericht Bundesrat).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch vom 23.7.1918, BBI 1918 IV 1, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1918/4_1_1_1/de, besucht am 1.1.2026 (zit. Botschaft 1918).

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Medienstraf- und Verfahrensrecht vom 17.6.1996, BBI 1996 IV 525 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/4_525_533_449/de, besucht am 1.1.2026 (zit. Botschaft 1996)

Bundesamt für Justiz, Gutachten vom 24.12.1999, Art. 27 und 322bis StGB. Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Internet-Access-Provider. JAAC 64.75, abrufbar unter https://entscheidsuche.ch/dok/CH_VB/CH_VB_003_JAAC-64-75--_1999-12-24.pdf, besucht am 2.1.2026 (zit. Bundesamt für Justiz).

Niggli Marcel Alexander/Riklin Franz/Stratenwerth Günter, Gutachten, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, erstellt im Auftrag des Verbandes Inside Telecom (VIT), 2000 (zit. Niggli/Riklin/Stratenwerth).

Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt («Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr»), abrufbar unter https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031, besucht am 8.1.2026 (zit. E-Commerce Richtlinie).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 179quater CP

Un commentaire de Marvin Stark

PROPOSITION DE CITATION

Marvin Stark, Commentaire de l'art. 179quater CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (édit.), Commentaire en ligne du Code pénal suisse

Citation abrégée: OK-Stark, art. 179quater CP N. XXX.

Violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vues

Art. 179quater

Quiconque, sans le consentement de la personne intéressée, observe avec un appareil de prise de vues ou fixe sur un porteur d'images un fait qui relève du domaine secret de cette personne ou un fait ne pouvant être perçu sans autre par chacun et qui relève du domaine privé de celle-ci,

quiconque tire profit ou donne connaissance à un tiers d'un fait qu'il sait ou doit présumer être parvenu à sa propre connaissance au moyen d'une infraction visée à l'al. 1,

quiconque conserve une prise de vues ou la rend accessible à un tiers, alors qu'il sait ou doit présumer qu'elle a été obtenue au moyen d'une infraction visée à l'al. 1,

est, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

TABLE DES MATIÈRES

I. Pertinence 34
II. Bien juridique protégé 34
III. Genèse et télos historique 35
IV. Observer et enregistrer (al. 1) 37
A. Faits objectifs 37
1. cercle des personnes concernées par l'infraction 37
2. Acte de l'infraction 39
a. Appareils d'enregistrement 39
b. Observer 40
c. Enregistrement 41
3. Objet du délit 41
a. Faits 41
b. Domaine secret 42
c. Domaine privé pas facilement accessible à tous 43
B. Eléments subjectifs de l'infraction 47
V. Actes de connexion (al. 2 et 3) 47
A. Eléments objectifs de l'infraction 48
1. Cercle des personnes visées par l'infraction 48
2. Acte de l'infraction 48
a. Exploitation de faits (al. 2) 48
b. Divulgation de faits à un tiers (al. 2) 49
c. Conservation des enregistrements (al. 3) 49
d. Mise à disposition d'enregistrements à une tierce personne (al. 3) 49
3. Objet du délit 49
B. Eléments constitutifs subjectifs de l'infraction 50
VI. Motifs justificatifs 50
VII. Demande et sanction 51
VIII. Concours 52
Bibliographie 53
Matériaux 56

I. PERTINENCE

1 L'art. 179quater CP a été édicté à une époque où il n'avait pas encore de pertinence pratique : Au cours des 20 premières années d'application de la disposition pénale (1969-1989), on n'a enregistré au total que huit condamnations. Une infraction qui punit le simple fait de photographier (et même d'observer) autrui était une nouveauté législative à l'époque et n'était connue du Conseil fédéral dans aucun autre pays. Au cours des dernières décennies, on a toutefois assisté à une **augmentation significative** du nombre de plaintes et de condamnations, ce qui est peut-être dû en grande partie aux développements techniques et à l'omniprésence des smartphones. Le phénomène de *l'abus sexuel basé sur l'image* - c'est-à-dire la réalisation et/ou la diffusion d'images intimes sans le consentement de la personne représentée - est également régulièrement traité sous cette infraction.

II. BIEN JURIDIQUE PROTÉGÉ

2 L'art. 179quater CP protège le **domaine secret et privé** contre l'utilisation abusive d'appareils d'enregistrement optiques. Le bien juridique se fonde sur la protection de la sphère privée selon l'art. 13 Cst. qui se concrétise notamment dans la protection de la personnalité en droit civil. Derrière ce bien juridique se cache la « conviction que l'individu ne peut développer sa personnalité que si un espace libre lui est garanti à cet effet vis-à-vis de la communauté et de l'État ainsi que vis-à-vis des autres individus ». L'autorité législative a également évoqué le droit de chaque personne à se comporter différemment dans un lieu où elle pense ne pas être vue par d'autres personnes que dans un lieu public. Ces espaces de retrait, ou les événements qui s'y déroulent, doivent notamment être protégés contre le fait d'être transmis à des tiers sous forme d'images (animées). La protection est indépendante du contenu concret de la vie ; il peut aussi s'agir de faits tout à fait banals. Contrairement à son titre marginal (violation du domaine secret et privé par des appareils d'enregistrement), le délit est un délit de mise en danger abstraite.

III. GENÈSE ET TÉLOS HISTORIQUE

L'art. 179quater CP a été introduit par la « Loi fédérale concernant le renforcement de la protection pénale du domaine secret de la personne » du 20 décembre 1968. La disposition pénale est entrée en vigueur le 1er mai 1969, en même temps que cinq autres articles (art. 179bis à l'art. 179septies CP inclus). La loi fédérale remonte à un postulat du 1er juillet 1966, qui demandait la protection pénale de la sphère *intime*contre les appareils d'*écoute*. L'autorité législative visait surtout les mini-espions, c'est-à-dire les petits appareils permettant d'écouter les conversations d'autrui. L'art. 179quater CP, qui punit l'observation et la représentation au moyen d'appareils d'enregistrement d'images, constituait une exception. Néanmoins, l'art. 179quater CP doit toujours être compris dans la **systématique** des autres éléments constitutifs de la révision partielle, en particulier de l'art. 179bis CP, dont il constitue - selon les termes des législateurs - le « pendant » et qui est « en principe aménagé de la même manière ». L'art. 179bis CP punit l'écoute et l'enregistrement de conversations non publiques d'autrui. L'autorité législative a toujours eu pour objectif de ne rendre punissables que les mises en danger de biens juridiques dont la gravité équivaut à l'écoute au moyen d'un appareil d'écoute. 3

L'autorité législative s'est concentrée en premier lieu sur les atteintes commises par la **presse à sensation**, notamment sur le risque de prise de vue, de reproduction et de diffusion d'images par les professionnels de la presse. La pénalisation des personnes voyeuristes ou curieuses n'a pas été envisagée. Le fait que les éléments constitutifs de l'infraction aient néanmoins été étendus à la simple observation au moyen d'appareils d'enregistrement (n. 12) visait à éviter les difficultés de preuve. 4

La **question des domaines de la vie protégés** ou de l'objet de l'infraction (n. 15 ss.) a notamment donné lieu à de nombreuses discussions au sein des Chambres. La formulation actuelle de la loi (« un fait relevant du domaine secret d'autrui ou un fait relevant du domaine privé d'autrui qui n'est pas facilement accessible à tout un chacun ») est une solution de compromis entre le Conseil des États, qui souhaitait protéger uniquement le domaine secret, et le Conseil national, qui voulait en outre couvrir l'ensemble du domaine privé. La formulation supplémentaire limitant le domaine privé (« fait qui n'est pas aisément accessible à tout un chacun ») est ambiguë et peut être interprétée de différentes manières. Le télos historique de la partie de phrase peut être 5

déduit des matériaux de la loi (pour l'application de l'interprétation, voir n. 24 ss) :

1. « nicht [...] *zugängliche* Tatsache » : selon le texte de loi allemand, on pourrait conclure que « nicht zugänglich » signifie qu'il n'y a pas d'accès (local) au fait, donc en particulier pas de possibilité d'accès. Pour une interprétation précise de la notion, une comparaison avec les versions française et italienne de la loi est toutefois nécessaire. Il y est question d'un fait non perceptible ou non observable : « un fait ne pouvant être perçu » ou « un fatto, non osservabile ». Un regard systématique sur l'art. 179bis CP, dont l'art. 179quater CP constitue, selon la volonté des législateurs, le pendant pour les appareils d'enregistrement optique (n. 3), conduit au même résultat : l'art. 179bis CP exige une conversation non publique et étrangère. Une conversation est privée lorsque les participants la mènent dans l'attente fondée qu'elle ne puisse pas être entendue par le grand public sans moyens techniques. Cela vaut en principe indépendamment du lieu où se déroule la conversation. Compte tenu de la définition ci-dessus, la formulation de l'article 179quater CP a le télos historique suivant : un fait est « non accessible » lorsque la personne concernée peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il ne soit pas *visible* par le grand public. Le matériel législatif suggère que les législateurs sont également partis d'une telle compréhension de la formulation. Ils se sont régulièrement basés sur la visibilité des faits et la possibilité pour la personne concernée de se protéger des regards du public.
2. « Fait non accessible *à tout le monde* [...] » : le fait ne doit pas être accessible à tout le monde, c'est-à-dire au grand public. Au regard de son pendant, l'art. 179bis CP (n. 3), les faits sont visibles par tous lorsqu'ils sont « perceptibles par un cercle de personnes plus large, non délimité par des relations personnelles ».
3. « Fait non [...] *aisément* accessible » : par cette formulation, l'autorité législative entend que l'auteur de l'infraction doit « prendre des mesures particulières » pour surmonter l'absence de visibilité des faits, que ce soit par « l'utilisation abusive de certains appareils et instruments » ou « par d'autres moyens raffinés ». En revanche, si un fait est déjà généralement visible, il ne suffit pas de devoir surmonter un obstacle moral pour l'enregistrer.

La question des domaines de la vie protégés est régulièrement mise en relation avec la **théorie des sphères du droit civil** . Cette théorie est issue du droit de la personnalité et repose sur l'idée fondamentale selon laquelle la personnalité juridique peut être divisée en sphères qui nécessitent une protection juridique plus ou moins importante en fonction de leur degré de sensibilité. La théorie des sphères a probablement inspiré l'instance législative lorsqu'elle a intégré en 1968 les notions de domaine secret et de domaine privé dans l'art. 179quater CP. Toutefois, eu égard au bien juridique protégé (n. 2), l'objectif n'a jamais été d'utiliser la théorie des sphères pour définir les domaines protégés. Les législateurs ont exprimé à plusieurs reprises qu'ils ne souhaitaient pas transposer au droit pénal la doctrine de droit civil selon laquelle il existe aussi une sphère privée dans le domaine public, caractérisée par le caractère privé du contenu concret de la vie. En conséquence, ils ont choisi de restreindre conceptuellement la sphère privée par une formulation supplémentaire. L'ajout « un fait qui n'est pas facilement accessible à tout un chacun » a pour conséquence que - contrairement au droit civil - seul le fait que le fait soit visible est pris en compte, indépendamment du contenu de la déclaration de vie en question (n. 2) (n. 5). Ainsi, seul un domaine privé optique est protégé, qui est en principe indépendant de l'endroit où se déroule le fait de vie. Le seul élément déterminant est que la personne concernée a, d'une manière ou d'une autre, protégé les faits en question (dont le contenu n'est pas pertinent) des regards du public. De même, la différence entre le domaine privé et le domaine secret a ainsi été presque entièrement supprimée, puisque le critère de la visibilité des faits (n. 5, n. 24 s.) et le critère de l'ignorance des faits (n. 19) se recoupent en règle générale (pour l'exception, voir n. 19). 6

IV. OBSERVER ET ENREGISTRER (AL. 1)

A. Faits objectifs

1. cercle des personnes concernées par l'infraction

La question de savoir si l'auteur de l'infraction ne peut être que l'**intrus** proprement dit, c'est-à-dire celui qui pénètre de l'extérieur dans la zone protégée (extraneus), ou également celui qui se trouve dans la zone protégée avec le consentement de la personne concernée, mais qui commet un acte sans son consentement (intraneus), est controversée. Corboz considère que 7

seul l'extraneus est punissable. Donatsch est d'avis que les personnes qui partagent le même domaine privé ne bénéficient d'aucune protection entre elles. Selon Trachsler, dans le domaine secret, l'intraneus entre également en ligne de compte comme personne coupable, dans la mesure où il commet l'acte *en secret*. D'autres considèrent aussi bien l'extraneus que l'intraneus comme des personnes possibles dans toutes les constellations. Jusqu'à présent, la jurisprudence ne s'est penchée que marginalement sur la question de savoir qui peut être une personne coupable. Le Tribunal fédéral a décidé que dans les zones d'immeubles qui peuvent être utilisées de la même manière par les parties habitantes sans droit de domicile exclusif, les parties ne bénéficient pas entre elles de la protection de leur domaine privé. Toutefois, une personne qui se trouve en tant qu'invité dans la zone de paix domestique d'une autre personne peut également être punissable en tant qu'intraneus, même si l'accueil est ouvert. Dans une décision récente, la Cour suprême de Zurich estime que l'intraneus peut être une personne coupable s'il enregistre *secrètement* dans son propre appartement privé d'autres personnes présentes ayant le droit d'entrer chez lui.

8 La question de savoir si l'art. 179quater CP ne vise que les intrus (extranei) ou également les personnes qui se trouvent déjà dans la zone protégée (intranei) en tant que personnes coupables peut être déterminée par une **interprétation** de la norme. Une interprétation historique et systématique de l'art. 179quater CP pourrait tout d'abord laisser entendre que la disposition pénale ne vise que les intrus : L'article est conçu comme une analogie à l'art. 179bis CP (n. 3), qui punit exclusivement les extranéens pour l'écoute et l'enregistrement de conversations. Les intranets sont en revanche couverts par l'art. 179ter CP, qui prévoit une peine moins sévère. Cette distinction se fonde sur le fait que l'instance législative a considéré que l'infraction commise par les intranets était moins grave que celle commise par les extranets. On pourrait en déduire que l'art. 179quater CP ne couvre également que le tort le plus grave commis par des intrus. Un regard sur le bien juridique protégé et sur le but historique de la norme permet toutefois de douter de cette interprétation : l'objectif des législateurs était de garantir aux personnes protégées un domaine de libre épanouissement et de punir l'extraction de faits de ce domaine vers le public (n. 2). Ce libre développement n'est toutefois pas seulement mis en danger par des intrus, mais également par des personnes de confiance (intranei) lorsqu'elles réalisent des enregistrements sans autorisation. Celui qui doit constamment craindre d'être enregistré par

des personnes avec lesquelles il partage des choses privées ne peut pas s'épanouir librement. Le bien juridique protégé est donc menacé indépendamment du fait que la personne qui commet l'infraction soit un intraneus ou un extraneus. Le libellé de l'art. 179quater CP plaide également en faveur de cette interprétation : Contrairement à l'art. 179bis CP, il n'exclut pas expressément les intranéides, mais permet sans autre d'englober les deux groupes de personnes. La délimitation systématique entre les art. 179bis et 179ter CP, qui prévoit une distinction entre extranéité et intranéité pour les paroles prononcées, ne peut pas être transposée sans autre à l'art. 179quater CP, car ce délit concerne les appareils d'enregistrement d'images et non l'écoute de conversations. En résumé, l'interprétation historique et téléologique plaide pour que l'art. 179quater CP englobe aussi bien l'extranéité que l'intranéité en tant que personnes coupables.

2. Acte de l'infraction

Selon l'art. 179quater al. 1 CP, celui qui observe (b.) ou enregistre (c.) sur un support d'images un objet de l'infraction (n. 15 ss.) au moyen d'un appareil d'enregistrement (a.) adopte un comportement constitutif d'une infraction. 9

a. Appareils d'enregistrement

L'instrument de l'infraction est un **appareil de prise de vue**, que la doctrine et la jurisprudence dominantes définissent comme un dispositif capable de fixer des images (animées) en vue de leur transmission, de leur conservation ou de leur reproduction. Cette définition s'avère insuffisante : elle engloberait par exemple aussi les logiciels de deepfake en tant qu'appareils de prise de vue. Les logiciels de deepfake capturent des images en vue de leur transmission, de leur stockage ou de leur reproduction. Cependant, ils utilisent des images et/ou des vidéos existantes pour créer une nouvelle œuvre, mais n'enregistrent pas eux-mêmes et ne peuvent donc pas être considérés comme des dispositifs *d'enregistrement*. La définition doit être formulée comme suit : Un appareil de capture d'images est un dispositif qui reproduit et enregistre visuellement un événement réel en temps réel. La vision naturelle de l'œil humain est remplacée par l'appareil d'enregistrement. Parmi les appareils de prise de vue, on compte notamment les caméras qui peuvent faire partie d'un autre appareil, notamment les caméras de smartphone, les webcams, les drones caméra ou les lunettes intelligentes. En outre, les photocopieurs ou les scanners sont des appareils d'enregistrement. 10

Enfin, les programmes peuvent également être des appareils d'enregistrement. Le Tribunal fédéral a considéré qu'une capture d'écran d'un e-mail constituait un acte au sens de l'art. 179quater al. 1 CP. Les captures d'écran reproduisent et enregistrent ce qui est visible à l'écran. Le programme crée ainsi un instantané visualisé d'un fait réel. En revanche, les appareils ou programmes de localisation (services de localisation, pilules radio, balises, détecteurs thermiques, etc.) ne sont pas des appareils d'enregistrement, car la localisation d'une personne n'est pas l'illustration d'un événement réel, mais la représentation graphique du lieu où se trouve une personne.

11 **Les** purs **appareils d'observation** (p. ex. jumelles, longue-vue, périscope, appareil de vision nocturne, lampe de poche, lunettes de plongée, miroir sans tain, miroir à main) ne sont pas des appareils d'enregistrement et ne sont donc pas considérés comme des moyens d'infraction. Cette restriction est difficilement compréhensible en ce qui concerne l'acte d'observer avec un appareil d'enregistrement (n.12 s.). Pour la mise en danger du bien juridique, il est sans importance que les faits soient espionnés avec un appareil d'observation ou un appareil d'enregistrement : L'espace de retrait protégé par l'art. 179quater CP (n. 2) est également affecté par l'utilisation d'appareils d'observation, car la personne concernée ne peut plus se comporter comme si elle n'était pas observée. La mise en danger du bien juridique est encore plus grande lorsque des faits obtenus hors de la zone protégée sont exploités ou diffusés - un comportement qui, selon l'al. 2, n'est punissable qu'en cas d'utilisation d'un appareil de prise de vue, mais pas en cas d'utilisation d'un appareil d'observation (à ce sujet n. 29 ss, n. 37).

b. Observer

12 L'utilisation d'un appareil de prise de vue pour observer les objets de l'infraction (sans prendre de photos) est déjà considérée comme un acte criminel. On parle d'observation lorsque l'auteur perçoit activement l'objet de l'attaque. L'appareil d'enregistrement fonctionne alors comme un moyen par lequel l'auteur observe les faits en question. Celui qui, par exemple, accède à la webcam ou à la caméra du smartphone d'une autre personne en la piratant (camfecting) peut pénétrer dans son domaine protégé en observant, si la caméra est simplement activée, mais que l'événement n'est pas enregistré.

13 L'intraneus qui se trouve avec le consentement de la personne concernée dans son domaine protégé (à ce sujet n. 7 s.) a déjà vu les faits et peut tout au

plus encore mettre en danger le bien juridique de la personne concernée s'il enregistre les faits sur un support d'images sans son consentement. L'acte d'observation doit donc être réduit téléologiquement aux véritables **intrus** ou extranéens.

c. Enregistrement

Dans la deuxième variante de l'infraction, l'appareil de prise de vue est utilisé pour enregistrer les objets de l'infraction sur un support d'images analogique ou numérique. L'enregistrement doit **représenter** l'objet de l'attaque, c'est-à-dire le rendre visuellement visible. Une vidéo sur laquelle on ne voit que du noir et où l'on entend des voix et des bruits de plaisir n'est donc pas un objet de l'art. 179quater CP. Il y a également enregistrement punissable lorsqu'une image préexistante du domaine protégé est copiée ou représentée. Peu importe que l'enregistrement soit réalisé en secret ou ouvertement. Il est également possible que l'appareil d'enregistrement fonctionne automatiquement en l'absence de l'auteur de l'infraction. 14

3. Objet du délit

L'objet de l'infraction est constitué par des faits (a.) relevant du domaine secret d'autrui (b.) ou du domaine privé d'autrui, qui n'est pas facilement accessible à tous (c.). En raison de la formulation supplémentaire restrictive concernant le domaine privé, le domaine concerné se distingue le plus souvent uniquement par la justification dogmatique (voir à ce sujet n. 6). 15

La jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle **les personnes décédées** bénéficient également de la protection de leur sphère secrète ou privée au moins jusqu'à leur enterrement, va trop loin. 16

a. Faits

La notion de **faits** doit être comprise au sens large : Elle englobe tous les événements ou situations présents ou passés liés à la sphère protégée de la personne espionnée, qui prennent une forme quelconque perceptible visuellement et qui sont accessibles à la preuve. La possibilité de prouver implique que la qualification de fait ne dépend pas de la véracité de l'événement ou de l'état. 17

b. Domaine secret

18 Pour qu'un fait appartienne au domaine secret, il doit, selon la doctrine et la jurisprudence dominantes, être un **secret** au sens du droit pénal, qui se distingue par trois caractéristiques à remplir cumulativement : Il s'agit d'une situation de fait qui jouit d'une relative méconnaissance, que le détenteur du secret veut garder secrète et à laquelle il a un intérêt légitime à garder le secret. Compte tenu du libellé clair dans toutes les versions linguistiques ainsi que de la systématique générale de la loi, le lien avec la notion de secret semble en principe judicieux. Toutefois, cela ne vaut que tant qu'elle reste en accord avec le bien juridique protégé, qui veut protéger les lieux de refuge contre toute ingérence, indépendamment de leur contenu (n. 2). Étant donné que l'intérêt légitime au secret porte sur une question de fond, à savoir si la protection du secret doit également être accordée à des actes ou des situations illicites, ce critère ne doit pas être pris en compte pour déterminer s'il existe un fait relevant du domaine secret d'autrui. De même, le caractère intime du fait en question ne doit pas jouer de rôle. Seuls le caractère inconnu du fait et la volonté de garder le secret doivent donc être pris en considération.

19 Le fait est considéré comme relativement **inconnu** lorsque son contenu n'est connu que de quelques personnes bien déterminées. Ce critère a pour conséquence que la qualification d'un fait comme appartenant au domaine secret dépend, dans la plupart des cas, de sa seule perceptibilité : dès qu'un fait - aussi intime soit-il - peut être perçu, pour une raison ou une autre, par un nombre indéterminé de personnes, il devient connu et n'est plus un secret au sens du droit pénal. Il s'ensuit que le domaine secret - tout comme le domaine privé protégé - ne concerne en fin de compte souvent que la visibilité des faits (cf n. 5, n. 24 s.). Par conséquent, la délimitation des deux domaines entre eux n'a souvent aucune importance. Il existe toutefois des constellations dans lesquelles la délimitation entre le domaine secret protégé et le domaine privé protégé est pertinente : un fait dont la personne concernée doit partir du principe qu'il peut être vu par la collectivité - c'est-à-dire par un cercle de personnes plus large, non délimité par des relations personnelles (n. 24 s.), mais qui, dans le cas concret, n'est perçu que par un petit groupe de personnes bien défini, ne relève que du domaine secret et non du domaine privé.

La **volonté de garder le secret** signifie « la manifestation des efforts [...] qui visent à soustraire un fait à la perception et à la connaissance d'autrui ». Elle peut être exprimée de manière explicite ou implicite. Certains supports d'information sont « par nature destinés à un cercle restreint » - p. ex. les journaux intimes ou les lettres - et dans certains lieux, on s'attend à pouvoir exercer une activité en secret - p. ex. dans les toilettes ou les vestiaires. La volonté de garder le secret s'exprime ou se renforce régulièrement lorsque les supports d'information ou les lieux sont fermés. Un vêtement peut également représenter une volonté de garder secret ce qui est caché en dessous. 20

c. Domaine privé pas facilement accessible à tous

Comme le **domaine privé** est trop large pour une norme pénale selon la conception du droit civil, il a été limité au cours du processus législatif par la formulation supplémentaire « non accessible à tous sans autre », ce qui a conduit à une véritable érosion de la notion (n. 6). L'interprétation de la formulation supplémentaire est controversée : 21

Le **Tribunal fédéral** interprète la formulation supplémentaire « pas plus accessible à tout le monde sans autre » de manière très large : En accord avec la doctrine dominante, il limite en principe le domaine protégé à la sphère privée au sens strict, c'est-à-dire à tous les locaux et lieux protégés contre les regards extérieurs et où « les faits litigieux ne peuvent être perçus sans autre que par des personnes proches ». Il élargit toutefois ce domaine : les faits ne sont pas *aisément* accessibles s'ils ne peuvent être perçus qu'en surmontant « des obstacles physiques [...] ou juridiques et moraux ». Il définit ces derniers comme des « limites imaginaires, c'est-à-dire qui n'apparaissent pas physiquement, [...] qui ne sont pas franchies sans le consentement des personnes concernées, conformément aux us et coutumes généralement reconnus dans ce pays ». Selon cette conception, est punissable celui qui pénètre ou séjourne dans le « domaine privé protégé par l'infraction de violation de domicile de l'art. 186 CP » afin de commettre un acte. Cette limite locale de la violation de domicile ne doit toutefois pas nécessairement être franchie physiquement : Comme le franchissement d'un « obstacle juridique et moral » suffit déjà, les personnes sont protégées de cet espace même dans une zone non clôturée. L'auteur de l'infraction franchit donc la limite psychologique d'une personne moyenne décente lorsqu'il observe les autres *devant* sa maison avec un appareil d'enregistrement ou qu'il les enregistre sur 22

un support d'images - ceci est valable même si la personne peut être vue depuis un endroit accessible au public.

23 L'interprétation du Tribunal fédéral doit être **critiquée**: Le Tribunal fédéral élargit le champ d'application de l'art. 179quater CP par des critères qui ne découlent pas du texte de loi et ne correspondent pas à la volonté des législateurs (n. 5). Ce qui se passe dans la zone non clôturée devant une maison est visible par tous et ne constitue donc pas une zone protégée par le bien juridique. Les deux critères problématiques qui conduisent à cette interprétation doivent être examinés plus en détail :

1. Le lien avec la *violation de domicile*: le fait que le domaine protégé par l'art. 179quater al. 1 CP se recoupe en principe avec celui de l'art. 186 CP a été repris par le Tribunal fédéral de Noll, qui était alors le seul à défendre cette opinion. Si l'on considère uniquement le texte allemand de l'art. 179quater al. 1 CP, un lien avec la violation de domicile semble évident : le terme « zugänglich » implique que le domaine est accessible (n. 5). En examinant en outre les versions française et italienne, le bien juridique protégé et le télos historique (n. 2, n. 5), on constate que le lien avec l'art. 186 CP est dépourvu de toute justification. La violation de domicile protège le droit de domicile d'une personne, c'est-à-dire le pouvoir de décider qui peut se trouver dans ses propres locaux. Les lieux où s'applique le droit de domicile sont énumérés de manière exhaustive à l'art. 186 CP. L'art. 179quater CP protège en revanche un tout autre bien juridique, à savoir le domaine secret et privé contre l'utilisation abusive d'appareils d'enregistrement optiques (n. 2). Contrairement à l'art. 186 CP, l'art. 179quater al. 1 CP ne contient pas d'énumération des domaines protégés. En effet, le domaine de protection de l'art. 179quater CP ne se limite pas aux personnes qui détiennent un droit de domicile. Au contraire, toutes les personnes qui se trouvent dans un lieu protégé des regards bénéficient en principe de la protection offerte par cette disposition (n. 5, n. 24 s.). Enfin, les législateurs n'ont mentionné à aucun moment la violation de domicile, bien que cette infraction fasse déjà partie du CP à l'époque. Il n'est donc pas possible d'établir un rapport direct entre les deux délits.
2. Le terme *« obstacle juridique et moral »*: le Tribunal fédéral a repris ce critère de délimitation de Riklin, mais il a méconnu le fait que l'auteur a utilisé ce terme dans le contexte d'explications générales sur la théorie des

sphères (n. 6) et en se référant à la littérature de droit privé. En ce qui concerne la sphère privée restreinte du droit pénal, il a lui-même défendu l'idée qu'il devait y avoir une protection physique du regard. Cela correspond au télos historique, selon lequel il ne suffit notamment pas de surmonter un obstacle moral pour la prise de vue, si un fait est déjà visible de tous (n. 5). En toute logique, Riklin a également critiqué l'interprétation extensive du Tribunal fédéral. Il dépend maintenant pratiquement uniquement des conceptions morales du juge de donner des contours suffisamment clairs à l'infraction. Cela apparaît déjà dans la pratique du Tribunal fédéral : ainsi, la photographie d'un homme devant sa porte par un journaliste a été sanctionnée comme une prise de vue du domaine privé protégé, tandis que l'observation d'une femme passant l'aspirateur sur son balcon par un détective d'assurance n'a pas été punie. Dans ce dernier cas, il s'agissait de faits « accessibles sans qu'il soit nécessaire de franchir une barrière physique ou psychologique ». L'inégalité de traitement manifeste entre les deux décisions est encore poussée *jusqu'à l'absurde* par la motivation selon laquelle « il ne s'agit pas de scènes particulièrement marquantes pour la personnalité, mais d'activités quotidiennes exercées volontairement ». Conformément au bien juridique protégé (n. 2), le Tribunal fédéral déclare à juste titre : « Il n'est pas nécessaire que le comportement observé ou représenté soit d'un contenu particulièrement personnel [...] ».

Le **véritable sens** de la formulation supplémentaire peut être déterminé par une interprétation à la fois historique, systématique et téléologique (cf. n. 5). Selon cette interprétation, on est en présence d'un « fait qui n'est pas aisément accessible à tous » lorsque la personne concernée peut *raisonnablement s'attendre à ce* que le fait en question ne soit pas visible pour le grand public (n. 25 s.), sans que des efforts particuliers soient nécessaires (n. 27). La notion de généralité désigne ici un cercle de personnes plus large, non délimité par des relations personnelles. Même avec cette interprétation selon le véritable sens de la disposition, il reste une zone grise qui doit sans doute être comblée par des appréciations morales du juge. Elle est toutefois nettement plus petite que lors de la délimitation selon les critères du Tribunal fédéral. 24

L'attente fondée qu'un certain fait ne soit pas facilement accessible au grand public survient lorsque la personne concernée a pris des dispositions pour se protéger des regards d'un cercle de personnes plus large, non délimité par des 25

relations personnelles. Un tel espace de repli est généralement créé par un **écran physique** entre le fait en question et le public en général, par exemple une haie, un mur, des volets, des portes, des rideaux, des tiroirs, une tente, une enveloppe ou un vêtement. En revanche, celui qui ne se protège pas suffisamment des regards du public perd l'espérance légitime de ne pas être vu par le public. Les faits qui peuvent être vus par tous sans restriction ne bénéficient d'aucune protection. En revanche, ce qui n'est visible que par un cercle de personnes délimité par des relations personnelles, par exemple depuis la maison du voisin, reste protégé. Est donc « accessible à tous sans autre », par exemple, ce qui peut être vu depuis la voie publique, même à travers une haie non étanche ou à travers une fenêtre. Dans la mesure où il existe en principe une protection visuelle efficace, mais que celle-ci présente une lacune (par exemple un trou de serrure) ou qu'elle est temporairement supprimée contre la volonté de la personne concernée, l'attente légitime de ne pas être vu par le grand public subsiste.

26 **Des facteurs rendant la visibilité difficile**, tels qu'une grande distance, l'obscurité ou l'eau, ne constituent pas en soi une protection visuelle efficace qui crée pour la personne concernée l'attente fondée de ne pas être vue facilement par le grand public. Il est certes possible de surmonter ces obstacles au moyen de fonctions d'amélioration de la visibilité des appareils d'enregistrement, mais il existe des appareils d'observation largement répandus dotés des mêmes fonctions, dont l'utilisation n'est pas punissable (n. 11). Par conséquent, la personne concernée ne peut pas légitimement partir du principe que les faits ne sont pas visibles pour le grand public. Elle doit s'attendre à ce que d'autres personnes utilisent des appareils d'observation pour rendre les faits visibles. En principe, il faut donc en plus une protection visuelle physique (n. 25), que la personne qui commet l'infraction doit surmonter (n. 27). Il existe toutefois des exceptions dans lesquelles la personne concernée peut légitimement partir du principe qu'elle ne sera pas vue, même sans protection visuelle physique. Il y a exception lorsque l'attente légitime est particulièrement forte dans le cas concret en raison des circonstances - par exemple du lieu spécifique et/ou du moment de la journée. Dans de tels cas, il convient d'évaluer si une personne moyenne placée dans la même situation aurait dû s'attendre à être vue par le grand public.

L'expression « pas sans autre » se réfère, eu égard à la genèse de la disposition pénale, au fait de **surmonter l'absence de visibilité** (n. 5). Si la personne qui commet l'infraction est un extraneus (n. 7 s.), elle surmonte la protection visuelle physique entre le fait en question et le public en général (n. 25) par des efforts techniques et/ou physiques. Pour ce faire, un appareil d'enregistrement (n. 10) est soit caché dans la zone protégée des regards, soit activé par piratage dans la zone protégée des regards (camfecting), soit positionné au-dessus ou en dessous de la protection visuelle, soit utilisé après que la protection visuelle a été enlevée ou supprimée par la force. Si, malgré l'absence de protection visuelle physique, la personne concernée peut légitimement supposer ne pas être vue par le public en raison de difficultés de visibilité, l'extraneus surmonte ces obstacles en utilisant les fonctions d'amélioration de la visibilité des appareils d'enregistrement (n. 26). Si la personne qui commet l'infraction est un intraneus (n. 7 s.), il faut d'abord vérifier si elle se trouve, avec le consentement de la personne concernée, dans la zone protégée de celle-ci, cette zone étant séparée de la collectivité soit par une protection visuelle physique, soit par des facteurs qualifiés rendant la vue difficile. Si tel est le cas, il suffit que la personne qui commet l'infraction filme (ouvertement ou secrètement) l'événement (n. 14). Comme le tort réside dans ce cas dans l'abus de confiance (n. 8), aucun autre effort technique et/ou physique n'est nécessaire. 27

B. Eléments subjectifs de l'infraction

L'élément subjectif de l'infraction requiert une **intention (éventuelle)**. La personne qui commet l'infraction doit au moins considérer comme possible et accepter le fait que le fait qu'elle observe ou enregistre avec un appareil de prise de vue soit secret ou ne puisse pas être vu facilement par le grand public. 28

V. ACTES DE CONNEXION (AL. 2 ET 3)

Les al. 2 et 3 rendent punissables les actes de connexion qui ont pour effet que les faits (al. 2) ou les enregistrements (al. 3) provenant des domaines protégés sont utilisés ou parviennent à d'autres personnes. Cela crée un plus grand danger pour le bien juridique protégé (n. 2) que l'al. 1. 29

A. Eléments objectifs de l'infraction

1. Cercle des personnes visées par l'infraction

30 Les actes connexes visés aux al. 2 et 3 sont **des infractions générales**. Ils peuvent donc être commis aussi bien par les personnes qui ont obtenu les faits ou les enregistrements d'images par un acte visé au paragraphe 1 que par toute autre personne. Cette interprétation correspond certes à la volonté de l'autorité législative, mais elle conduit à des résultats excessifs, car peut être punie sans restriction toute personne qui exploite ou diffuse des faits ou des prises de vue déjà diffusés publiquement et qui reposent sur une infraction visée à l'al. 1. Une partie de la doctrine est d'avis que la punissabilité disparaît dès qu'un fait est devenu de notoriété publique, « car il n'y a alors plus besoin de punir ». D'autres souhaitent se baser *praeter legem* sur la question de savoir si la personne concernée a encore un intérêt digne de protection à ce que les faits restent secrets au moment de leur exploitation.

2. Acte de l'infraction

31 Les actes de connexion comprennent différents actes qui concernent différents objets de l'infraction (voir à ce sujet n. 36 s.). L'exploitation et la communication à un tiers (al. 2) se rapportent à des faits, tandis que la conservation et la mise à disposition d'un tiers (al. 3) se rapportent à des enregistrements.

a. Exploitation de faits (al. 2)

32 Comme le texte français de la loi (« tire profit ») l'indique mieux, « exploiter » signifie que le contrevenant utilise les faits à son **avantage**. L'avantage ne doit pas être de nature monétaire. Pour satisfaire à la variante d'infraction de l'exploitation selon l'al. 2, il suffirait donc que quelqu'un s'amuse avec le fait acquis ou que celui-ci déclenche un quelconque sentiment positif. Par conséquent, il y aurait déjà exploitation dans la plupart des cas de prise de connaissance du fait. Pour la personne qui observe ou enregistre, la simple prise de connaissance coïncide en règle générale avec l'acte visé à l'al. 1 et constitue une infraction nocturne non punissable. Si une autre personne est l'auteur de l'infraction que celle qui a rempli l'al. 1, la notion doit être interprétée de manière très restrictive. Une simple prise de connaissance du fait ne peut pas non plus suffire dans ce cas.

b. Divulgation de faits à un tiers (al. 2)

La deuxième variante d'infraction de l'al. 2 se produit lorsque le fait est divulgué à une personne qui n'est ni l'auteur ni la personne concernée, notamment par un récit ou un message textuel. L'infraction est consommée dès que la tierce personne a la possibilité de prendre connaissance de l'information transmise, par exemple dès la réception de la lettre, du courriel ou du message. 33

c. Conservation des enregistrements (al. 3)

La conservation concerne les enregistrements photo ou vidéo qui représentent les zones protégées. Les enregistrements se trouvent sur un objet physique quelconque. L'objectif de cette variante de l'infraction est d'empêcher la possibilité que le domaine secret ou privé d'une personne soit à nouveau mis en danger. Selon Legler, il faut une certaine durée de possession des enregistrements pour que l'on puisse parler de conservation. 34

d. Mise à disposition d'enregistrements à une tierce personne (al. 3)

L'enregistrement est rendu accessible à un tiers lorsqu'il lui est montré, fait écouter, remis ou diffusé sous forme d'original ou de copie. 35

3. Objet du délit

L'objet de l'infraction sont des faits (al. 2, pour la définition voir n. 17) ou des enregistrements (al. 3, pour la définition voir n. 10, n. 14) qui résultent d'un acte punissable selon l'al. 1. L'élément constitutif de l'infraction doit ici avoir été réalisé intentionnellement et sans justification, mais la personne qui a commis l'infraction ne doit pas avoir agi de manière fautive. Les enregistrements (al. 3) peuvent être aussi bien numériques que physiques et il peut s'agir en outre de copies. 36

L'objet de l'infraction présente deux **lacunes légales** qui sont difficilement compréhensibles au regard du bien juridique protégé (n. 2) : D'une part, les faits obtenus au moyen d'appareils d'observation peuvent être exploités ou communiqués à des tiers sans conséquences pénales (n. 11). D'autre part, selon l'art. 179^{quater} al. 2 ou 3 CP, celui qui diffuse des enregistrements d'images ou des faits relevant du domaine secret ou privé d'une autre personne sans son consentement n'est pas punissable, pour autant que ceux-ci aient été obtenus 37

avec son consentement. Les lacunes de la loi s'expliquent par la genèse de la norme, qui montre que les législateurs avaient surtout en vue les atteintes commises par la presse à sensation (n. 4). Aujourd'hui, ces restrictions semblent toutefois dépassées, car les interventions par la presse ont perdu de leur importance, alors que les autorités de poursuite pénale sont de plus en plus confrontées à des personnes agissant par voyeurisme ou avec d'autres intentions de nuire et diffusant leurs enregistrements en ligne. La diffusion de ce type de contenu sur Internet, en particulier, a fondamentalement modifié la menace, une évolution que les autorités législatives n'avaient pas prévue. En réaction à cette nouvelle problématique, l'une des lacunes a tout de même été partiellement comblée : depuis l'introduction de l'art. 197a CP le 1er juillet 2024, la diffusion de contenus à caractère sexuel enregistrés à l'origine avec le consentement de la personne concernée est désormais punissable.

B. Eléments constitutifs subjectifs de l'infraction

38 Dans l'élément constitutif subjectif de l'infraction, l'**intention (éventuelle)** est nécessaire. Le membre de phrase « sait ou doit supposer » signifie que les exigences en matière de preuve de l'intention sont moins élevées que d'habitude. Il suffit que l'auteur ait eu connaissance de motifs de suspicion sur la base desquels la conviction de l'origine illicite des faits ou des enregistrements aurait dû s'imposer à lui. Il est difficile de déterminer quand de telles circonstances existent, en particulier dans le domaine de la pornographie (soft), où il existe une multitude d'enregistrements dont la réalisation secrète n'est que simulée. En outre, il faut tenir compte du fait qu'une personne n'est souvent plus en mesure de reconnaître qu'un fait ou un enregistrement a été obtenu de manière punissable lorsqu'il lui est parvenu par plusieurs supports intermédiaires. En ce qui concerne les actes de connexion selon l'al. 2, il est souvent impossible de savoir si les faits ont été obtenus illégalement, car l'observation au moyen d'appareils d'observation n'est pas punissable, alors que l'observation au moyen d'appareils d'enregistrement est punissable (n. 11 s.).

VI. MOTIFS JUSTIFICATIFS

39 La disposition pénale peut être justifiée par les motifs de justification habituels. Le consentement est expressément mentionné dans les faits constitutifs. On peut laisser ouverte la question de savoir s'il s'agit là d'un

consentement excluant les éléments constitutifs de l'infraction ou d'un motif justificatif, car cela n'a aucune importance pour l'application pratique. En outre, le motif justificatif de la protection d'intérêts légitimes revêt une importance pratique.

La différenciation entre extranéité et intranéité (à ce sujet n. 7 s.) est d'une importance décisive pour l'appréciation de la question de savoir s'il y a **consentement** ou non. En cas d'extranéité, il n'y a en règle générale pas de consentement de la personne concernée. Toutefois, cette dernière ne remarque généralement pas l'acte, car le comportement est caché ou clandestin. Un acte au sens de l'al. 1 n'est souvent remarqué qu'après qu'un acte ultérieur au sens de l'al. 2 a déjà eu lieu. Cela s'applique également aux enregistrements cachés d'intranets. Dans le cas d'enregistrements ouverts d'intranets, il y aura dans de très nombreux cas une justification par consentement (implicite). Toutefois, cela ne s'applique pas à tous les cas : C'est précisément dans les domaines de la vie où règne la honte que les personnes concernées réagissent souvent à des agressions inattendues par une réaction passive, voire par une immobilité tonique. Dans ce cas, elles ne sont pas en mesure de donner leur consentement. Il faut également tenir compte de l'objet du consentement : Le consentement à ce qu'une autre personne voie un fait n'implique pas le consentement à ce qu'elle soit photographiée. De même, le consentement à ce qu'un fait soit photographié n'inclut pas l'enregistrement vidéo de ce fait. 40

Le motif justificatif de la **sauvegarde d'intérêts légitimes** peut servir de justification dans les cas visés à l'article 179quater CP, car les prises de vue de zones protégées se prêtent régulièrement à la réalisation d'intérêts légitimes, en particulier lorsqu'elles révèlent qu'une personne a un comportement illégal. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le motif justificatif ne s'applique pas si une autorité compétente aurait pu être contactée. 41

VII. DEMANDE ET SANCTION

L'art. 179quater CP est un délit poursuivi sur plainte, car « la personne lésée n'a pas toujours intérêt à ce que des dossiers ou des documents soient constitués sur ses affaires personnelles, à ce qu'elles soient encore plus connues par [la] procédure ». Toute personne dont le domaine secret ou privé protégé est concerné est habilitée à déposer une demande. Si le domaine protégé concerne plusieurs personnes, chacune d'entre elles est habilitée à déposer 42

une plainte pénale. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les proches d'une personne décédée dont le domaine secret ou privé a été touché sont également habilités à déposer une plainte.

43 La loi prévoit comme sanction la peine pour délit (art. 10 al. 2 CP) d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. Le juge peut en outre ordonner la confiscation ou l'effacement des enregistrements illégaux (art. 69 CP). L'appareil d'enregistrement doit également être confisqué ou détruit si les conditions de l'art. 179sexies CP sont remplies. Si les actes d'exploitation visés à l'art. 179quater al. 2 CP ont permis de réaliser un gain financier, celui-ci doit être confisqué conformément à l'art. 70 CP.

VIII. CONCOURS

44 Celui qui observe des faits relevant du domaine protégé et les enregistre à cette occasion ne satisfait qu'une seule fois à l'art. 179quater al. 1 CP. En cas d'actes consécutifs multiples au sens de l'al. 2 ou 3, les éléments constitutifs de l'infraction sont à chaque fois à nouveau réunis. Il existe également un concours réel entre les actes punissables au sens de l'art. 179quater al. 1 CP et les délits connexes au sens de l'al. 2 ainsi que la mise à disposition de tiers au sens de l'al. 3. Si l'acte d'exploitation consiste exclusivement en une prise de connaissance, il constitue, par rapport à l'al. 1, une infraction nocturne également punissable (cf. n. 32). La simple conservation au sens de l'al. 3 constitue également une infraction nocturne co-pénalisée par rapport à l'al. 1 et aux autres éléments constitutifs de l'art. 179quater CP.

45 Si, lors d'une prise de vue au sens de l'art. 179quater al. 1 CP, une **conversation non publique** au sens de l'art. 179bis al. 1 CP (**écoute et enregistrement de conversations d'autrui**) ou de l'art. 179ter al. 1 CP (Enregistrement non autorisé de conversations), les deux délits se font véritablement concurrence, car les art. 179bis s. CP protègent, avec la non-intimidation des déclarations orales et la confidentialité de la conversation, un autre domaine partiel du domaine secret et privé que l'art. 179quater CP. De même, les actes connexes selon les al. 2 et 3 des art. 179bis s. CP sont, conformément aux règles susmentionnées (n. 44), en véritable concurrence avec les délits connexes de l'art. 179quater al. 2 et 3 CP.

46 Celui qui enregistre des faits relevant du domaine protégé sans le consentement de la personne concernée et transmet ces enregistrements à

des tiers remplit également, le cas échéant, les éléments constitutifs de l'infraction visée à l'art. 197a CP (**transmission de contenus à caractère sexuel**), si les enregistrements sont de nature sexuelle. Dans ce cas, il y a trois éléments constitutifs de l'infraction, qui sont tous en véritable concurrence : Art. 179quater al. 1 CP (enregistrement), art. 179quater al. 3 (mise à disposition d'un tiers), art. 197a CP. Pour ce dernier article, selon le degré de diffusion, soit l'al. 1 (transmettre à un tiers) soit l'al. 2 (rendre public) est rempli.

BIBLIOGRAPHIE

Abo Youssef Omar, Kommentierung zu Art. 179quater StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), StGB, Annotierter Kommentar, Bern 2020.

Aebi-Müller Regina, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland, Habil. Bern, Bern 2005.

Aebi-Müller Regina/Eicker Andreas/Verde Michel, Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation – Grenzen aus Sicht des Privat-, des öffentlichen und des Strafrechts, Jusletter 3.5.2010.

Corboz Bernard, Les infractions en droit suisse, Volume I, 3. Aufl., Bern 2010.

Donatsch Andreas, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 11. Aufl., Zürich et al. 2018.

Druey Jean Nicolas, Privat-/Geheimsphäre – was liegt drin?, in: Böckli Peter/Eichenberger Kurt/Hinderung Hans/Tschudi Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, S. 3–15 (zit. Druey, FS Vischer).

Druey Jean Nicolas, Geheimsphäre des Unternehmens, Grundfragen des Persönlichkeitsrechts auf Geheimsphäre, untersucht mit dem Blick auf einen Sonderfall, Habil. Freiburg 1975, Basel 1977 (zit. Druey, Habil.).

Dupuis Michel/Moreillon Laurent/Piguet Christophe/Berger Séverine/Mazou Miriam/Rodigari Virginie, Petit commentaire CP, Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017.

Erni Lorenz, Die Verletzung der «Vertraulichkeit des Wortes» als Straftat im deutschen und schweizerischen Strafrecht, Diss. Hamburg 1981, Diessenhofen 1981.

Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020.

Henzelin Marc/Massrouri Maryam, Kommentierung zu Art. 179quater StGB, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (Hrsg.), Commentaire Romand, Code pénal II, Art. 111–392 CP, Basel 2017.

Hug Markus, Observation durch Privatdetektive im Sozialversicherungsrecht, in: Cavallo Angela/Hiestand Eliane/Blocher Felix/Arnold Irene/Käser Beatrice/Caspar Milena/Ivic Ingo (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Zürich 2012, S. 681–702.

Hurtado Pozo José, Droit pénal, Partie spéciale, Zürich et al. 2009.

Jäggi Peter, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 79 (1960) II, S. 133a–261a.

Legler Thomas, Vie privée, image volée, La protection pénale de la personnalité contre les prises de vues, Diss. Genf 1996, Bern 1997.

McGlynn Clare/Rackley Erika, Image-Based Sexual Abuse, Oxford Journal of Legal Studies 37 (2017) III, S. 534–561.

Metzger Hubert Andreas, Der strafrechtliche Schutz des persönlichen Geheimbereichs gegen Verletzungen durch Ton- und Bildaufnahmegeräte, Diss. Bern 1971, Winterthur 1972.

Niggli Marcel Alexander/Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Muskens Louis, Strafrecht BT, Basel 2023.

Nobel Peter/Weber Rolf H., Medienrecht, 4. Auflage, Bern 2021.

Noll Peter, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Delikte gegen den Einzelnen, Zürich 1983.

Pieth Mark/Simmler Monika, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Basel 2024.

Ramel Raffael/Vogelsang André, Kommentierung zu Art. 179bis StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 137–392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2018.

Ramel Raffael/Vogelsang André, Kommentierung zu Art. 179quater StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 137–392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2018.

Riklin Franz, Strafloser «Kamerablick» in die Privatsphäre eines anderen, Ein Beitrag zur Tragweite von Art 179quater StGB, medialex 2019 I (zit. Riklin, medialex).

Riklin Franz, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild, in: Dicke Detlev-Christian/Fleiner-Gerster Thomas (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Festschrift für Leo Schürmann, zum 70. Geburtstag, Freiburg 1987, S. 535–556 (zit. Riklin, FS Schürmann).

Riklin Franz, Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Freiburg 1968 (zit. Riklin, Diss.).

Schleifer Sven, Tonische Immobilität und die Auslegung der neuen sexualstrafrechtlichen Tatbestände in Art. 189 und 190 StGB, sui generis 2024, S. 51–63.

Schubarth Martin, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 3. Band, Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Art. 173–186 StGB, Bern 1984.

Schultz Hans, Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre, SJZ 67 (1971) XX, S. 301–308.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 8. Aufl., Bern 2022.

Tag Brigitte/Wyss Martin, Die strafrechtliche Einordnung von pornografischen Deepfakes, Jusletter 29.4.2024.

Trachsler Walter, Rechtliche Fragen bei der fotografischen Aufnahme, Diss. Zürich 1975.

Trechsel Stefan/Lehmkuhl Marianne Johanna, Kommentierung zu Art. 179bis StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Trechsel Stefan/Lehmkuhl Marianne Johanna, Kommentierung zu Art. 179quater StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 179quater StGB, in: Wohlers Wolfgang/Gunhild Godenzi/Schlegel Stephan (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020.

MATÉRIAUX

Amtliches Bulletin, Band II, Sommersession, 11. Sitzung, Geschäft «9873. Persönlicher Geheimbereich. Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes», Nationalrat vom 26.6.1968, AB 1968, S. 335 ff.

Amtliches Bulletin, Band III, Herbstsession, 1. Sitzung, Geschäft «9873. Persönlicher Geheimbereich. Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes», Ständerat vom 17.9.1968, AB 1968, S. 185 ff.

Amtliches Bulletin, Band IV, Wintersession, 1. Sitzung, Geschäft «9873. Persönlicher Geheimbereich. Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes», Nationalrat vom 3.12.1968, AB 1968, S. 629 ff.

Amtliches Bulletin, Band IV, Wintersession, 6. Sitzung, Geschäft «9873. Persönlicher Geheimbereich. Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes», Ständerat vom 16.12.1968, AB 1968, S. 299 ff.

Amtliches Bulletin, Band IV, Wintersession, 7. Sitzung, Geschäft «9873. Persönlicher Geheimbereich. Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes», Nationalrat vom 17.12.1968, AB 1968, S. 669.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs vom 21.2.1968, BBl 1968 585 ff., abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10043956&action=open.

Bundesamt für Justiz, Die Strafurteile in der Schweiz 1969–1984 (16 Dokumente).

Bundesamt für Justiz, Tabellen zu Verurteilungen nach Strafgesetzbuch, Erwachsene: Verurteilungen für ein Vergehen oder Verbrechen nach Artikeln des Strafgesetzbuches (StGB), Schweiz und Kantone (1984–2007).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 197a CP

Un commentaire de Marvin Stark

PROPOSITION DE CITATION

Marvin Stark, Commentaire de l'art. 197a CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (édit.), Commentaire en ligne du Code pénal suisse

Citation abrégée: OK-Stark, Art. 197a CP N. XXX.

5. Transmission indue d'un contenu non public à caractère sexuel

Art. 197*a*

[1] Quiconque transmet à un tiers un contenu non public à caractère sexuel, notamment des écrits, enregistrements sonores ou visuels, images, objets ou représentations, sans le consentement de la personne qui y est identifiable, est, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire.

[2] L'auteur est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire s'il a rendu le contenu public.

TABLE DES MATIÈRES

I. Contexte 59
A. Abus sexuel par diffusion d'images 59
1. Définition 59
2. Phénomène 60
B. Historique 65
II. Bien juridique protégé 66
III. Éléments constitutifs objectifs 68
A. Cercle des auteurs 68
B. Objet de l'infraction 69
1. Contenu à caractère sexuel 69
2. Non public 72
3. Reconnaissable 74
4. Supports 76
C. Acte délictueux 79
1. Transmission (al. 1) 79
2. Publication (al. 2) 80
D. Absence de consentement 82
IV. Éléments constitutifs subjectifs 82
V. Plainte (al. 1) et sanction 83
VI. Concurrences 83
Bibliographie 85
Matériaux 91

I. CONTEXTE

A. Abus sexuel par diffusion d'images

1. Définition

Selon les travaux préparatoires, l'art. 197a CP a été créé en réponse au phénomène dit de la *« revenge porn »* (« pornographie vengeresse »). À l'origine, ce terme désigne une situation spécifique qui survient après l'échec d'une relation de couple : une personne diffuse sans le consentement de l'autre des photos ou des vidéos d'elle nue, en train de se livrer à des actes sexuels ou d'envoyer des messages à caractère sexuel, qui ont été prises ou enregistrées de manière consensuelle pendant la relation, afin de l'humilier devant d'autres personnes et de se venger ainsi d'un comportement répréhensible implicite. Au fil du temps, ce terme est toutefois devenu une sorte de terme générique utilisé pour décrire d'autres situations similaires, par exemple lorsque des images à caractère sexuel sont obtenues par piratage, utilisées à des fins de chantage ou enregistrées et diffusées secrètement dans un but voyeuriste. Il a également été repris dans de nombreuses langues et est utilisé à l'échelle internationale. Ce terme est principalement utilisé dans les discours médiatiques et politiques ; dans les débats scientifiques, il est largement rejeté en raison de son imprécision et de ses connotations problématiques. Les deux composantes du terme sont remises en question : le terme « vengeance » est insuffisant, car dans la pratique, les auteurs poursuivent souvent d'autres motifs, tels que l'exercice du pouvoir, l'amélioration de leur statut social ou des intérêts financiers. De plus, ce terme implique une réaction à un comportement répréhensible de la personne concernée et met ainsi l'accent sur le point de vue de l'auteur plutôt que sur les conséquences néfastes pour la victime. Le terme « pornographie » est également imprécis : il qualifie à tort de « pornographiques » les contenus diffusés dans le cadre de ce phénomène, alors que cela ne correspond généralement pas à la définition juridique du terme. Il s'agit souvent de simples photos de nudité, dont la publication peut toutefois également entraîner une exposition considérable. De plus, le terme « pornographie » a une connotation morale négative et peut être stigmatisant. Dans la recherche, on propose donc de désigner ce phénomène par le terme **« Image-Based Sexual Abuse »**. Ce terme est plus large et décrit la production, 1

l'enregistrement ou la diffusion non consensuels d'images ou de vidéos à caractère sexuel (N. 4), y compris les médias modifiés ou générés artificiellement, ainsi que la menace de diffusion de ce type de matériel. Si la menace est associée à une exigence concrète – par exemple la remise d'autres enregistrements, la réalisation d'actes sexuels ou le paiement d'une somme d'argent –, on parle alors de *sextorsion*.

2 Bien que le terme « pornographie vengeresse » ait été en partie remis en question de manière critique au cours du processus législatif, il a été repris sans critique par la plupart des parties prenantes ou confondu avec le terme générique **« cyberharcèlement »**, c'est-à-dire « l'humiliation systématique d'une personne à l'aide de moyens de communication électroniques ». L'utilisation des termes « cyberharcèlement » ou « cyberintimidation » dans les cas d'abus sexuels basés sur l'image est critiquée à juste titre, car des termes tels que « intimidation » ou « harcèlement » sont souvent associés à des comportements inappropriés chez les jeunes, ce qui risque de minimiser la gravité du comportement. Cela pose problème, car l'utilisation abusive de contenus à caractère sexuel touche des personnes de tous âges et peut avoir des conséquences graves, pouvant aller jusqu'au suicide des personnes concernées (N. 7). Une autre critique porte sur le fait que ce terme mélange plusieurs thèmes complexes et se base notamment sur un simple contexte d'exposition ou de diffamation, reléguant ainsi au second plan la dimension sexuelle de ces agressions (cf. N. 4). Cela s'est également manifesté dans le débat politique, où le caractère spécifiquement sexuel de ces agressions a été en partie méconnu et où elles ont été traitées comme de simples délits portant atteinte à la réputation (cf. N. 8, 10). Si l'*abus sexuel basé sur l'image* peut, dans certains cas, s'inscrire dans un contexte de *cyberharcèlement*, le phénomène ne se limite toutefois pas à cela et ne peut être qualifié conceptuellement de simple sous-catégorie du cyberharcèlement, d'autant plus qu'il se produit régulièrement en dehors des situations de *harcèlement* entre jeunes et qu'il constitue une forme spécifique d'agression à caractère sexuel. À cela s'ajoute le fait que le terme « cyberharcèlement » exclut tout acte commis sans outils numériques (cf. N. 6).

2. Phénomène

3 Les résultats d'études internationales suggèrent que le phénomène de l'*abus sexuel basé sur l'image* est **spécifique au genre** : il apparaît que les femmes

et les personnes LGBTQI+ sont particulièrement touchées et souffrent davantage de ses conséquences. En revanche, les auteurs sont majoritairement des hommes. Le fait que les victimes perçues comme féminines soient particulièrement touchées s'explique par les structures sociales dans lesquelles les femmes sont stigmatisées lorsqu'elles vivent leur sexualité de manière visible. Elles sont également particulièrement touchées par le *victim blaming*, c'est-à-dire un renversement des rôles entre l'auteur et la victime, dans lequel ce n'est pas la personne qui a diffusé une image sans consentement qui est critiquée, mais la femme concernée elle-même. On lui reproche alors d'être responsable de la diffusion de l'enregistrement, car elle a créé une image sexualisée d'elle-même, même si cet enregistrement a été réalisé à son insu, volé ou piraté (N. 5) et diffusé sans son consentement. C'est précisément pour les raisons mentionnées ci-dessus que de telles agressions constituent un moyen efficace d'intimidation, de punition ou de contrôle – et ne sont donc pas seulement des agressions individuelles, mais aussi l'expression d'une inégalité structurelle.

Le phénomène de l'*Image-Based Sexual Abuse* repose essentiellement sur le fait qu'il s'agit de **transgressions sexuelles**. Il est donc essentiel de limiter la définition aux contenus sexuels – ou plus précisément sexualisés –, en particulier aux représentations de nudité (notamment des organes génitaux et des seins féminins) et d'actes sexuels (pour la réglementation à l'art. 197a CP, voir N. 16 ss). En revanche, les enregistrements qui représentent des moments privés ou vulnérables – tels que des visages en pleurs, des séjours à l'hôpital ou des conversations privées – mais qui ne présentent pas un potentiel de sexualisation comparable ne relèvent pas de ce phénomène. Cette limitation du contenu est déterminante pour plusieurs raisons : d'une part, les enregistrements à caractère sexuel ont une portée particulièrement importante sur Internet, sont plus souvent diffusés et font partie d'un marché commercial d'exploitation. D'autre part, ces images ont des conséquences particulièrement graves pour les personnes concernées, car leur publication porte profondément atteinte à leur intimité et viole *en même temps* leur autodétermination sexuelle (cf. N. 11). La diffusion de contenus sensibles non sexualisés peut également entraîner des souffrances considérables, mais elle reste nettement inférieure à la diffusion d'images à caractère sexuel en termes de portée et d'intensité de l'atteinte. La recherche souligne donc de plus en plus que la diffusion non consensuelle d'images à caractère sexuel doit être considérée comme une forme d'infraction sexuelle dont les effets sont 4

structurellement comparables à ceux d'autres transgressions sexuelles. Cette évaluation est étayée par les études actuelles : contrairement à la diffusion de contenus non sexualisés, les effets de la diffusion d'images à caractère sexuel ont fait l'objet de recherches approfondies (cf. N. 7) et présentent des parallèles évidents avec les conséquences des agressions sexuelles classiques. Les personnes concernées elles-mêmes perçoivent souvent ces actes comme des agressions sexuelles.

5 L'**origine des contenus** diffusés dans le cadre de l'*abus sexuel par image* est multiple : il s'agit en partie d'enregistrements réalisés d'un commun accord dans le contexte d'une relation de couple ou dans le cadre du sexting, que ce soit par la personne concernée elle-même ou par son ou sa partenaire. Même les enregistrements destinés exclusivement à un public payant (par exemple, les contenus partagés sur *OnlyFans*) peuvent être diffusés sans autorisation (ce que l'on appelle la *fuite de contenu*, cf. N. 19, 21 pour la punissabilité). Il existe également des cas où les contenus ont été obtenus par piratage. D'après les résultats des études menées jusqu'à présent, les enregistrements diffusés proviennent le plus souvent de situations dans lesquelles ils ont déjà été réalisés sans consentement et constituent donc eux-mêmes le résultat d'une agression sexuelle par l'image. Les contextes dans lesquels ces contenus peuvent être créés sont très variés : les victimes sont filmées sans leur consentement, de manière secrète ou ouverte, lors d'actes sexuels consensuels ou non consensuels (cf. N. 16 s., 19 ss. concernant la punissabilité). Il arrive aussi régulièrement que des personnes nues soient filmées dans des espaces privés ou publics à l'aide de caméras cachées ou piratées (*spycams* ou *camfecting*) (cf. N. 18, 20 concernant la punissabilité). Mais même les personnes habillées – en particulier les femmes – peuvent être représentées de manière sexualisée dans l'espace public, par exemple par le biais de « creepshots », qui consistent à photographier ou à filmer de manière ciblée la région génitale, les fesses ou les seins, par le biais de « downblousing », c'est-à-dire la prise de vue dans un décolleté, ou par le biais d'« upskirting », c'est-à-dire la prise de vue ou le tournage sous les jupes (cf. N. 18, 20). En outre, il existe la création et la diffusion d'images artificielles, en particulier la pornographie dite « deepfake » (vidéos ou images générées par intelligence artificielle dans lesquelles les visages de personnes réelles sont montés dans des scènes pornographiques), *deepnudes* (images dans lesquelles les vêtements des personnes représentées sont supprimés numériquement à l'aide de l'intelligence artificielle) ou de simples photomontages dans lesquels

des personnes réelles sont insérées a posteriori dans des contextes sexualisés ou pornographiques (cf. N. 22, 30 pour la punissabilité). Les exemples cités illustrent une caractéristique typique du phénomène : des situations quotidiennes sont transposées dans un contexte sexuel, souvent sans aucun rapport avec leur contexte d'origine. Même des actes tels que les soins corporels, le fait d'aller aux toilettes ou de prendre un bain de soleil peuvent ainsi devenir le point de départ d'un *abus sexuel par image*.

La **diffusion d'enregistrements à caractère sexuel** se fait de différentes manières, la gravité de l'atteinte aux biens juridiques augmentant avec le nombre de personnes qui reçoivent ces enregistrements. Ainsi, les enregistrements concernés peuvent d'abord être montrés à d'autres personnes sans leur consentement, par exemple sur l'écran de son propre appareil (pour la punissabilité, voir N. 34). En outre, les images concernées sont diffusées physiquement, par exemple par la poste, ou numériquement par le biais de messages instantanés, d'e-mails ou de livestreams (pour la punissabilité, voir N. 33 s.), parfois de manière ciblée à l'entourage personnel de la victime. La publication est particulièrement grave lorsque les contenus sont rendus accessibles à un public large et indéterminé (sur la punissabilité, N. 35), par exemple sur les réseaux sociaux ou sur des plateformes en ligne spécialisées. Les enregistrements sont parfois publiés au nom de la victime, par exemple via de faux profils, afin de donner l'impression que celle-ci a elle-même partagé les contenus. La diffusion s'accompagne souvent de *doxing* – la divulgation de données personnelles – ainsi que de commentaires insultants et accusateurs. 6

Les agressions sexuelles par le biais d'images peuvent avoir des **conséquences** graves et durables pour les personnes concernées. Lors de l'introduction de l'art. 197a CP, le législateur a également fait référence à ces conséquences et a formulé des déclarations qui peuvent être confirmées par des études scientifiques : il a notamment souligné le fait que les enregistrements, une fois diffusés, se multiplient rapidement et de manière incontrôlable sur Internet. La plupart du temps, ils ne peuvent pas être (complètement) supprimés (par des moyens civils) et deviennent ainsi une partie intégrante de l'identité numérique de la personne concernée, en particulier lorsque des données personnelles ont également été divulguées (*doxing*, voir N. 6). Les victimes perdent le contrôle de leur propre image et de leur (auto-)représentation à l'extérieur. Cette forme d'agression n'est pas liée à 7

un lieu ou à un moment précis, mais a un effet permanent, mondial et omniprésent. En raison de leur victimisation, les personnes lésées sont souvent exposées à d'autres formes de harcèlement qui se produisent également en dehors de la sphère en ligne (par exemple sous forme de harcèlement obsessionnel, de harcèlement sexuel ou de menaces). Ces actes ont souvent des répercussions sur la vie sociale et professionnelle des victimes : certaines perdent leur emploi ou le quittent volontairement, d'autres font état de difficultés considérables pour retrouver un nouveau poste. L'*abus sexuel par image* a donc également une composante comportementale : les personnes concernées se voient régulièrement contraintes de prendre des mesures drastiques, telles que changer de nom ou d'apparence physique, ou se retirer complètement des réseaux sociaux. En conséquence, de nombreuses victimes font état d'un tournant « destructeur » ayant des répercussions considérables sur leur image de soi, leurs relations et leur vie quotidienne. Presque toutes les victimes font état de sentiments négatifs intenses tels que la colère, l'impuissance, l'humiliation, le choc, la peur, la culpabilité et la honte. Elles développent des troubles anxieux, des dépressions, des troubles de stress post-traumatique et une profonde perte d'estime de soi. Dans les cas graves, elles peuvent adopter un comportement autodestructeur ou suicidaire. Ces actes ont également un effet isolant, car outre des problèmes de confiance, de nombreuses victimes développent le sentiment de ne plus être en sécurité ni sur Internet ni en public, ce qui les pousse à éviter certains sites web et certains lieux, à modifier leur comportement et à restreindre délibérément leur liberté de mouvement. Les victimes de *deepfakes* pornographiques font également état d'effets psychologiques et sociaux similaires. La diffusion sans consentement d'enregistrements à caractère sexuel est particulièrement grave lorsqu'il s'agit d'images ou de vidéos représentant des actes de violence sexuelle réels. La diffusion de ces enregistrements répète indéfiniment les événements, prolonge leur caractère humiliant et blessant et invite un public plus large à participer à l'agression. Cela peut se faire, par exemple, par le biais de commentaires approuvant l'acte ou contenant des insultes supplémentaires. Le traumatisme de ces agressions sexuelles est ainsi revécu et renforcé à maintes reprises.

B. Historique

En 2010 et 2016 déjà, des interventions parlementaires avaient été déposées au Conseil national, demandant au Conseil fédéral d'examiner la nécessité d'une intervention législative concernant la diffusion sans consentement d'enregistrements intimes ou pornographiques. Dans les deux cas, le Conseil fédéral a renvoyé aux infractions existantes en matière d'atteinte à l'honneur et à la protection de la personnalité en droit civil, et a expressément rejeté la nécessité d'une révision de la loi. Dans le cadre de la consultation sur la révision du droit pénal en matière sexuelle, qui est entrée en vigueur le 1er juillet 2024, cinq participants ont explicitement demandé que le phénomène de la « revenge porn » soit inscrit dans le droit pénal (pour une critique du terme et une description du phénomène, cf. N. 1 ss). La Commission des affaires juridiques du Conseil des États a repris cette demande et a complété son projet par un nouvel art. 197a CP, qui vise à punir la transmission non autorisée de contenus sexuels non publics. Les deux chambres étaient en principe d'accord sur la nécessité d'une nouvelle réglementation légale pour la transmission illicite de certains contenus intimes non publics. Le contenu concret de la réglementation était toutefois controversé : il y avait désaccord sur la portée matérielle, la place systématique dans la loi et la formulation de la nouvelle norme. La majorité du Conseil des États a plaidé pour limiter la norme pénale aux contenus à caractère sexuel et l'ancrer systématiquement dans le droit pénal sexuel. En revanche, la majorité du Conseil national s'est prononcée en faveur d'une solution alternative : elle souhaitait supprimer l'art. 197a CP et d'insérer un art. 179^{undecies} dans le titre III (« Infractions contre l'honneur et la sphère privée »). Celui-ci devait punir la diffusion de tout contenu susceptible de porter gravement atteinte à la réputation d'une personne, y compris les enregistrements compromettants ou embarrassants sans caractère spécifiquement sexuel. Le Conseil des États a fermement maintenu l'art. 197a CP et demandé la suppression du nouvel art. 179^{undecies} proposé. Finalement, la position minoritaire au Conseil national a réussi à rallier une majorité. L'idée de limiter la norme pénale aux contenus à caractère sexuel et de l'intégrer systématiquement dans le **droit pénal en matière sexuelle** s'est ainsi imposée. En conséquence, l'instance législative s'est également prononcée *contre l'*adoption d'une disposition protégeant la « sphère secrète et privée ». Compte tenu du bien juridique concerné, à savoir l'autodétermination sexuelle (N. 11), et de la gravité particulière de l'atteinte, attestée par des études scientifiques (N. 7), qui est essentiellement marquée 8

par la dimension sexualisée du phénomène (cf. N. 4), cette décision législative s'avère appropriée et cohérente – une décision dont la *ratio legis* doit désormais être mise en œuvre de manière cohérente par la jurisprudence.

9 Il convient de noter que l'art. 197a CP punit exclusivement la **diffusion non autorisée de contenus à caractère sexuel** sans le consentement de la personne représentée ou mentionnée. Il subsiste donc une lacune de protection non négligeable, notamment en ce qui concerne la *création* non consensuelle de tels contenus. Dans les cas de création non autorisée d'enregistrements à caractère sexuel, l'art. 179quater CP s'applique certes régulièrement, mais il n'est sans doute pas adapté à l'injustice typique de l'*Image-Based Sexual Abuse*. Depuis la révision du droit pénal en matière sexuelle, l'art. 198, al. 1, var. 2, CP couvre également le harcèlement sexuel par le biais d'images et donc certains aspects du phénomène. Enfin, l'art. 179decies CP punit l'utilisation de l'identité d'une autre personne dans l'intention de lui causer un préjudice ou d'en tirer un avantage, ce qui peut notamment être le cas lors de la diffusion de pornographie *deepfake* ou de *deepnudes*.

II. BIEN JURIDIQUE PROTÉGÉ

10 Bien que le bien juridique protégé n'ait jamais été explicitement nommé ou défini de manière dogmatique dans la **procédure législative** relative à l'art. 197a CP, le débat politique a en fait porté précisément sur cette question : La question centrale était de savoir si le nouveau délit devait être classé dans le titre III (« Infractions contre l'honneur et la sphère privée ») ou dans le titre V (« Infractions contre l'intégrité sexuelle ») (N. 8). En fin de compte, le débat portait sur la question de savoir quel bien juridique était prioritaire : s'agit-il d'une atteinte à la « réputation » ou à l'honneur, ou d'une atteinte à la sphère intime ou privée – c'est-à-dire des biens juridiques du titre III – ou s'agit-il d'une agression à caractère sexuel ? La décision du législateur d'attribuer la norme au titre V ne laisse aucun doute à ce sujet : ce n'est pas l'honneur ou la sphère privée et secrète qui doivent être protégés, mais l'intégrité sexuelle – et avec elle l'autodétermination sexuelle de la personne concernée (cf. N. 11). Les termes « sphère intime » et « pudeur (sexuelle) » utilisés dans les débats politiques n'y changent rien. Ces termes peuvent certes être utiles pour

décrire la dimension subjective de l'injustice, mais ils ne constituent pas des biens juridiques pénaux :

1. le terme « sphère intime » provient du droit civil des personnalités et est souvent assimilé à tort, dans le contexte pénal, au bien juridique reconnu de la sphère privée. Si celui-ci peut certes être concerné dans les faits visés par l'art. 197a CP, il ne décrit toutefois qu'une dimension plus générale de l'atteinte à la personnalité, et non l'atteinte spécifique à l'autodétermination sexuelle que l'art. 197a CP couvre par sa position systématique dans le titre V. Et même si l'on considérait la « sphère intime » comme un nouveau bien juridique pénal autonome, son classement dans le titre V s'opposerait à ce qu'elle soit protégée par l'art. 197a CP. Car tout ce qui est « intime » n'est pas nécessairement « sexuel ».
2. Le « sentiment de pudeur (sexuelle) » n'est ni un bien juridique reconnu ni un intérêt digne de protection pénale, mais simplement une réaction émotionnelle régulièrement observable à la perte de contrôle sur sa propre sexualité ou à une atteinte à l'autodétermination sexuelle.

L'art. 197a CP protège l'**autodétermination sexuelle** de la personne représentée ou mentionnée. Ce bien juridique est traditionnellement lié au corps et comprend, d'une part, la liberté positive d'accomplir des actes sexuels selon ses propres désirs et, d'autre part, la liberté négative de ne pas être impliqué dans des interactions sexuelles contre sa volonté. Dans l'évolution récente du droit pénal, il est toutefois de plus en plus reconnu que les formes non physiques de sexualisation – telles qu'elles se produisent notamment dans le cas des *abus sexuels basés sur des images* – peuvent également constituer des atteintes à l'autodétermination sexuelle et méritent donc une protection pénale. Cela n'est pas nouveau dans la conception suisse des biens juridiques : plusieurs infractions sexuelles protègent déjà l'autodétermination sexuelle contre les atteintes non physiques. Dans le champ d'application de l'art. 197a CP, le bien juridique se concrétise par la protection du pouvoir de disposition sur les représentations à caractère sexuel. La personne concernée doit pouvoir décider elle-même si, sous quelle forme et à qui elle divulgue des contenus à caractère sexuel la concernant. L'autodétermination sexuelle comprend donc également le droit de décider de la diffusion ou de la mise à disposition publique de contenus à caractère sexuel. Cela inclut notamment les détails de sa propre vie sexuelle, les enregistrements de celle-ci ainsi que les images de parties intimes du corps

11

(organes génitaux, fesses, seins). La décision législative de se baser sur une solution de consentement dans l'art. 197a CP souligne l'importance centrale du bien juridique : Contrairement aux infractions sexuelles physiques (art. 189, 190 CP), pour lesquelles l'absence d'opposition suffit (solution de l'opposition), l'art. 197a CP exige un consentement explicite et éclairé (à ce sujet, N. 36 s.).

III. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS OBJECTIFS

12 Est coupable de l'infraction objective quiconque (N. 13 s.) transmet ou publie (N. 33 s.) un objet de l'infraction (N. 15 ss) sans le consentement de la personne représentée (N. 36 s.).

A. Cercle des auteurs

13 L'art. 197a CP est une **infraction générale**. En principe, la manière dont l'auteur de l'infraction est entré en possession du contenu n'a aucune importance. Même s'il l'a reçu de manière importune d'une autre personne – par exemple une « dick pic » –, il peut être punissable s'il diffuse le contenu à des tiers sans le consentement de la personne représentée ou mentionnée (cf. N. 36).

14 La transmission non autorisée d'un objet constitutif d'infraction au sens de l'al. 1 (N. 33 s.) peut donner lieu à une **chaîne de diffusion** ou à la publication répétée et non autorisée du contenu par différentes personnes au sens de l'al. 2 (N. 35). Se pose alors la question de savoir qui doit encore être considéré comme auteur de l'infraction et où s'arrête la responsabilité pénale. La doctrine estime à juste titre que toute personne qui transmet un objet de l'infraction sans le consentement de la personne concernée et qui agit de manière intentionnelle (cf. N. 38) doit être qualifiée d'auteur indépendant. Cela s'applique en principe également dans le champ d'application de l'élément constitutif de l'infraction selon l'al. 2. L'infraction reste donc constituée même si un contenu initialement non public (N. 19) a déjà été publié une fois. Un tel point de vue est indispensable pour maintenir l'effet protecteur de la norme : sinon, les contenus déjà publiés pourraient être diffusés sans restriction. Il convient toutefois d'exiger, à titre restrictif, que la nouvelle transmission ou publication atteigne un public potentiellement *nouveau* et que l'auteur de l'infraction en soit conscient. Quiconque transmet un objet d'infraction à son cercle d'amis, dans lequel il circule déjà, ou le publie sur un site web où il a déjà été fréquemment consulté, ne peut être

qualifié d'auteur de l'infraction. En revanche, dès lors que la diffusion vise spécifiquement des personnes qui ne connaissent pas encore le contenu ou que la publication touche un nouveau groupe de personnes plus large, par exemple par le biais d'un téléchargement sur un autre site web, la personne qui procède à la nouvelle diffusion peut être considérée comme un auteur indépendant.

B. Objet de l'infraction

L'objet de l'infraction est constitué par des contenus à caractère sexuel (N. 16 ss) qui ne sont pas publics (N. 19 ss), qui sont placés sur un support déterminé (N. 26 ss) et sur lesquels la personne concernée est reconnaissable (N. 23 ss). 15

1. Contenu à caractère sexuel

La caractéristique constitutive de l'infraction que constitue le contenu à caractère sexuel représente une difficulté centrale de l'art. 197a CP et a également été l'élément qui a suscité le plus de réserves lors du processus législatif. De manière générale, il a été retenu que cette notion devait être comprise dans un sens plus large que celui de la pornographie et qu'elle englobait tous les contenus présentant un **rapport sexuel** ou un *caractère sexuel*. Dans la doctrine, on se réfère parfois aux critères de la définition de la pornographie selon l'art. 197 CP pour définir cette notion. Une telle reprise – par exemple le fait de se baser sur l'effet sexuellement excitant pour les spectateurs – va toutefois à l'encontre de l'objectif de la norme, qui vise à protéger l'autodétermination sexuelle de la personne représentée, et doit donc être rejetée. L'effet excitant du contenu pour autrui n'a aucune importance pour la victime dont les contenus sexuels sont diffusés sans autorisation. Si toute représentation pornographique est un contenu sexuel au sens de l'art. 197a CP, tous les contenus sexuels ne sont pas pour autant de la pornographie au sens de l'art. 197 CP. Les contenus sexuels nécessitent une définition autonome, fondée sur la *ratio legis*. Les documents mentionnent deux exemples de contenus à caractère sexuel : les actes sexuels (N. 17) et la nudité (partielle) (N. 18). 16

Le fait que les représentations **d'actes sexuels** soient couvertes par l'infraction ressort des travaux préparatoires et est également unanimement reconnu dans la doctrine. Dès lors qu'il y a acte sexuel, sa représentation ou sa description suffit pour présumer l'existence d'un contenu à caractère sexuel – 17

il n'est pas nécessaire de mettre particulièrement en évidence la région génitale. Pour l'interprétation de la notion d'« acte sexuel », il convient, selon la volonté du législateur, de se référer à la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral. Selon celle-ci, il y a acte sexuel lorsqu'un comportement présente, d'après son apparence extérieure, un rapport sexuel clairement reconnaissable et qu'il doit être considéré comme important au regard du bien juridique protégé – dans le présent contexte, donc au regard de l'autodétermination sexuelle en ce qui concerne la représentation sexuelle de son propre corps (N. 11). Le critère de l'importance permet de distinguer clairement les infractions sexuelles graves, qui ont le caractère d'un crime ou d'un délit, des infractions moins graves, en l'occurrence le harcèlement sexuel verbal ou visuel au sens de l'art. 198, al. 1, var. 2, CP. L'exigence d'une référence sexuelle clairement reconnaissable à l'extérieur pose particulièrement problème. En se basant sur une référence sexuelle pour définir le terme « sexuel », la définition reste circulaire sur le fond ; il n'y a pas de précision conceptuelle plus précise. Cela est compréhensible dans la mesure où la sexualité est un phénomène complexe, individuellement différent et culturellement influencé. L'hypothèse d'une ambiguïté prétendument « objective » méconnaît le fait que de telles évaluations sont en fin de compte soumises à des valeurs sociales et temporelles – et sont donc toujours influencées par les idées individuelles de la personne qui juge. Le Tribunal fédéral tente d'y remédier en concrétisant sa définition à l'aide de groupes de cas. Les rapports sexuels, anaux ou oraux sont considérés comme clairement sexuels. D'autres comportements, tels que le fait de toucher des caractéristiques sexuelles primaires ou secondaires ou d'introduire des objets dans des orifices corporels, doivent en revanche être soigneusement délimités, car ils peuvent également se produire dans un contexte médical ou de soins. Dans le champ d'application de l'art. 197a CP, la jurisprudence développée à cet égard n'est toutefois que partiellement pertinente, et ce pour deux raisons : premièrement, les représentations d'actes sexuels ne couvrent que la partie supérieure du spectre des infractions ; souvent, des contenus visuels montrant une nudité (partielle) suffisent déjà (N. 18). Deuxièmement, l'évaluation ne se concentre pas sur une atteinte à l'intégrité sexuelle par l'acte lui-même, mais sur la mise en danger de la liberté de décision de la personne concernée en ce qui concerne son expression sexuelle.

18 Selon la volonté du législateur, les représentations de **(partielle) nudité** sont également considérées comme des contenus sexuels. Toutefois, de simples

descriptions ne devraient pas suffire dans ce contexte ; une représentation visuelle est probablement nécessaire. Selon le Conseil fédéral, dans le cas de la nudité (partielle), il est même nécessaire qu'« un lien sexuel soit établi, par exemple par la posture ou la représentation ». La doctrine ne se prononce pas clairement sur l'application de cette exigence. Elle se contente de préciser que les caractéristiques sexuelles primaires et secondaires (partiellement) dénudées – plus précisément les organes génitaux, les fesses et les seins féminins – sont concernées dès lors qu'un lien sexuel peut être établi. Elle ne précise toutefois pas dans quels cas cela s'applique. Une différenciation en fonction du degré de nudité semble appropriée :

1. en cas de nudité *partielle* – l'exemple donné dans les travaux préparatoires est celui d'une « image montrant une femme avec un décolleté exagéré et accentué » –, le critère du Conseil fédéral peut servir de critère de distinction. La composition de l'image est déterminante : ce n'est que lorsque la perspective de la caméra, la posture ou les vêtements à connotation sexuelle attirent clairement l'attention sur les parties génitales, les fesses ou les seins féminins que la photo prend un caractère sexuel. Peu importe que cette focalisation – par exemple dans le cadre d'un autoportrait – ait été choisie par la personne représentée elle-même ou déterminée contre sa volonté par un tiers, comme c'est le cas pour les *creepshots*, le *downblousing* ou l'*upskirting* (cf. N. 5). La directive du Conseil fédéral relative à la contextualisation de la nudité semble ici appropriée et compatible avec l'objectif de protection de l'art. 197a CP.
2. En cas de nudité *complète des* organes génitaux, de l'anus ou des mamelons féminins, il y a de bonnes raisons de penser qu'une représentation apparemment neutre suffit pour être qualifiée de contenu sexuel, même sans mise en évidence particulière des parties du corps concernées. Il s'agit là de zones du corps auxquelles la société attribue une signification sexuelle, de sorte que leur représentation non autorisée à l'état dénudé apparaît, indépendamment du contexte concret, comme un acte de sexualisation et potentiellement comme une violation de l'autodétermination sexuelle (cf. N. 4). Si les autres éléments constitutifs de l'infraction sont également réunis, en particulier l'exigence de non-publicité (cf. N. 19 f.), le simple fait de rendre visibles ces parties du corps contre la volonté de la personne concernée, indépendamment de la manière concrète dont elles sont représentées, peut déjà constituer une

atteinte à un bien juridique. Cela s'illustre par exemple dans le cas des enregistrements voyeuristes dans les vestiaires, les solariums ou les saunas, où la nudité des personnes concernées est instrumentalisée à des fins de consommation sexuelle par des tiers. Une interprétation restrictive, qui exigerait en outre une focalisation ciblée sur les parties du corps dénudées, aurait en revanche pour conséquence que de telles images sans éléments de focalisation ne seraient pas couvertes, malgré leur caractère clairement abusif et leur potentiel évident de porter atteinte à l'autodétermination sexuelle en cas de diffusion non autorisée. Une telle approche ne semblerait ni appropriée ni compatible avec l'objectif de protection de l'art. 197a CP.

2. Non public

19 Selon l'art. 197a CP, le contenu à caractère sexuel doit être « non public », ce qui, selon la volonté du législateur, s'applique en particulier lorsque le contenu « a été créé pour un usage purement privé, selon la volonté de la personne qui y est reconnaissable ». On pourrait en déduire que la victime aurait dû au moins consentir à la création ou en avoir eu connaissance. Cela ne peut être le sens voulu, d'autant plus que les documents reconnaissent que le phénomène punissable englobe également la diffusion de contenus créés *sans consentement*. L'interprétation proposée par Scheidegger semble donc plus convaincante, selon laquelle il est déterminant que la personne concernée n'ait pas attribué **de finalité publique** au contenu sexuel, c'est-à-dire qu'elle « n'ait pas voulu le rendre accessible à un cercle de destinataires potentiellement indéterminé ». Selon ce point de vue, en cas de doute, il faut partir du principe que les contenus sexuels ne sont « pas publics ».

20 Dans le cas de **contenus non consensuels**, tels qu'un viol filmé ou des enregistrements voyeuristes, il manque par définition toujours une intention publique de la part de la personne représentée. Au regard de l'objectif de la norme, le fait que les faits se soient déroulés dans l'espace public ou non ne devrait en principe pas avoir d'importance. Lors de la procédure législative, il a été explicitement souligné que la portée de l'art. 197a CP pouvait aller au-delà de celle de l'art. 179^{quater} CP, qui n'offre en principe aucune protection dans l'espace public. Étant donné que l'art. 197a CP ne protège pas la sphère privée ou secrète, mais l'autodétermination sexuelle, il doit être évalué selon d'autres critères que l'art. 179^{quater} CP. Toute personne qui se montre

(partiellement) nue dans un lieu (semi-)public – par exemple dans un vestiaire, sur une pelouse ou dans des toilettes – devrait pouvoir s'attendre, malgré les conditions locales, à ce qu'aucune image d'elle ne soit diffusée, compte tenu de l'objectif de protection de l'art. 197a CP. La protection de l'autodétermination sexuelle ne s'arrête pas au seuil de la sphère publique, tant qu'il n'y a pas eu de divulgation consciente ou implicite à un public indéterminé. Cela ne peut être supposé que dans des cas exceptionnels, par exemple lors d'un « exhibitionnisme » pendant un match de football public ou lors d'une exposition volontaire des seins devant la caméra pendant un concert public.

L'évaluation est plus difficile dans le cas de **contenus créés (et diffusés) d'un commun accord**. Selon l'avis défendu ici, il est nécessaire dans de tels cas de procéder à une évaluation globale en fonction du contexte, qui tienne compte notamment de la taille et de l'anonymat du cercle des destinataires ainsi que des barrières d'accès existantes entre le contenu et le grand public. Les obstacles techniques tels que les paywalls, la protection par mot de passe ou les fonctions anti-capture d'écran peuvent servir d'indices d'une intention d'utilisation privée. Il ne faut toutefois pas fixer des exigences trop élevées ; même une mauvaise protection contre la diffusion de ses propres contenus est un indice d'une intention privée. L'utilisation de plateformes telles que *OnlyFans* (N. 5) ne constitue donc pas un consentement illimité à la diffusion, mais doit être comprise comme une divulgation ciblée à un cercle restreint d'utilisateurs. Le véritable public ne commence qu'au-delà de cette sphère protégée par des barrières d'accès et des conditions d'utilisation, par exemple par l'envoi d'images à un grand groupe de personnes aléatoires ou le partage d'un contenu sur un réseau social public. 21

La question se pose de savoir si **les contenus sexuels créés artificiellement** – en particulier les *deepfakes* pornographiques ou les *deepnudes* (N. 5) – relèvent également de la caractéristique de contenu « non public » au sens de l'art. 197a CP lorsqu'ils ont été générés à partir d'enregistrements initialement accessibles au public. Une formulation dans les travaux préparatoires selon laquelle la victime est « représentée », « nommée » ou « visée » dans les contenus à caractère sexuel suggère que les représentations manipulées artificiellement devraient également être couvertes. En outre, le libellé de la loi, qui mentionne expressément les « images » en plus des « enregistrements vidéo », suggère une inclusion délibérée des contenus générés artificiellement. 22

Il est vrai que les images sources de la *pornographie deepfake* proviennent généralement de sources accessibles au public, telles que les réseaux sociaux ou les sites web professionnels. Toutefois, compte tenu de l'objectif de protection, ce n'est pas le caractère public du matériel photographique original qui devrait être déterminant, mais plutôt l'absence d'intention publique du produit final à contenu sexuel qui en est issu. Ces produits artificiels sont des créations autonomes, généralement réalisées sans consentement, dont le contenu sexuel va clairement à l'encontre de la volonté manifeste de la personne concernée. Cette dernière n'avait aucune raison de supposer que la photo la représentant serait transférée dans un contexte sexualisé et détournée de son usage initial. Pour cette raison, il semble approprié de qualifier la pornographie *deepfake* et les *deepnudes* de « non publiques » au sens de l'art. 197a CP.

3. Reconnaissable

23 Selon le libellé de la loi, la personne lésée doit être « reconnaissable » dans l'objet de l'infraction (art. 197a, al. 1, CP). Dans la littérature, ce terme est souvent assimilé à « identifiable », ce qui permet de conclure que l'infraction n'est punissable que si des tiers peuvent identifier la victime concrète à partir du contenu sexuel. Les représentations pixélisées ou anonymisées d'une autre manière ne seraient donc pas constitutives d'infraction. Cette assimilation entre « reconnaissable » et « identifiable » doit toutefois être remise en question. En effet, « reconnaissable » et « identifiable » ne sont pas des synonymes : alors que l'identifiabilité suppose que la personne concernée puisse être déterminée par des tiers, la reconnaissabilité suffit pour que la personne soit perceptible en tant que telle dans l'objet de l'infraction – par exemple par un corps visible ou une voix –, même si aucune conclusion ne peut être tirée sur son identité concrète. Il existe certes des indices laissant supposer que le législateur avait à l'esprit une notion plus restrictive de l'identifiabilité : ainsi, la version française utilise le terme « identifiable », et les déclarations du Conseil fédéral vont également dans le sens d'une interprétation restrictive de ce terme. En revanche, la version italienne parle de « riconoscibile », un terme qui correspond plutôt à l'allemand « erkennbar ». Toutefois, l'interprétation systématique et téléologique est déterminante : pour la plupart des supports mentionnés à l'art. 197a, al. 1, CP, il n'est généralement pas possible d'identifier clairement la personne concernée, mais il est possible de la percevoir comme la représentation d'une personne

réelle et non fictive. Une grande partie des cas punissables seraient exclus si la punissabilité dépendait de la possibilité pour des tiers d'identifier la victime à partir du contenu. Dans le cas des enregistrements d'images (N. 28), par exemple, l'identifiabilité est généralement exclue si seul le corps est visible, mais pas le visage ou d'autres caractéristiques individuelles. On peut penser aux photos de certaines parties du corps (par exemple les seins, le pénis) envoyées par SMS, aux enregistrements d'actes sexuels où seul le corps est visible, mais pas le visage ou d'autres caractéristiques individuelles, aux photos prises sous les jupes ou aux vidéos espionnées depuis les cuvettes des toilettes. Un critère d'identifiabilité strict exclurait ces groupes de cas importants et serait contraire à l'intention du législateur. La reconnaissabilité n'exige donc pas l'identifiabilité, mais seulement la **perceptibilité d'une personne réelle**. La mesure dans laquelle une attribution plausible à la personne concernée est nécessaire ne ressort qu'des différentes variantes de l'infraction (pour la transmission selon l'al. 1, cf. N. 24, pour la publication selon l'al. 2, cf. N. 25).

La **transmission** (N. 33 s.) au sens de l'art. 197a, al. 1, CP est un délit poursuivi sur plainte (N. 39). La protection pénale ne s'applique donc que si la personne concernée se reconnaît dans l'objet de l'infraction et porte plainte. Il suffit à cet égard que l'attribution du contenu sexuel à la personne concernée concrètement semble plausible au vu de l'ensemble des circonstances de la diffusion, que ce soit par le visage visible de la victime, un texte d'accompagnement qui nomme la victime ou des indications provenant de son environnement social. Cela s'applique également lorsque la personne concernée est faussement associée à un contenu à caractère sexuel qui est en réalité attribuable à une autre personne – une situation qui a été expressément mentionnée par le législateur. On peut penser par exemple à la pornographie *deepfake* ou à des images sur lesquelles le nom d'une autre personne a été inscrit. La condition préalable est toutefois que l'attribution erronée présente une certaine crédibilité à l'extérieur. En effet, l'effet sur la victime peut être tout aussi préjudiciable, indépendamment de l'identité réelle de la personne représentée, tant que des tiers supposent qu'il s'agit de la personne concernée (cf. N. 30). L'identité de la personne représentée ne doit donc pas être établie avec certitude, d'autant plus que cela n'est souvent pas possible dans la pratique. Si, en revanche, l'attribution est manifestement inexacte, par exemple parce que la personne représentée est clairement une autre personne ou qu'il s'agit manifestement d'un faux, il convient d'examiner

24

plutôt la punissabilité au sens de l'art. 198, al. 1, var. 2, CP (harcèlement sexuel verbal ou par image).

25 La **publication** (N. 35) au sens de l'art. 197a, al. 2, CP est un délit poursuivi d'office (N. 40). Il devrait donc suffire que les autorités soient informées de la publication par des tiers. S'il est prouvé ou évident que le contenu a été publié sans le consentement de la personne représentée ou nommément désignée, les éléments constitutifs de l'infraction peuvent être réunis même si la personne concernée n'en a jamais eu connaissance. Dans tous les cas, il reste toutefois nécessaire d'établir un lien plausible avec une personne réelle, qui ne doit pas nécessairement être identifiable, même si son identité n'est pas connue. En revanche, la publication de faux clairement reconnaissables ne constitue pas une infraction au sens de l'art. 197a CP.

4. Supports

26 Les supports de contenus à caractère sexuel mentionnés à l'art. 197a CP s'inspirent de la liste figurant à l'art. 197 CP (pornographie) et comprennent notamment les écrits, les enregistrements sonores ou visuels, les illustrations, les objets et les représentations. Dans la mesure où il n'existe pas d'orientation protectrice divergente en ce qui concerne le bien juridique, il est en principe possible de se référer à la jurisprudence et à la doctrine développées au sujet de l'art. 197 CP. Bien que la liste ne soit pas exhaustive, elle devrait couvrir dans une large mesure les supports pertinents dans la pratique. Il convient de noter qu'un contenu à caractère sexuel peut être incarné simultanément dans plusieurs types de supports, par exemple dans une image enregistrée (N. 28) d'une conversation écrite (N. 27). Les objets physiques et numériques sont tous deux concernés. Il est toujours déterminant que le contenu à caractère sexuel puisse être attribué de manière plausible à une personne réelle (cf. N. 24 s.) : Alors que la transmission au sens de l'al. 1 nécessite une attribution crédible à la personne concrètement concernée, la publication au sens de l'al. 2 nécessite seulement une attribution plausible à une personne réelle, mais pas nécessairement identifiable. Dans ce dernier cas, il doit en outre ressortir des circonstances que la personne visée n'a pas consenti à la publication (cf. N. 25).

27 La loi mentionne en premier lieu les **écrits** à caractère sexuel non publics. Cette catégorie s'éloigne clairement du contexte *visuel* et doit, à mon avis, être interprétée de manière restrictive. Une interprétation large pourrait

conduire à ce que des rumeurs déjà transmises par écrit sur la vie sexuelle d'une personne – par exemple dans le cadre d'un chat – constituent déjà une infraction. Une telle extension ne correspond toutefois pas à l'intention du législateur. Seuls les contenus écrits qui ont été rédigés par la victime elle-même ou pour lesquels il existe une apparence crédible que la victime les a rédigés elle-même (cf. N. 24 f.) peuvent donc être considérés comme des objets de l'infraction. Les formes plus légères de référence écrite à la sexualité d'une personne peuvent, le cas échéant, être subsumées sous l'art. 198, al. 1, var. 2, CP (harcèlement sexuel verbal). Un exemple typique d'application de l'art. 197a CP est la diffusion de protocoles de chat sexuels authentiques ou falsifiés entre la victime et une tierce personne.

28 Les **enregistrements visuels de la victime** constituent le cœur de la disposition. Il s'agit d'enregistrements visuels d'événements réels en temps réel, notamment des photos et des vidéos, réalisés et enregistrés à l'aide d'un appareil d'enregistrement d'images. Ces derniers comprennent généralement une bande sonore, ce qui fait qu'ils peuvent également être considérés comme des enregistrements sonores (N. 29). Pour que l'infraction prévue à l'al. 1 soit punissable, il n'est pas nécessaire que la personne concernée soit identifiable par des tiers. Il suffit qu'elle se reconnaisse elle-même et qu'elle apparaisse de manière crédible comme la destinataire du contenu sexuel représenté. La reconnaissabilité peut résulter soit de l'image elle-même – par exemple par la représentation visible de la personne concernée – soit du mode de diffusion, en particulier lorsque des informations accompagnant l'image permettent d'établir de manière crédible un lien avec la personne concernée (cf. N. 24). En revanche, dans le cas des publications visées au al. 2, il suffit que les circonstances montrent que les images ont manifestement été publiées sans le consentement de la personne représentée (cf. N. 25). C'est le cas, par exemple, de la publication d'enregistrements voyeuristes provenant d'un vestiaire ou de toilettes d'un lieu public connu ou de la publication d'enregistrements *OnlyFans* initialement destinés uniquement à un groupe d'utilisateurs fermé.

29 Les **enregistrements sonores** sont également considérés comme des supports potentiels de contenu à caractère sexuel. Il s'agit notamment des enregistrements acoustiques de bruits à caractère sexuel (par exemple, des gémissements) ou de conversations à caractère sexuel (par exemple, du sexe par téléphone) entre la victime et une tierce personne. Seules les

représentations auditives d'actes sexuels et les enregistrements sonores de leur description verbale sont concernés. L'identifiabilité de la victime (N. 23 ss) résulte ici en particulier d'une voix acoustiquement similaire à celle de la victime ou d'une attribution autrement crédible à la personne concernée, par exemple par la mention de son nom ou les circonstances de la diffusion.

30 La forme de représentation des «**images**» mentionnée à l'art. 197a CP montre clairement que les contenus générés artificiellement peuvent également être concernés par cette infraction. On pense notamment aux *deepfakes* ou *deepnudes* pornographiques, qui représentent des événements fictifs. Dans la littérature, certains auteurs estiment qu'une interprétation systématique s'oppose à l'inclusion de telles représentations, car l'art. 197a CP – contrairement à l'art. 197 CP – ne fait pas de distinction entre la reproduction d'actes « réels » et « non réels ». Cet argument n'est toutefois pas convaincant. En effet, les deux dispositions poursuivent des objectifs de protection différents : l'interdiction de la pornographie dure prévue à l'art. 197, al. 4 et 5, CP vise notamment, dans le cas des représentations *réelles*, à protéger les mineurs représentés, qui peuvent être concrètement mis en danger par la production de ces contenus, à empêcher la création de structures de marché et à offrir une protection générale contre l'effet « corrupteur » de ces contenus. Ce dernier repose sur l'hypothèse que la pornographie dure augmente la propension des spectateurs à imiter les actes représentés. Dans le cas de représentations *fictives* – par exemple des dessins ou des animations –, l'absence de participants réels rend inutile la protection de la personne représentée ; la protection des personnes réellement impliquées n'est pas recherchée. L'art. 197a CP poursuit en revanche une approche totalement différente : il protège l'autodétermination sexuelle de la personne représentée, c'est-à-dire la personne concrète dont l'image est utilisée dans un contexte sexuel sans son consentement. Compte tenu des effets comparables à ceux des enregistrements réels en cas de diffusion non autorisée de pornographie *deepfake* (cf. N. 7) et de la difficulté empiriquement prouvée de la population suisse à distinguer de manière fiable les *deepfakes* des enregistrements réels, il ne serait pas objectivement justifiable de limiter l'effet protecteur aux enregistrements d'images réels. Le terme « images » a été créé précisément pour désigner ce type de contenus générés artificiellement (cf. N. 22). Une interprétation contraire serait contraire tant à la lettre qu'à l'esprit de la norme. Pour que le critère de reconnaissabilité (N. 23 ss) soit rempli, il suffit qu'il y ait une attribution objectivement plausible et crédible à

une personne réelle ; l'identifiabilité n'est pas nécessaire. Pour la transmission au sens de l'al. 1, il est déterminant que la personne concernée se reconnaisse et apparaisse de manière crédible comme la destinataire du contenu à caractère sexuel (N. 24). En revanche, pour la publication au sens de l'al. 2, il suffit que les circonstances montrent que la représentation a manifestement été publiée sans le consentement de la personne réelle représentée, qui ne doit pas nécessairement être identifiable de manière concrète (N. 25). Pour que l'attribution soit crédible, il faut que la falsification soit très réaliste. Cela est notamment envisageable dans le cas de *deepfakes* ou de *deepnudes* pornographiques, mais peut également être le cas pour des photomontages sexualisés très réalistes. En revanche, en l'absence d'une attribution crédible pour un tiers – par exemple dans le cas d'images manifestement fausses ou manifestement manipulées –, il convient d'examiner l'art. 198 CP (cf. N. 24).

Les **objets** représentant des contenus sexuels sont moins pertinents dans la pratique, mais sont expressément mentionnés dans la loi. Il s'agit en particulier d'objets à connotation sexuelle pouvant être associés à la victime, tels qu'une collection de jouets sexuels ou d'objets fétiches. Dans ce contexte également, une attribution crédible à la victime est nécessaire (cf. N. 23 ss). 31

La catégorie des **représentations** comprend les représentations en direct d'actes sexuels ou de nudité (partielle). Les exemples classiques sont le strip-tease ou les spectacles sexuels en direct. Pour le champ d'application de l'art. 197a CP, ce sont surtout les livestreams, dans lesquels des contenus à caractère sexuel sont diffusés en temps réel, qui sont pertinents. En l'absence d'enregistrement, il ne s'agit pas d'images au sens strict, mais elles répondent à la définition de « représentation ». En ce qui concerne la reconnaissabilité de la victime, les mêmes exigences que pour les images s'appliquent en principe (cf. N. 28) ; toutefois, la perception et donc l'attribution plausible (N. 24 s.) se font ici en temps réel. 32

C. Acte délictueux

1. Transmission (al. 1)

Commet un acte au sens de l'art. 197a, al. 1, CP, quiconque transmet un objet sans le consentement de la personne reconnaissable (N. 23 ss) à au moins une tierce personne. En revanche, l'acte ne constitue pas une infraction au sens de l'art. 197a CP si le contenu est exclusivement transmis à la personne 33

représentée ou décrite. Le terme « transmettre », tel qu'il est utilisé dans le texte de loi allemand, est mal choisi sur le plan linguistique. Il pourrait donner l'impression erronée que seuls les contenus que l'auteur a préalablement reçus d'une autre personne (par exemple directement de la victime) sont concernés. Une telle restriction ne correspond toutefois pas à l'intention du législateur. En effet, les contenus créés par l'auteur lui-même et sur lesquels la victime identifiable est représentée ou décrite devraient également être concernés. Les versions française et italienne (« transmet » et « trasmette ») ne sont certes pas idéales non plus, mais elles reflètent mieux la volonté du législateur : Il s'agit de toute forme de **mise à disposition visuelle ou acoustique** de contenus à caractère sexuel à des tiers, que ce soit physiquement (p. ex. par des impressions ou des supports de données) ou numériquement (p. ex. via des services de messagerie, des réseaux sociaux, des livestreams ou des espaces de stockage en ligne). La transmission prend fin avec l'achèvement de l'acte de transmission. Cela vaut également lorsque la personne destinataire était déjà en possession des contenus en question (cf. N. 34). Il n'est pas nécessaire que le tiers reçoive effectivement le contenu ou en prenne connaissance. Une transmission répétée dans le cadre d'une diffusion en chaîne peut également constituer un élément constitutif de l'infraction (cf. N. 14).

34 La question de savoir si le **simple fait de montrer** des contenus à caractère sexuel – sans transfert du pouvoir de disposition – constitue un « transfert » est controversée dans la littérature. Il s'agit par exemple des livestreams, des messages qui s'effacent automatiquement ou du fait de laisser quelqu'un regarder un enregistrement sur son propre appareil. Comme le souligne à juste titre Scheidegger, cette question doit recevoir une réponse affirmative au regard de la lettre et de la systématique de la norme. L'art. 197a CP couvre expressément les présentations (N. 32) pour lesquelles il est conceptuellement exclu qu'il y ait un changement de possession ou de disposition du matériel visuel ou sonore présenté. Il en résulte logiquement que le simple fait de montrer un contenu constitue également un acte punissable au sens de l'art. 197a, al. 1, CP.

2. Publication (al. 2)

35 L'art. 197a, al. 2, CP prévoit une qualification lorsque l'acte consiste en une publication de l'objet de l'infraction, c'est-à-dire en particulier lorsqu'il est «

rendu accessible à un nombre indéterminé de personnes, par exemple via Internet ». Des difficultés de délimitation apparaissent notamment lorsque les contenus sont rendus accessibles à un groupe de personnes plus important, mais néanmoins limité, car « les nouvelles technologies ont donné naissance à une multitude de « semi-publics ». Les frontières entre la mise à disposition non publique et publique sont ainsi devenues floues, de sorte qu'il est difficile de formuler une définition définitive du terme « publier ». Une partie de la doctrine estime que le partage dans un chat de groupe avec 30 personnes peut déjà être considéré comme une publication au sens de la disposition. D'autres voix suggèrent en revanche de se concentrer davantage sur l'objectif de protection de la norme. Selon elles, la qualification pénale devrait dépendre de la taille et du caractère arbitraire du cercle des destinataires, car plus ce cercle est grand, anonyme et incontrôlable, plus la violation des droits de la personne concernée est grave (voir également N. 6). D'un point de vue systématique, il semble en outre approprié de s'orienter vers les critères de délimitation qui sont également utilisés dans le cadre de la détermination de l'élément constitutif de l'infraction « non public » pour les contenus créés et diffusés d'un commun accord (cf. N. 19, 21). Selon ces critères, l'auteur de l'infraction doit poursuivre un **objectif public** lorsqu'il diffuse le contenu (initialement non public). Les facteurs décisifs sont notamment le nombre de destinataires, leur degré de notoriété ou leur anonymat vis-à-vis de l'auteur de l'infraction, ainsi que l'existence ou l'absence de barrières (techniques) à l'accès. Pour revenir à l'exemple d'un groupe de discussion comptant 30 participants, son évaluation dépend donc fortement du contexte : s'il s'agit d'un groupe *WhatsApp* fermé composé de personnes connues personnellement, la publication devrait en règle générale être refusée. Il en va autrement dans le cas d'une discussion *Telegram* à laquelle toute personne peut se joindre sans restriction d'accès – on peut alors supposer qu'il s'agit d'un espace potentiellement public. Le simple risque abstrait qu'un contenu initialement non public soit diffusé de manière incontrôlée, par exemple parce que quelqu'un pourrait faire une capture d'écran du contenu, ne suffit *pas* pour qualifier l'infraction. L'infraction qualifiée est toutefois déjà constituée dès lors que l'auteur crée la possibilité concrète que le contenu soit accessible au public, indépendamment du fait qu'il y ait eu ou non accès. La publication multiple du même objet, par exemple par une deuxième publication sur une autre plateforme, peut également constituer un élément constitutif de l'infraction (à ce sujet, N. 14).

D. Absence de consentement

36 L'élément constitutif central de l'art. 197a CP est l'absence de consentement à l'acte de diffusion concret. Contrairement aux infractions physiques contre l'autodétermination sexuelle au sens des art. 189 s. CP, ce n'est pas l'existence d'une volonté contraire de la personne concernée qui importe (solution de l'opposition), mais le fait qu'un consentement explicite ou au moins implicite ait été donné pour la transmission du contenu (**solution du consentement**). Le consentement doit toujours se rapporter à l'acte de diffusion concret. Le fait qu'une personne ait consenti à un enregistrement ou l'ait transmis volontairement à une personne ou à un groupe de personnes déterminé ne suffit pas pour en déduire un consentement à une diffusion plus large. Cela vaut même si la première transmission a eu lieu de manière intrusive ou harcelante, comme dans le cas d'envoi non sollicité de *Dick Pics*. Le consentement doit toujours être donné en fonction du contexte. Les auteurs qui reçoivent un contenu à caractère sexuel avec leur accord et supposent à tort que cela leur « permet » également de le transmettre à des tiers ne commettent pas une erreur sur les faits, mais une erreur sur l'illicéité au sens de l'art. 21 CP.

37 Conformément à une partie de la doctrine, le « consentement » au sens de l'art. 197a CP doit être compris comme **une autorisation** qui présuppose la capacité de discernement, le caractère volontaire et un minimum d'information. Un consentement obtenu sous la contrainte, par tromperie ou en abusant d'une relation de dépendance est donc nul. Un consentement donné a posteriori ne saurait supprimer l'illicéité de la diffusion déjà effectuée. Inversement, la révocation d'un consentement donné antérieurement doit être prise en considération si elle était connue de la personne qui a diffusé les données au moment de la transmission. Si plusieurs personnes sont représentées ou mentionnées dans un contenu sexuel non public, la transmission ou la publication n'est licite que si toutes les personnes reconnaissables ont donné leur consentement effectif à la diffusion concrète.

IV. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS SUBJECTIFS

38 Pour que les éléments constitutifs subjectifs de l'art. 197a CP soient réunis, l'intention est requise, l'intention éventuelle étant suffisante. L'intention doit notamment se rapporter au fait que la victime n'a pas donné son

consentement à la diffusion concrète. Dans le cas de la publication (al. 2), l'auteur de l'infraction doit au moins accepter que le contenu soit accessible à un nombre indéterminé ou au moins important de personnes, ou « renoncer consciemment au contrôle sur la sphère d'influence du contenu ». Un motif particulier, tel que la vengeance, l'enrichissement ou la diffamation, n'est pas requis, mais peut être pris en compte lors de la détermination de la peine.

V. PLAINTE (AL. 1) ET SANCTION

L'infraction de base de la transmission selon l'art. 197a, al. 1, CP est un **délit poursuivi sur plainte**. Le délai de plainte commence à courir à partir du jour où la personne habilitée à porter plainte a connaissance de l'auteur de l'infraction (art. 31 CP). Il s'agit d'un délit (art. 10, al. 2, CP) puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire. 39

La publication au sens de l'art. 197a, al. 2, CP constitue en revanche un **délit poursuivi d'office**. Il s'agit là aussi d'un délit au sens de l'art. 10, al. 2, CP, mais la peine encourue est plus sévère, puisqu'elle peut aller jusqu'à *trois ans* d'emprisonnement ou une peine pécuniaire. 40

VI. CONCURRENCES

Dans son rapport, la **Commission des affaires juridiques du Conseil des États** a certes évoqué d'éventuelles concurrences, mais de manière succincte et imprécise, sans faire référence aux biens juridiques protégés dans chaque cas. Après avoir énuméré divers éléments constitutifs qui pourraient également s'appliquer dans des situations similaires, elle a conclu de manière sommaire : « Dans de tels cas, les infractions plus spécifiques prévalent et épuisent le caractère illicite de l'acte. Elles prévoient généralement aussi des peines plus sévères ». Cette affirmation doit être considérée d'un œil critique pour plusieurs raisons : Premièrement, les infractions prévues par d'autres titres ne constituent pas une *lex specialis* par rapport à l'art. 197a CP, car elles protègent d'autres biens juridiques : alors que l'art. 197a CP vise à protéger l'autodétermination sexuelle de la personne représentée (N. 11), les infractions contre l'honneur ou les infractions contre le patrimoine, par exemple, couvrent d'autres dimensions de l'illicéité. Les infractions ayant des objectifs de protection différents sont en principe en concurrence réelle les unes avec les autres, dans la mesure où aucune d'entre elles ne couvre l'ensemble de 41

l'illicéité. L'autodétermination sexuelle au sens d'un pouvoir de disposition sur ses propres contenus sexuels n'est pas déjà couverte par les biens juridiques d'autres titres. Deuxièmement, une peine plus sévère ne constitue pas en soi un motif suffisant pour supposer une concurrence ou une consommation fictive. Tant que différents biens juridiques sont concernés, le montant de la peine ne permet pas de tirer de conclusion sur l'étendue de l'injustice ou sa couverture complète. Au vu de l'historique législatif de l'art. 197a CP, qui vise à sanctionner de manière autonome une injustice spécifique, à savoir la violation de l'autodétermination sexuelle par la diffusion de contenus sexuels, la conclusion générale de la commission juridique ne semble pas tenable. Une analyse différenciée des relations de concurrence envisageables montre plutôt une autre image :

42 si des enregistrements sont obtenus avant leur diffusion par des **infractions contre le patrimoine** (en particulier les art. 139 et 143 CP) ou si un contenu à caractère sexuel est utilisé pour extorquer une somme d'argent (art. 156 CP) et que ce contenu est ensuite diffusé, on peut supposer qu'il existe une véritable concurrence avec l'art. 197a CP en raison des différents biens juridiques protégés.

43 En plus de l'art. 197a CP, il y aura régulièrement – mais pas obligatoirement – **des infractions contre l'honneur et la sphère privée**, c'est-à-dire des infractions contre l'honneur (art. 173 ss CP), les infractions d'écoute ou d'enregistrement non autorisés (art. 179bis ss CP) ou l'usurpation d'identité (art. 179^{decies} CP). Étant donné que ces normes protègent des biens juridiques différents, l'art. 197a CP est en concurrence réelle avec tous les éléments constitutifs de ce titre. La violation de l'autodétermination sexuelle constitue un délit distinct qui n'est pas couvert par les dispositions susmentionnées.

44 Même les **infractions contre la liberté**, telles qu'elles sont généralement commises dans le cadre de la *sextorsion* (N. 1) – en particulier les menaces (art. 180 CP) ou la contrainte (art. 181 CP) – ne constituent pas des infractions préalables punissables au sens de l'art. 197a CP si elles ont été commises avant la diffusion des images. Si la publication des images intervient après une telle menace ou si, à la suite de celle-ci, certaines actions sont exigées en échange de la suppression, il y a violation indépendante de l'autodétermination sexuelle. Dans ces cas, l'art. 197a CP est en concurrence réelle avec les infractions contre la liberté. La composante restrictive de la liberté intensifie l'injustice globale, mais ne l'absorbe pas.

Si les contenus diffusés constituent de la **pornographie** au sens de l'art. 197 CP, il y a concurrence entre l'art. 197a et l'art. 197 CP. Étant donné que toutes les variantes de l'art. 197 CP poursuivent un autre objectif de protection (cf. N. 30), les deux infractions sont en concurrence réelle l'une avec l'autre. Si des jeunes partagent entre eux leurs propres contenus pornographiques, il est possible de se baser sur le consentement ou l'absence de consentement des jeunes qui sont capables de discernement au sens de l'art. 197a CP. Même si des jeunes capables de discernement consentent à la diffusion et qu'il n'y a donc pas de punissabilité au sens de l'art. 197a CP, il peut néanmoins y avoir punissabilité au sens de l'art. 197, al. 4, CP. 45

BIBLIOGRAPHIE

Ajder Henry/Patrini Giorgio/Cavalli Francesco/Cullen Laurence, Deeptrace, The State of Deepfakes: Landscape, Threats, and Impact, Amsterdam 2019.

Alisobhani Nassim, Female Toplessness: Gender Equality's Next Frontier, UC Irvine Law Review 8 (2018) II, S. 299–329.

Balsam Rosemary H., Sexuality and Shame, Journal of the American Psychoanalytical Association 57 (2009) III, S. 723–739.

Bloom Sarah, No Vengeance for ‹Revenge Porn› Victims: Unraveling Why this Latest Female-Centric, Intimate-Partner Offense is Still Legal, and Why We Should Criminalize It, Fordham Urban Law Journal 41 (2014) I, S. 233–289.

Burghardt Boris/Schmidt Anja/Steinl Leonie, Der strafrechtliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung vor nicht-körperlichen Beeinträchtigungen, JuristenZeitung 77 (2022), S. 502–511.

Cancio Meliá Manuel, Patterns of Criminalization of Intimate Image Abuse, Continental Approaches and Foundations, in: Caletti Gian Marco/Summerer Kolis (Hrsg.), Criminalizing Intimate Image Abuse, A Comparative Perspective, Oxford 2024, S. 193–217.

Chan Ryan, Creepshots – A Persistent Difficulty in the Australian Privacy Landscape, University of Tasmania Law Review 39 (2020) II, S. 83–98.

Chesney Bobby/Citron Danielle, Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security, California Law Review 107 (2019) VI, S. 1753–1820.

Citron Danielle Keats, Sexual Privacy, The Yale Law Journal 128 (2019) VII, S. 1870–1960.

Citron Danielle Keats/Franks Mary Anne, Criminalizing Revenge Porn, Wake Forest Law Review 49 (2014) I, S. 345–391.

Crofts Thomas, Refining the Contours of Intimate Image Abuse Offences, in: Caletti Gian Marco/Summerer Kolis (Hrsg.), Criminalizing Intimate Image Abuse, A Comparative Perspective, Oxford 2024, S. 121–140.

Cyber Civil Rights Initiative, End Revenge Porn, A Campaign of the Cyber Civil Rights Initiative, Inc., Revenge Porn Statistics, Coral Gables 2014, https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2014/12/RPStatistics.pdf, besucht am 20.6.2025.

DeKeseredy Walter S./Schwartz Martin D., Thinking Sociologically About Image-Based Sexual Abuse: The Contribution of Male Peer Support Theory, Sexualization, Media, & Society 2 (2016) IV, S. 1–8.

Dodge Alexa, Punishing «Revenge Porn»: Legal Interpretations of and Responses to Non-Consensual Intimate Image Distribution in Canada, Diss. Ottawa 2019 (zit. Diss.).

Dodge Alexa, Digitizing rape culture: Online sexual violence and the power of the digital photograph, Crime Media Culture 12 (2016) I, S. 65–82 (zit. CMC).

Donatsch Andreas/Godenzi Gunhild/Tag Brigitte, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 10. Aufl., Zürich et al. 2022.

Donatsch Andreas/Jean-Richard-dit-Bressel Marc/Graf Damian K, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 12. Aufl., Zürich et al. 2025.

Dunn Suzie, Legal Definitions of Intimate Images in the Age of Sexual Deepfakes and Generative AI, McGill Law Journal 69 (2024) IV, S. 395–416.

Eaton Asia A./Jacobs Holly/Ruvalcaba Yanet, Cyber Civil Rights Initiative, 2017 Nationwide Online Study of Nonconsensual Porn Victimization and Perpetration, A Summary Report, Miami 2017.

Fairbairn Jordan/Bivens Rena/Dawson Myrna, Sexual violence and social media: Building a framework for prevention, Technical Report, Ottawa 2013.

Flynn Asher/Cama Elena/Powell Anastasia/Scott Adrian J., Victim-blaming and image-based sexual abuse, Journal of Criminology 56 (2023) I, S. 7–25.

Franklin Zak, Justice for Revenge Porn Victims: Legal Theories to Overcome Claims of Civil Immunity by Operators of Revenge Porn Websites, California Law Review 102 (2014) V, S. 1303–1335.

Franks Mary Anne, The Crime of «Revenge Porn», in: Alexander Larry/Kessler Ferzan Kimberly (Hrsg.), The Palgrave Handbook of Applied Ethics and the Criminal Law, Cham 2019, S. 661–692 (zit. Handbook).

Franks Mary Anne, Redefining «Revenge Porn» Reform: A View From the Front Lines, Florida Law Review 69 (2017) V, S. 1251–1337 (zit. FLR).

Gärtner Kathrin, Sexualität, Sexpositivität und Scham, Journal für Psychologie 32 (2024) I, S. 95–116.

Godenzi Gunhild, Kommentierung zu Art. 197a StGB, in: Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stephan (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 5. Aufl., Bern 2024.

Greif Jessica, Strafbarkeit von bildbasierten sexualisierten Belästigungen, Eine phänomenologische und strafrechtsdogmatische Betrachtung des sog. Image-based sexual abuse, Diss. München 2022, Berlin 2023.

Henry Nicola/Flynn Asher, Image-Based Sexual Abuse: Online Distribution Channels and Illicit Communities of Support, Violence Against Women 25 (2019) XVI, S. 1932–1955.

Henry Nicola/Flynn Asher/Powell Anastasia, Responding to ‹revenge pornography›: Prevalence, nature and impacts, Report to the Criminology Research Advisory Council, Grant: CRG 08/15-16, Canberra 2019.

Henry Nicola/McGlynn Clare/Flynn Asher/Johnson Kelly/Powell Anastasia/Scott Adrian J., Image-based Sexual Abuse, A Study on the Causes and Consequences of Non-consensual Nude or Sexual Imagery, Abingdon et al. 2021.

Isenring Bernhard/Kessler Martin A., Kommentierung zu Art. 197 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 137–392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2018.

Kelly Liz, Surviving Sexual Violence, Minneapolis 1988.

Kirchengast Tyrone/Crofts Thomas, The Legal and Policy Contexts of «Revenge Porn» Criminalization: The Need for Multiple Approaches, Oxford University Commonwealth Law Journal 19 (2019) I, S. 1–29.

Krumm Jürg/Gambino Luca, Unbefugtes Weiterleiten von nicht öffentlichen sexuellen Inhalten (Art. 197a revStGB), AJP 33 (2024) VI, S. 551–563.

Maddocks Sophie, From Non-consensual Pornography to Image-based Sexual Abuse: Charting the Course of a Problem with Many Names, Australian Feminist Studies 33 (2018) XCVII, S. 345–361.

Maier Philipp, Umschreibung von sexuellen Verhaltensweisen im Strafrecht, Konkretisierung strafrechtlich relevanten Verhaltens aus juristischer und sexualwissenschaftlicher Sicht, AJP 8 (1999) XI, S. 1387–1401.

McGlynn Clare/Johnson Kelly/Rackley Erika/Henry Nicola/Gavey Nicola/Flynn Asher/Powell Anastasia, ‹It's Torture for the Soul›: The Harms of Image-Based Sexual Abuse, Social & Legal Studies 30 (2021) IV, S. 541–562.

McGlynn Clare/Rackley Erika, Image-Based Sexual Abuse, Oxford Journal of Legal Studies 37 (2017) III, S. 534–561 (zit. OJLS).

McGlynn Clare/Rackley Erika, More than «Revenge Porn»: Image-Based Sexual Abuse and the Reform of Irish Law, Irish Probation Journal 14 (2017), S. 38–51 (zit. IPJ).

McGlynn Clare/Rackley Erika/Houghton Ruth, Beyond «Revenge Porn»: The Continuum of Image- Based Sexual Abuse, Feminist Legal Studies 25 (2017) I, S. 25–46.

Mckinlay Tahlee/Lavis Tiffany, Why did she send it in the first place? Victim blame in the context of ‹revenge porn›, Psychiatry, Psychology and Law 27 (2020) III, S. 386–396.

Mortreux Colette/Kellard Karen/Henry Nicola/Flynn Asher, Understanding the attitudes and motivations of adults who engage in image-based abuse, Melbourne 2019.

Muggli Sandra, Sexualdelikte im und über das Internet, insb. «Sexting», «Revenge Porn» und «Cyber Grooming», forumpoenale 5 (2025), S. 353–360.

Pieth Mark/Simmler Monika, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Basel 2024.

Powell Anastasia/Henry Nicola, Technology-Facilitated Sexual Violence Victimization: Results From an Online Survey of Australian Adults, Journal of Interpersonal Violence 34 (2019) XVII, S. 3637–3665 (zit. JIV).

Powell Anastasia/Henry Nicola, Sexual Violence in a Digital Age, London 2017 (zit. Sexual Violence).

Powell Anstasia/Henry Nicola/Flynn Asher, Image-based sexual abuse, in: DeKeseredy Walter S./Dragiewicz Molly, Routledge Handbook of Critical Criminology, 2. Aufl., Abingdon et al. 2018, S. 305–315.

Powell Anastasia/Scott Adrian J./Flynn Asher/Henry Nicola, Image-Based Sexual Abuse: An International Study of Victims and Perpetrators, A Summary Report, Melbourne et al. 2020.

Rackley Erika/McGlynn Clare/Johnson Kelly/Henry Nicola/Gavey Nicola/Flynn Asher/Powell Anastasia, Seeking Justice and Redress for Victim-Survivors of Image-Based Sexual Abuse, Feminist Legal Studies 29 (2021), S. 293–322.

Rigotti Carlotta/McGlynn Clare, Towards an EU criminal law on violence against women: The ambitions and limitations of the Commission's proposal to criminalise image-based sexual abuse, New Journal of European Criminal Law 13 (2022) IV, S. 452–477.

Scheidegger Nora, Kommentierung zu Art. 197a StGB, in: Gomm Peter/Weber Jonas/Lehmkuhl Marianne/Pruin Ineke (Hrsg.), Opferhilferecht, 5. Aufl., Bern 2025 (zit. OH).

Scheidegger Nora, Kommentierung zu Art. 197a StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), StGB, Annotierter Kommentar, 2. Aufl., Bern 2025 (zit. AK).

Scheidegger Nora, Image Based Sexual Abuse, Kontextualisierung und Analyse des neuen Art. 197a StGB, in: Wenk Jan/Lehmkuhl Johanna Marianne (Hrsg.), Cybercrime und Strafrecht, Zürich et al. 2025, S. 191–208 (zit. Image-Based Sexual Abuse).

Scheidegger Nora, Das Sexualstrafrecht der Schweiz, Grundlagen und Reformbedarf, Diss. Bern 2018, Baden-Baden et al. 2018 (zit. Diss.).

Scheidegger Nora, Ist das noch Kinderpornografie?, ZStrR 132 (2014) III, S. 318–343 (zit. ZStrR).

Schmidt Anja, The Abuse of Sexual Images between Liberal Criminal Law and the Protection of Sexual Autonomy, in: Caletti Gian Marco/Summerer Kolis (Hrsg.), Criminalizing Intimate Image Abuse, A Comparative Perspective, Oxford 2024, S. 103–120 (zit. Sexual Autonomy).

Schmidt Anja, «Die nackte weibliche Brust als Sittlichkeits- und Rechtsproblem», Verfassungsblog, 19.7.2021, DOI: 10.17176/20210719-140024-0 (zit. Verfassungsblog).

Soneji Ananta/Hamilton Vaughn/Doupé Adam/McDonald Allison/Redmiles Elissa M., «I feel physically safe but not politically safe»: Understanding the Digital Threats and Safety Practices of OnlyFans Creators, Proceedings of the 33rd USENIX Security Symposium, Philadelphia 2024.

Stark Marvin, Kommentierung zu Art. 179quater StGB, in: Lehmkuhl Marianne Johanna/Wenk Jan (Hrsg.), Onlinekommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch – Version: 21.12.2024: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/stgb179quater (besucht am 20.6.2025), DOI: 10.17176/20241221-073942-0.

Tag Brigitte/Wyss Martin, Die strafrechtliche Einordnung von pornografischen Deepfakes, in: Jusletter 29.4.2024.

Thommen Marc/Stark Marvin, Ist das Versenden von «Dick Pics» strafbar?, sui generis 2024, S. 1–10, https://doi.org/10.21257/sg.246.

Valentiner Dana-Sophia, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, Zugleich eine gewährleistungsdogmatische Rekonstruktion des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit, Diss. Hamburg 2020, Baden-Baden 2021.

Vogler Daniel/Rauchfleisch Adrian/de Seta Gabriele, Wahrnehmung von Deepfakes in der Schweizer Bevölkerung, in: Karaboga Murat/Frei Nula/Puppis Manuel/Vogler Daniel/Raemy Patric/Ebbers Frank/Runge Greta/Rauchfleisch Adrian/de Seta Gabriele/Gurr Gwendolin/Friedewald Michael/Rovelli Sophia (Hrsg.), Deepfakes und manipulierte Realitäten, Technologiefolgenabschätzung und Handlungsempfehlungen für die Schweiz, Bern 2024, S. 125–151.

Vuille Joëlle/Perrier Depeursinge Camille/Arnal Justine, Cybercriminalité et infractions pénales, in: Perrier Depeursinge Camille/Métille Sylvain/Vuille Joëlle (Hrsg.), Lutter contre la cybercriminalité en Suisse, Bern 2024, S. 27–53.

MATÉRIAUX

Bundesamt für Justiz BJ, Bundesgesetz zu einer Revision des Sexualstrafrechts, Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 8.8.2021, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/documents/de/bericht-ergebnis-vernehmlassungsverfahren-revision-des-sexualstrafrechts-d.pdf, besucht am 20.6.2025 (zit. Bericht BJ 2021).

Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht, Vorlage 3: Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 17.2.2022, BBl 2022 687 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2022/687/de, besucht am 20.6.2025 (zit. Bericht RK-S 2022).

Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht, Vorlage 3: Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 17.2.2022, Stellungnahme des Bundesrates vom 13.4.2022, BBl 2022 1011 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2022/1011/de, besucht am 20.6.2025 (zit. Stellungnahme BR 2022).

Amtliches Bulletin, Sommersession 2022, 5. Sitzung, Geschäft 18.043 «Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht», Ständerat vom 13.6.2022, AB 2022 S 498 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=57459, besucht am 20.6.2025.

Bundesrat, Ergänzungen betreffend Cybermobbing im Strafgesetzbuch, Bericht des Bundesrates vom 19.10.2022, in Erfüllung des Postulats 21.3969, Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, vom 25.6.2021, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2021/20213969/Bericht%20BR%20D.pdf, besucht am 20.6.2025 (zit. Bericht BR 2022).

Amtliches Bulletin, Wintersession 2022, 8. Sitzung, Geschäft 18.043 «Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht», Nationalrat vom 5.12.2022, AB 2022 N 2111 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=59063, besucht am 20.6.2025.

Amtliches Bulletin, Frühjahrssession 2023, 6. Sitzung, Geschäft 18.043 «Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht», Ständerat vom 7.3.2023, AB 2023 S 109 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=59905, besucht am 20.6.2025.

Amtliches Bulletin, Sommersession 2023, 3. Sitzung, Geschäft 18.043 «Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht», Nationalrat vom 1.6.2023, AB 2023 N 985 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=60744, besucht am 20.6.2025.

Amtliches Bulletin, Sommersession 2023, 5. Sitzung, Geschäft 18.043 «Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht», Ständerat vom 5.6.2023, AB 2023 S 441 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=60787, besucht am 20.6.2025.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 305ter CP

Un commentaire de André Tanner / Madeleine von Rotz

PROPOSITION DE CITATION

André Tanner/Madeleine von Rotz, Commentaire de l'art. 305ter CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (édit.), Commentaire en ligne du Code pénal suisse

Citation abrégée: OK-Tanner/von Rotz, art. 305ter CP N. XXX.

Défaut de vigilance en matière d'opérations financières et droit de communication

Art. 305ter

[1] Quiconque, dans l'exercice de sa profession, accepte, garde en dépôt ou aide à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers et omet de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances, est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire.

[2] Les personnes visées à l'al. 1 ont le droit de communiquer au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent de l'Office fédéral de la police les indices fondant le soupçon que des valeurs

patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305bis, ch. 1bis.

TABLE DES MATIÈRES

I. Al. 1 - Manque de vigilance en matière d'opérations financières 96
A. Introduction 96
1. Objectif 96
2. Type de délit 97
3. Importance pratique 97
B. Eléments objectifs de l'infraction 98
1. Sujet des faits 98
2. Acte 99
C. Eléments subjectifs de l'infraction 101
D. Peine encourue et prescription 101
E. Concours 102
II. Al. 2 - Droit de communication 102
A. Introduction 102
1. But 102
2. Importance pratique 103
B. Personnes habilitées à communiquer 104
C. Un soupçon justifiant la communication 105
1. Objet du soupçon 105
2. Le seuil inférieur et le "simple soupçon". 105
3. Le seuil supérieur et le "soupçon fondé". 106
a. TF sur le "simple doute" 106
b. Délibération parlementaire sur l'introduction d'une définition 107
c. Définition selon l'art. 9 al. 1quater révLBA 108
d. Appréciation de la sécurité juridique de la nouvelle définition 109
D. Interdiction d'informer 109
E. Communication en cas de rupture de la relation d'affaires 110
F. Destinataire et forme de la déclaration 111
G. Délai d'analyse des communications 112
Bibliographie 113
Matériaux 116

I. AL. 1 - MANQUE DE VIGILANCE EN MATIÈRE D'OPÉRATIONS FINANCIÈRES

A. Introduction

1. Objectif

1 Pour que la lutte contre le blanchiment d'argent ne soit pas d'emblée vaine, il faut une norme qui impose aux personnes actives dans le secteur financier des obligations exécutoires d'identification, de documentation et de conservation. Depuis 1990, l **'art. 305ter al. 1 CP** protège pénalement une **obligation centrale** pour la lutte contre le blanchiment d'argent - celle d'établir l'identité de l'ayant droit économique. Avec l'entrée en vigueur de la loi sur le blanchiment d'argent en 1998, d'autres obligations ont été normalisées par la loi sous la menace de sanctions pénales.

2 L'introduction de l'infraction pénale de blanchiment d'argent (art. 305bis CP) a eu lieu la même année que l'art. 305ter al. 1 CP et a entraîné un dilemme potentiel pour les intermédiaires financiers. Si des comptes étaient bloqués et une plainte pénale déposée en raison d'un soupçon de blanchiment d'argent, l'intermédiaire financier risquait de **violer son obligation de confidentialité**. Par la suite, un motif justificatif a été créé en 1994 avec le droit de communication normalisé à **l'art. 305ter al. 2 CP**. Les personnes actives dans le secteur financier ont ainsi eu la possibilité de porter plainte sans hésitation si, par exemple, des soupçons de blanchiment d'argent apparaissaient dans le cadre de clarifications au sens de l'art. 305ter al. 1 CP.

3 Historiquement, l'art. 305ter CP n'a pas été introduit dans le code pénal dans le but de lutter contre le blanchiment d'argent. Bien que l'art. 305ter CP ait été introduit dans le cadre de la législation sur le blanchiment d'argent, il devait servir à faire valoir une préoccupation centrale du droit de la surveillance financière (*Know Your Customer, KYC*). Ce n'est que plus tard que le GAFI a établi le lien avec la lutte contre le blanchiment d'argent en qualifiant l'obligation d'identification de norme minimale globale de lutte contre le blanchiment d'argent.

2. Type de délit

L'art. 305ter al. 1 CP est un **délit de mise en danger abstraite** qui sert à imposer l'obligation d'identification et donc à préserver le *paper trail*. Par conséquent, l'art. 305ter , al. 1 CP n'est pas, par nature, un délit de blanchiment d'argent au sens strict. Que les valeurs patrimoniales liées à l'obligation de constatation soient de nature légale ou illégale ne joue aucun rôle en ce qui concerne la punissabilité selon l'art. 305ter al. 1 CP. 4

Selon la doctrine et la jurisprudence dominantes, **l'administration de la justice** constitue le bien juridique à protéger par l'art. 305ter al. 1 CP, car l'absence d'identification de l'ayant droit économique met en péril le droit de confiscation de l'Etat. Pieth répond par la négative et qualifie à juste titre l'infraction de "norme de droit pénal administratif introduite de manière atypique dans le CP pour imposer la transparence dans la relation avec le client". 5

3. Importance pratique

Les thèmes du droit fiscal et de la lutte contre le blanchiment d'argent sont devenus de plus en plus brûlants ces derniers temps, notamment en raison des diverses révélations faites par le consortium international des journalistes d'investigation. La question de l'ayant droit économique effectif des valeurs patrimoniales, fortement liée à ces deux thèmes, est donc également passée au premier plan. L'**identification de l'ayant droit économique** est considérée comme l'instrument le plus important dans la lutte contre les abus des centres financiers offshore. Dans ce contexte, une norme pénale visant à imposer cette obligation d'identification revêt une importance non négligeable du point de vue de la prévention de la criminalité. 6

Toutefois, au vu des obligations de diligence régies par la LBA en matière d'identification et de constatation, il est clair que l'obligation prévue à l'art. 305ter , al. 1, CP aurait pu être mise en œuvre exclusivement par des moyens relevant du droit de la surveillance financière et du droit pénal administratif. L'art. 305ter al. 1 CP punit celui qui ne respecte pas l'obligation d'identifier l'ayant droit économique prévue à l'art. 4 LBA. Le fait que la punissabilité de l'omission de l'identification de l'ayant droit économique soit néanmoins inscrite dans le CP depuis 1990 s'explique par l'absence, à l'époque, d'un droit général de la surveillance financière et par la solution proposée par le Conseil 7

fédéral qui, au lieu de punir le blanchiment d'argent par négligence comme le réclamait une partie de la doctrine, a choisi de faire appliquer l'obligation d'identification de manière indépendante sur le plan pénal. En conséquence, l'art. 305ter al. 1 CP est une "**norme palliative**". Selon le premier rapport du groupe de coordination interdépartemental chargé de l'évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme en Suisse, publié en 2015, les condamnations prononcées en vertu de l'art. 305ter , al. 1, CP se sont stabilisées à un niveau très bas par rapport à celles prononcées en vertu de l'art. 305bis, ch. 1, CP.

B. Eléments objectifs de l'infraction

1. Sujet des faits

8 Selon l'art. 305ter , al. 1 CP, est punissable celui qui "accepte, garde en dépôt, aide à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers à titre professionnel", c'est-à-dire celui qui agit en tant qu'intermédiaire financier. Il s'agit donc d'un **véritable délit spécial** qui doit obliger l'ensemble du secteur financier au même niveau d'identification. Selon le législateur et la jurisprudence, l'art. 305ter CP ne doit pas s'appliquer à n'importe quel homme d'affaires qui accepte par exemple des valeurs patrimoniales de tiers dans le cadre de l'exercice de sa profession. Le champ d'application est typiquement limité aux branches sujettes aux abus, dont font partie les affaires portant sur des valeurs liquides ou très facilement liquidables. Ce qui est déterminant, c'est de savoir si l'activité professionnelle relève du secteur financier, ce qui ressort également de la mention marginale de l'art. 305ter CP - "défaut de vigilance en matière d'opérations financières".

9 Pour clarifier la question de savoir quelle activité est concrètement considérée comme de l'intermédiation financière, on peut, selon la doctrine dominante, se référer à l'art. 2 LBA, l'énumération non exhaustive de l'art. 2 al. 3 LBA n'apportant toutefois pas la clarté nécessaire. En outre, le message relatif à la révision du CP publié en 1989 précise, en ce qui concerne l'introduction de l'art. 305ter , al. 1, CP, qu'outre les banques, les fiduciaires, les conseillers en placement, les gestionnaires financiers, les changeurs, les négociants en métaux précieux et les avocats d'affaires font également partie du cercle des auteurs. En outre, le Conseil fédéral a ajouté que la jurisprudence devait circonscrire les zones périphériques du champ des

auteurs. Le **manque de précision de la définition de l'auteur** est critiqué par la doctrine. Ainsi, par exemple, la délimitation entre l'avocat d'affaires et l'activité traditionnelle d'avocat présente déjà des difficultés. Selon Pieth et Schultze, les bijoutiers ne sont pas concernés par l'art. 305ter al. 1 CP en ce qui concerne leur activité de vente, les marchands d'immeubles, d'antiquités, de pièces de monnaie et les galeristes.

Selon Stratenwerth et Bommer, la description du comportement constitutif 10
de l'infraction "accepter", "conserver", "investir" ou "transférer", qui représentent des actes typiques d'un intermédiaire financier, ne permet pas de délimiter davantage le cercle des auteurs. En revanche, le critère "**à titre professionnel**" constitue une telle délimitation. Il ressort du message de 1989 relatif à la révision du CP qu'il doit s'agir d'une activité professionnelle principale ou secondaire, les revenus réguliers qui en découlent ne devant pas constituer seulement des revenus accessoires insignifiants. Avec l'art. 7 OBA, le Conseil fédéral a concrétisé la notion de "professionnalisme". Ainsi, l'intermédiaire financier exerce une telle activité si l'une des quatre conditions mentionnées à l'art. 7 al. 1 OBA est remplie. Une activité est considérée comme professionnelle lorsqu'elle génère un produit brut de plus de 50 000 francs par année civile ou lorsqu'il existe un pouvoir de disposition illimité sur des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers et dépassant 5 millions de francs à un moment quelconque. En outre, une activité est qualifiée d'exercée à titre professionnel lorsqu'un intermédiaire financier établit, par année civile, des relations d'affaires avec plus de 20 cocontractants qui ne se limitent pas à une activité unique, ou entretient au moins 20 relations de ce type par année civile. Enfin, il y a lieu de considérer que l'activité est exercée à titre professionnel lorsque les transactions effectuées dépassent un volume total de 2 millions de francs par année civile.

2. Acte

La doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir si l'art. 305ter al. 1 CP 11
doit être qualifié de véritable délit d'omission ou de simple délit d'activité, bien que cette problématique ne joue pratiquement aucun rôle selon Pieth et Arzt. Selon diverses opinions doctrinales, c'est plutôt la concrétisation des conditions de l'infraction qui est importante, car celle-ci manquerait de la précision nécessaire. Ainsi, la notion d'"**ayant droit économique**", qui est tirée de la CDB, n'est pas claire. Le critère déterminant pour l'attribution des

valeurs patrimoniales est l'aspect économique. Selon Zulauf, il s'agit de savoir qui a "un intérêt identifiable et durable" dans les valeurs patrimoniales en question. Selon le message, l'"**ayant droit économique**" de l'art. 305ter , al. 1 CP doit être compris au sens large, c'est-à-dire qu'il existe une obligation d'identifier le cocontractant et - s'il n'est pas identique - l'ayant droit effectif aux valeurs patrimoniales qu'il représente. Suivant cette approche, Pieth argumente que la LBA et la CDB présupposent l'identification du cocontractant comme allant de soi et que l'on peut donc supposer que l'identification du cocontractant est incluse dans l'art. 305ter CP conformément à *la ratio legis*. Selon l'opinion défendue ici, il convient de suivre les explications de Zulauf à la lumière de la sécurité juridique et en tenant compte de l'aspect économique comme critère déterminant.

12 Le devoir de diligence est déterminé "**en fonction des circonstances**". Cela sert à faire respecter le principe de proportionnalité et règle ainsi la limite des clarifications raisonnables. Le standard minimal en vigueur pour l'identification des clients est réglé par le droit administratif et privé en matière de blanchiment d'argent - en premier lieu la LBA, l'OBA, l'OBA-FINMA et la CDB 20 - qui lie les tribunaux pénaux. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'art. 305ter al. 1 CP a pour but d'identifier l'ayant droit économique. Selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, l'intermédiaire financier qui établit **correctement** l'identité de l'ayant droit économique, mais qui ne fait pas preuve d'une diligence suffisante, ne tombe pas sous le coup de l'art. 305ter CP. L'obligation d'établir l'identité de l'intermédiaire financier selon l'art. 305ter al. 1 CP se limite uniquement aux éléments de base (nom, prénom, date de naissance, nationalité). Les éléments de base doivent être plausibilisés. Ne fait pas preuve d'une diligence suffisante celui qui, malgré des incohérences, se contente des déclarations du cocontractant et ne procède pas à des clarifications supplémentaires.

13 Dans le cadre de la récente révision de la LBA, la question de savoir s'il existe, en relation avec l'art. 305ter al. 1 CP, une obligation de **vérifier l'identité** allant au-delà de la simple obligation de constatation devrait avoir été clarifiée. Selon l'art. 4 al. 1 LBA révisé, l'intermédiaire financier doit désormais, en plus de l'établissement de l'identité, vérifier celle-ci "afin de s'assurer de l'identité de l'ayant droit économique". En ce qui concerne l'obligation de vérification récemment codifiée, le message indique que "la simple demande d'une copie de la pièce d'identité de l'ayant droit

économique pour le dossier ne permet pas de satisfaire à l'obligation précitée".

Désormais, les déclarations reçues du cocontractant ne doivent donc pas seulement être plausibilisées en cas d'incohérence, mais toujours vérifiées (matériellement et en fonction des risques). Selon le Tribunal fédéral, les formulaires CDB jouissent certes d'une crédibilité accrue. Ils constituent **des documents** au sens de l'art. 110 ch. 4. Le cocontractant peut donc se rendre coupable de faux dans les titres au sens de l'art. 251 CP s'il donne à l'intermédiaire financier de fausses indications sur l'origine des fonds. Néanmoins, l'intermédiaire financier ne peut pas se fier à l'exactitude du contenu des informations reçues du cocontractant. Il convient toutefois de noter qu'il ne faut pas attendre de lui le même degré de clarification que des autorités de poursuite pénale, d'autant plus que les collaborateurs responsables d'un intermédiaire financier ont un autre catalogue de tâches que le ministère public. 14

C. Eléments subjectifs de l'infraction

Seul celui qui agit **intentionnellement** est punissable. L'auteur doit violer sciemment l'obligation de constatation, le dol éventuel étant suffisant. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le manque de diligence professionnelle permet de conclure à l'intention. Agit intentionnellement celui qui ne prend pas les mesures de clarification de l'identité que des employés de banque diligents auraient prises sur la base de circonstances concrètes. Il convient de noter que l'intention doit se référer à tous les éléments objectifs de l'infraction. L'auteur doit donc être conscient de sa fonction en tant que personne soumise à une obligation de constatation et reconnaître qu'il doit assumer cette obligation en raison de la situation concrète. En outre, l'auteur doit violer intentionnellement l'obligation de constatation malgré la possibilité d'agir reconnue. 15

D. Peine encourue et prescription

La loi prévoit une peine d'emprisonnement d'un an au maximum ou une peine pécuniaire (**délit**). En cas de condamnation, l'auteur est inscrit au casier judiciaire. 16

17 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'art. 305ter al. 1 CP est un **délit permanent**. Le délai de prescription commence à courir dès que le comportement punissable prend fin. C'est le cas le jour où la relation d'affaires prend fin ou le jour où l'intermédiaire financier a mis fin à la situation illicite en établissant l'identité de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales.

E. Concours

18 En principe, l'art. 305ter CP prime, même si le TPF a admis un véritable concours dans un cas. Bien que les deux infractions protègent le même bien juridique, l'art. 305ter CP s'adresse à un cercle de personnes plus restreint et sanctionne la violation de certaines obligations de diligence indépendamment de la question de savoir si les valeurs patrimoniales sont d'origine légale ou illégale. En conséquence, ce manque de diligence doit être sanctionné en tant que tel et ne doit pas être considéré comme une sorte d'acte préparatoire non punissable au blanchiment d'argent. Compte tenu de la genèse de la norme, la décision du tribunal semble logique. Il existe également un véritable concours avec l'art. 160 CP et l'art. 305 CP.

II. AL. 2 - DROIT DE COMMUNICATION

A. Introduction

1. But

19 Comme mentionné en introduction, le droit de communication codifié à l'art. 305ter , al. 2, CP constitue un **motif justificatif** de droit pénal pour la violation des obligations de secret professionnel, en vertu duquel des informations fondant un soupçon peuvent être transmises au MROS.

20 Le droit de communication complète ainsi l'obligation de communiquer. Selon ce dernier, l'intermédiaire financier doit informer immédiatement le MROS s'il sait ou s'il a des raisons de soupçonner que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires sont liées à une infraction au sens de l'art. 305bis CP (art. 9 al. 1 LBA). Dans le cas de faits qui n'ont pas (encore) atteint le seuil du soupçon fondé, la personne habilitée à faire une communication se trouverait dans un **dilemme** sans le droit de communication, car si elle ne faisait pas de communication, elle pourrait se

rendre coupable de blanchiment d'argent (par omission), dans la mesure où les faits seraient par la suite considérés comme devant faire l'objet d'une communication. Le seuil de l'omission par négligence, voire par dol éventuel, d'une communication (art. 37, al. 1 et 2, LBA) serait atteint plus rapidement en raison de l'interprétation large de la notion de soupçon fondé. Toutefois, si la personne habilitée à faire une communication signalait un soupçon qui n'atteint effectivement pas le seuil du soupçon fondé, elle pourrait alors violer son obligation professionnelle de garder le secret (secret bancaire selon l'art. 47 LB, secret professionnel selon l'art. 321 CP, secret d'affaires selon l'art. 162 CP ou secret postal selon l'art. 321ter CP). Le droit de communication résout ce dilemme.

2. Importance pratique

L'importance pratique du droit de communication ne résulte pas uniquement de la justification de la communication en matière de blanchiment d'argent. Dans la réalité juridique, le droit de communication se transforme en une obligation de communiquer pour l'intermédiaire financier, car il ne s'agit pas seulement pour lui de se voir reprocher d'avoir éventuellement accepté par dol éventuel des fonds obtenus par des moyens criminels, mais aussi de se protéger contre **d'** éventuelles **conséquences de droit pénal administratif** au sens de l'art. 37 LBA, qui peuvent résulter de l'absence de communication, d'une communication tardive ou d'une communication incomplète au MROS. 21

Absence de communication: Si le droit de communication était supprimé, comme cela a été discuté lors des débats sur la dernière révision de la LBA, la personne autorisée à communiquer tomberait plus facilement sous le coup des dispositions pénales de l'art. 37 LBA. Le seuil de l'omission par négligence d'une communication selon l'art. 37 al. 2 CP serait en effet atteint plus rapidement en raison de l'interprétation large de la notion de "soupçon fondé". 22

Déclaration tardive: Contrairement à l'obligation de communiquer, une communication en vertu du droit de communication ne doit pas être effectuée immédiatement selon le libellé de la disposition. Si, par erreur, l'intermédiaire financier n'a pas transmis immédiatement une communication au titre du droit de communication alors qu'il aurait dû le faire au titre de l'obligation de communiquer, on peut lui reprocher d'avoir violé l'obligation de communiquer au sens de l'art. 37 LBA. C'est pourquoi il est recommandé 23

de faire également une communication au sens de l'art. 305ter al. 2 CP dans les meilleurs délais.

24 **Communication incomplète**: une communication incomplète en matière de blanchiment d'argent peut également constituer une violation de l'obligation de communiquer au sens de l'art. 37 LBA. Les informations et documents à transmettre au MROS sont régis par l'art. 3 OBCBA.

25 L'autonomie du droit de communication par rapport à l'obligation de communiquer n'apparaît que si les seuils de soupçon respectifs peuvent être clairement distingués. Or, la délimitation entre droit de communication et obligation de communication est floue.

26 L'importance pratique du droit de communication est avérée. Il serait toutefois souhaitable de déplacer le droit de communication du code pénal vers la loi sur le blanchiment d'argent. Dans le cadre de la récente révision de la LBA, cette proposition n'a pas été mise en œuvre, mais certaines lacunes entre le droit de communication et l'obligation de communiquer ont été comblées.

B. Personnes habilitées à communiquer

27 Le cercle des personnes habilitées à communiquer selon l'art. 305ter , al. 2, CP est identique à celui **des auteurs de l'infraction selon l'al. 1**. Dans la pratique, il s'agit des compliance officers des banques et autres intermédiaires financiers, des fiduciaires, des conseillers en placement, des gestionnaires financiers, des changeurs ou des négociants en métaux précieux.

28 Dans la pratique, les **avocats** qui agissent également en tant qu'intermédiaires financiers risquent de tomber dans un piège de la responsabilité pénale. En effet, si un soupçon de blanchiment d'argent découle d'une activité d'avocat, qui est donc protégée par le secret professionnel selon l'art. 321 CP, ils n'ont ni l'obligation de communiquer selon l'art. 9, al. 2, LBA, ni le droit de communiquer selon l'art. 305ter , al. 2, CP. Une communication de blanchiment d'argent ne peut être effectuée que dans la mesure où l'acceptation des valeurs patrimoniales potentiellement incriminées a eu lieu dans le cadre d'une activité qui n'est pas soumise au secret professionnel. Une telle activité non spécifique à la profession est par exemple la gestion de fortune et les placements financiers.

Les négociants au sens de l'art. 2, al. 1, let. b, LBA n'ont pas de droit de communication, mais uniquement une obligation de communiquer au sens de l'art. 9, al. ^{1bis}, LBA, car ils n'appartiennent explicitement pas au cercle des intermédiaires financiers. 29

C. Un soupçon justifiant la communication

1. Objet du soupçon

Selon le libellé de la loi, le soupçon porte (uniquement) sur l'origine des valeurs patrimoniales provenant d'un crime (art. 10, al. 2, CP) ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305bis, ch. 1bis, CP. L'obligation de communiquer selon l'art. 9, al. 1, LBA connaît d'autres objets de soupçon (infraction au sens de l'art. 260ter CP ou de l'art. 305bis CP ; pouvoir de disposition d'une organisation criminelle ou terroriste ; financement du terrorisme au sens de l'art. ^{260quinquies}, al. 1, CP). 30

Est considérée comme **un délit fiscal qualifié** une fraude fiscale au sens de l'art. 186 LIFD (impôt fédéral direct) et de l'art. 59 LHID (impôt direct des cantons et des communes). Celle-ci se compose d'une soustraction d'impôt à l'aide d'un délit documentaire. Le montant d'impôt soustrait doit en outre s'élever à au moins 300'000 francs par période fiscale. L'intermédiaire financier doit donc vérifier les valeurs patrimoniales déposées auprès de lui également du point de vue fiscal. 31

Si l'infraction préalable a été commise à **l'étranger**, elle doit y être punissable et constituer un crime ou un délit fiscal qualifié en Suisse pour pouvoir être qualifiée d'infraction préalable au blanchiment d'argent. 32

2. Le seuil inférieur et le "simple soupçon".

Selon le libellé de la loi, les "**perceptions**" peuvent être communiquées. Mais qu'est-ce que cela signifie ? Selon le message, les insinuations ou les vagues impressions ne suffisent pas. Il s'agit plutôt d'indices, de doutes ou d'incohérences, tout simplement d'indices qui indiquent l'origine criminelle des valeurs patrimoniales et qui sont susceptibles d'être corroborés par les autorités de poursuite pénale. 33

34 Le droit de communication ne doit pas être étendu et interprété à volonté. En ce qui concerne les valeurs patrimoniales en question, il doit au moins **sembler** qu'elles pourraient être d'origine criminelle.

35 Le droit de communication peut être utilisé dès qu'il existe un **indice** de blanchiment d'argent. Il n'est pas nécessaire que plusieurs de ces indices se transforment en "soupçons fondés", voire en certitude. Un "simple soupçon" est également suffisant selon la pratique du MROS.

3. Le seuil supérieur et le "soupçon fondé".

a. TF sur le "simple doute"

36 Dans sa décision du 27 novembre 2008, le Tribunal fédéral a créé une confusion et des critiques continues. Il a constaté qu'un simple**soupçon**ou un doute ("**simple doute**") suffisait déjà pour une obligation de communiquer selon l'art. 9 al. 1 LBA : "*De l'avis de la doctrine, un soupçon est fondé s'il repose sur des circonstances insolites qui ont été recueillies avec soin par l'intermédiaire financier. Si ce dernier a un simple doute que, par exemple, les valeurs patrimoniales proviennent d'un acte criminel, il doit tout de même faire une communication au MROS*".

37 Il serait judicieux d'utiliser le terme français "**soupçon**" et non "doute" pour le mot allemand "Verdacht", si l'on s'en tient au libellé de la version française de l'art. 9 GwG. Les **sources** sur lesquelles le Tribunal fédéral s'appuie n'ont pas non plus été interprétées avec soin, car l'argumentation choisie par le Tribunal fédéral n'est pas du tout appliquée de cette manière par De Capitani et Thelesklaf. Comme le relève Kuster, selon Thelesklaf, un soupçon n'est fondé que s'il repose sur des clarifications minutieuses conformément à l'art. 6 al. 2 LBA. Luchsinger fait remarquer que la recommandation des auteurs cités par le Tribunal fédéral d'écarter en cas de doute une communication selon l'art. 9 LBA ne permet pas de déduire un abaissement du seuil de l'obligation de communiquer.

38 Dans son arrêt du 18 mars 2015, le Tribunal pénal fédéral a précisé le déclenchement de l'obligation de communiquer en ce sens qu'un soupçon est toujours fondé lorsque les clarifications particulières selon l'art. 6 LBA ne permettent pas de renverser la présomption selon laquelle les valeurs patrimoniales ont un lien avec une infraction. En effet, une fois les clarifications effectuées, il apparaît que soit la transaction qui semble suspecte

est plausible et en ordre, soit le soupçon de l'intermédiaire financier est fondé et doit être transmis au MROS conformément à l'obligation de communiquer. Dans son arrêt du 21 mars 2018, le Tribunal fédéral s'est appuyé sur cette précision du Tribunal pénal fédéral : "*Si, dans le cadre de vérifications des antécédents au sens de l'art. 6 al. 2 LBA ... le soupçon ne peut pas être écarté, il est considéré sans autre comme fondé*". Cette **jurisprudence récente clarifie le malentendu** créé par l'arrêt du 27 novembre 2008. Dans son arrêt du 11 janvier 2021, le Tribunal fédéral a certes constaté que la notion de "soupçon fondé" méritait bien d'être discutée et interprétée et qu'il n'était pas contestable que la jurisprudence avait interprété le texte de l'art. 9 LBA de manière progressive. Le Tribunal fédéral s'est toutefois souvenu de la conception initiale et a également souligné que le message relatif à la LBA de 1996 exprimait déjà l'idée que les soupçons qui ne peuvent pas être écartés au terme de la procédure de clarification doivent être communiqués. Cette approche s'inscrit dans la logique de la LBA, notamment au regard de l'art. 6 LBA, ainsi que dans l'objectif de la loi, qui est de permettre la découverte et la confiscation des valeurs patrimoniales concernées.

39 La jurisprudence récente du Tribunal fédéral coïncide (désormais) également avec l'**interprétation de la FINMA** selon son rapport annuel 2017 : "*Il y a soupçon fondé lorsque les résultats de ces clarifications particulières [selon l'art. 6 al. 2 LBA] ne permettent pas de renverser la présomption selon laquelle les valeurs patrimoniales proviennent d'un crime. L'intermédiaire financier doit annoncer de telles relations d'affaires au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA ; voir les arrêts du Tribunal pénal fédéral SK 2017.54 du 19 décembre 2017 et SK.2014.14 du 18 mars 2015, consid. 4.5.1.1). Si les conditions d'une obligation de communiquer ne sont pas claires, l'intermédiaire financier peut néanmoins faire une communication (droit de communication selon l'art. 305ter al. 2 CP).*"

b. Délibération parlementaire sur l'introduction d'une définition

40 Lors des débats parlementaires fédéraux, il a été souligné que le non-respect intentionnel de l'obligation de communiquer peut entraîner pour l'intermédiaire financier concerné une amende pouvant aller jusqu'à 500 000 francs (art. 37 al. 1 LBA) ou une interdiction d'exercer (art. 33 LFINMA). C'est précisément pour cette raison que le soupçon fondé doit être défini par le

législateur. En cas de doute, l'intermédiaire financier a toujours opté pour une communication de blanchiment d'argent au MROS, ce qui a surchargé le bureau de communication.

41 En ce qui concerne la définition concrète, différentes **variantes** strictes ont été discutées. Finalement, on s'est orienté vers la pratique en vigueur du Tribunal fédéral. L'intermédiaire financier doit faire une communication en présence d'indices concrets s'il ne peut pas dissiper ses soupçons fondés au moyen de clarifications supplémentaires. Il s'agirait alors de réfuter l'indice ou l'indication concrète de blanchiment d'argent.

42 Il a été souligné que l'intermédiaire financier doit procéder à des clarifications appropriées, dans le cadre des **moyens et des ressources** dont il dispose, car il n'aurait pas de pouvoirs de police ou de juge d'instruction. Il est d'accord avec cela. Il doit transmettre les observations pertinentes. Néanmoins, on ne peut pas attendre de lui le même niveau d'investigation que des autorités de poursuite pénale. L'intermédiaire financier ou le "compliance officer" travaillant chez lui n'est pas un procureur.

c. Définition selon l'art. 9 al. 1^{quater} révLBA

43 En amont de la dernière révision de la LBA, la doctrine s'accordait à dire que la délimitation floue entre droit et obligation de communiquer ainsi que les différents niveaux de soupçon nécessitaient une clarification. Différentes approches ont été présentées en ce qui concerne la mise en œuvre de cette clarification. Thelesklaf a demandé la suppression du terme "justifié" codifié à l'art. 9 LBA. Selon Luchsinger, une nouvelle définition claire des conditions de l'obligation de communiquer et, le cas échéant, du droit de communication est indispensable. Zulauf et Hutzler se sont prononcés en faveur de la suppression du droit d'annonce et d'une répartition de l'obligation d'annonce en annonces primaires et secondaires.

44 Finalement, le droit de communication a été maintenu et le nouvel al. ^{1quater} suivant a été **codifié**:

Dans les cas visés à l'al. 1, il y a soupçon fondé lorsque l'intermédiaire financier dispose d'un indice concret ou de plusieurs indices que l'al. 1, let. a, pourrait être rempli pour les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires et que ce soupçon ne peut pas être levé sur la base de clarifications supplémentaires conformément à l'art. 6.

d. Appréciation de la sécurité juridique de la nouvelle définition

La dernière révision de la LBA **codifie** désormais le fait qu'un soupçon fondé sur un indice concret ou sur plusieurs indices entraîne une obligation de communiquer si le soupçon ne peut pas être dissipé par des clarifications supplémentaires. 45

En effet, une base légale suffisante conduit à une plus grande **sécurité juridique** pour l'intermédiaire financier, raison pour laquelle une définition basée sur l'art. 20 al. 1 OBA doit être saluée. 46

En revanche, l'intermédiaire financier est toujours en **droit** de faire une communication au sens de l'art. 305ter al. 2 CP lorsque les conditions d'une obligation de communiquer ne sont pas claires et qu'un certain malaise subsiste en ce sens. Avec la définition nouvellement statuée et la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, l'importance du droit de communication a diminué. 47

D. Interdiction d'informer

La dernière révision de la LBA a également porté sur l'interdiction d'informer prévue à **l'art. 10a LBA**. L'alinéa 3 révisé a la teneur suivante : 48

L'intermédiaire financier peut également informer un autre intermédiaire financier soumis à la présente loi qu'il a faitune communication au sens de l'art. 9 de la présente loi ou de l'art. 305ter *, al. 2, CP, dans la mesure où cela est nécessaire au respect des obligations découlant de la présente loi et pour autant que les deux intermédiaires financiers :*

a. fournissent à un client, sur la base d'une collaboration convenue contractuellement, des services communs en relation avec la gestion de sa fortune, ou

b. appartiennent au même groupe.

Désormais, la communication au sens de l'art. 305ter al. 2 CP est également explicitement mentionnée. L'intermédiaire financier peut donc, dans certaines circonstances, informer aussi bien sur les communications effectuées en vertu de l'obligation de communiquer que sur celles effectuées en vertu du **droit de communication**. 49

50 L'ajout du droit de communication a permis de combler une lacune importante d'un point de vue pratique. Les intermédiaires financiers d'un **même groupe** ne savaient pas toujours si, comment et quelles informations ils pouvaient partager en cas de communication au sens de l'art. 305ter al. 2 CP.

E. Communication en cas de rupture de la relation d'affaires

51 D'un point de vue pratique, la question se pose souvent de savoir quelle est **la marge de manœuvre** dont dispose l'intermédiaire financier pour se séparer de son cocontractant sans enfreindre l'obligation de communiquer ou le droit de communication.

52 Suite à la récente révision de la LBA, l'OBA et l'OBA-FINMA concernant les obligations en cas de soupçon de blanchiment d'argent ont également été révisées en conséquence. A cette occasion, les dispositions relatives à la rupture de la relation d'affaires selon l'art. 32 aOBA-FINMA ont été fixées par le Conseil fédéral au **niveau de l'OBA**.

53 Une fois la communication effectuée, l'intermédiaire financier ne peut pas rompre la relation d'affaires de son propre chef (art. 12a al. 1 OBA, art. 32 al. 3 aOBA-FINMA) et doit continuer à exécuter les ordres de ses clients (art. 9a al. 1 LBA). Ce n'est que dans la mesure où le MROS n'informe pas l'intermédiaire financier dans un délai de 40 jours ouvrables qu'il transmet les informations communiquées à une autorité de poursuite pénale que la relation d'affaires peut être rompue (art. 9b al. 1 LBA en relation avec l'art. 12a al. 1 OBA). La rupture de la relation d'affaires et la date de la rupture doivent être communiquées sans délai au Bureau de communication (art. 9b al. 3 LBA). Le **retrait de valeurs patrimoniales importantes** ne doit alors être autorisé que sous une forme qui permette aux autorités de poursuite pénale de suivre leur trace (art. 9b al. 2 LBA). Cette obligation existe également en cas de non-communication en vertu du droit de communication (art. 12b al. 2 OBA).

54 Il est en outre interdit à l'intermédiaire financier aussi bien de rompre une relation d'affaires douteuse (pour laquelle il décide de ne pas faire usage du droit de communication bien que les conditions soient remplies) que d'autoriser le retrait de valeurs patrimoniales importantes lorsqu'il existe des indices concrets de l'imminence de **mesures de sûreté prises par les autorités** (art. 12a al. 2 OBA ; art. 32 al. 2 aOBA-FINMA).

L'établissement d'un **rapport dit No-AML** est désormais réglé à l'art. 22a al. 2 OBA-FINMA (art. 31 aOBA-FINMA) : si l'intermédiaire financier n'établit pas de communication de soupçons sur la base du droit de communication (art. 305ter al. 2 CP) parce qu'il a pu écarter le soupçon sur la base de clarifications supplémentaires conformément à l'art. 6 LBA, il documente de manière appropriée les clarifications effectuées et ses conclusions (art. 7 LBA). Il doit y consigner les raisons pour lesquelles il a écarté le soupçon et renoncé à son droit de communication. Désormais, un tel rapport No-AML doit être établi pour toutes les relations d'affaires douteuses, et pas seulement pour celles impliquant des valeurs patrimoniales importantes. 55

Après la rupture de la relation d'affaires, la question se pose de savoir si l'obligation de déclarer et le droit de communication perdurent et, si oui, pendant combien de temps. 56

L'obligation de communiquer selon l'art. 9 al. 1 LBA **prend** également **fin** avec la relation d'affaires. A cet égard, Ivell rappelle à juste titre le libellé de la norme et "les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires". Par conséquent, une obligation de communication après la fin de la relation d'affaires nécessiterait une base légale explicite. En outre, selon Reinle, un autre résultat conduirait, au regard de l'art. 37 al. 2 LBA (violation par négligence de l'obligation de communiquer), à une charge inacceptable pour l'intermédiaire financier et donc à un résultat choquant. 57

En revanche, le droit de communication au sens de l'art. 305ter al. 2 CP **subsiste** même après la rupture de la relation d'affaires (sans limitation dans le temps). Ici aussi, il convient tout d'abord de se référer au libellé de la norme. Les valeurs patrimoniales ne doivent pas être impliquées dans une relation d'affaires. Ivell fait en outre remarquer que des prescriptions temporelles ne seraient pas compatibles avec le concept d'une communication volontaire. 58

F. Destinataire et forme de la déclaration

Le destinataire de la communication est le **MROS** au sein de l'Office fédéral de la police (fedpol), qui reçoit les communications des différents acteurs des marchés financiers, procède à des clarifications sur les opérations annoncées et décide si les informations communiquées doivent être transmises aux 59

autorités de poursuite pénale et, le cas échéant, lesquelles (art. 23 LBA ; art. 1, al. 2, OBCBA).

60 Au 1er janvier 2020, le MROS a introduit le portail en ligne "**goAML**" pour les échanges avec le Bureau de communication (p. ex. pour l'envoi des communications de blanchiment d'argent). Quiconque ne transmet pas ses communications via ce système d'information doit utiliser le formulaire mis à disposition et transmettre la communication de manière sécurisée (art. 3a al. 3 OBCBA). Les formulaires de communication par courrier restent donc possibles, mais en cas de communication ultérieure d'informations (art. 11a LBA), il faut utiliser goAML. Dans les explications relatives à la révision partielle de l'OBCBA, il est recommandé à l'intermédiaire financier d'utiliser goAML également pour la remise de la communication initiale.

61 Dans le cadre de la **prochaine révision de la LBA**, le Conseil fédéral propose un nouvel art. 23 al. 7 LBA, dont la teneur est la suivante : *"Les échanges avec le bureau de communication se font par le biais du système de traitement des données visé à l'al. 3. L'Office fédéral de la police (fedpol) détermine la norme de données des informations transmises par le biais du système de traitement des données".* Afin d'améliorer encore la qualité des données, il convient d'utiliser exclusivement goAML et de permettre au MROS de définir la norme des données.

G. Délai d'analyse des communications

62 L'**ancien droit** prévoyait des délais différents pour l'analyse des communications par le MROS. Cela entraînait des incertitudes pour les intermédiaires financiers dans le traitement (ultérieur) des relations d'affaires pour lesquelles ils avaient fait usage du droit de communication.

63 L'art. 23 al. 5 aLBA prévoyait que le MROS informe l'intermédiaire financier dans un délai de **20 jours ouvrables** s'il transmet ou non la communication à une autorité de poursuite pénale en vertu de l'art. 9 al. 1 let. a LBA. Conformément à l'art. 23 al. 6 aLBA, le MROS ne disposait toutefois d'aucun délai pour analyser une communication au sens de l'art. 305ter al. 2 CP.

64 Du côté du MROS, la réglementation en vigueur à l'époque n'était **pas** non plus **satisfaisante**. Le délai de réponse du MROS était en moyenne de 27 jours ouvrables, sans compter le temps de préparation et d'analyse. Il faut en outre tenir compte du fait que le MROS doit éventuellement obtenir des

informations supplémentaires conformément à l'art. 11a LBA, le cas échéant même auprès de services homologues à l'étranger.

Afin de mieux tenir compte de la réalité et de donner au MROS la marge de manœuvre nécessaire pour qu'il puisse donner la priorité aux communications de soupçons graves, le délai a été prolongé à **40 jours ouvrables**, compte tenu également du nombre croissant de communications par an. Parallèlement, les incertitudes des intermédiaires financiers au regard du droit de communication ont été levées, puisque le MROS dispose désormais d'un délai de 40 jours ouvrables également pour l'analyse d'une communication au sens de l'art. 305ter , al. 2, CP (art. 9b, al. 1, LBA en relation avec l'art. 23, al. 5, LBA). 65

Le présent commentaire ne fait que refléter les interprétations et les points de vue des auteurs. Aucune conclusion ne peut être tirée sur la pratique des employeurs des auteurs.

BIBLIOGRAPHIE

Ackermann Jürg-Beat, Teil 2, Allgemeiner Teil des Wirtschaftsstrafrechts / § 4 Tatbestandsmässigkeit / V.–VI. / A.–B., in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, S. 129–142.

Ackermann Jürg-Beat, Geldwäscherei – Money Laundering, Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz, Zürich 1992 (zitiert Ackermann Geldwäscherei).

Arzt Gunther, Zur Rechtsnatur des Art. 305ter StGB, SJZ 1990, S. 189–192.

Beuret Arnaud, Das Bankkundengeheimnis und die Geldwäschereibekämpfung, in: Jusletter 16.4.2018.

Bommer Felix, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010, ZBJV 151 (2015), S. 350–374.

Boog Markus, Kommentierung zu Art. 251 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/ Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019.

Cassani Ursula, Kommentierung zu Art. 305ter, Commentaire du droit pénal suisse, Code pénal suisse, partie spéciale, Vol. 9, Crimes ou délits contre l'administration de la justice: Art. 303–311 CP, Bern 1996.

de Capitani Werner, Kommentierung zu Art. 9 GwG, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002.

de Capitani Werner, Zum Identifikationsverfahren bei Kontoeröffnungen aus dem Ausland, SJZ 89 (1993), S. 21–27.

Dietzi Hanspeter, Der Bankangestellte als eidgenössisch konzessionierter Sherlock Holmes? – Der Kampf gegen die Geldwäscherei aus der Optik des Ersten Rechtskonsulenten einer Grossbank, in: Pieth Mark (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäscherei – Modellfall Schweiz?, Basel et al. 1992.

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Art. 305ter StGB, in: Jositsch Daniel (Hrsg.), Zürcher Grundrisse des Strafrechts, Strafrecht IV, 5. Aufl., Zürich et al. 2017.

Egger Tanner Christine, Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei, Zürich 1999.

Graber Christoph K., Geldwäscherei: ein Kommentar zu Art. 305bis und 305ter StGB, Bern 1990.

Graber Christoph K./Oberholzer Dominik, Das neue GwG, 3. Aufl., Zürich 2009.

Grüninger Philippe, Die Strafbarkeit der Verletzung von Sorgfaltspflichten bei Finanzgeschäften: Art. 305ter Abs. 1 StGB, Zürich 2005.

Hutzler Doris, Kommentierung zu Art. 9 GwG, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen: Einziehung – Kriminelle Organisation – Finanzierung des Terrorismus – Geldwäscherei, 2 Bd., Zürich 2018.

Ivell Katrin, Kommentierung zu Art. 9 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar zum Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Kistler Marlène, La vigilance requise en matière d'opérations financières, Lausanne 1994.

Kunz Michael, Die strafrechtliche Garantenstellung von Bankorganen bei der Geldwäscherei, in: Jusletter 14.2.2011.

Kuster Matthias, Zur Abgrenzung des Melderechts nach Art. 305er Abs. 2 StGB von der Meldepflicht nach Art. 9 GwG, in: Jusletter 26.6.2017.

Luchsinger Roland J., Kommentierung zu Art. 9 GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Geldwäschereigesetz (GwG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2017.

Lutz Peter/Kern Martin, Geldwäscherei und das qualifizierte Steuervergehen von Art. 305bis Ziff. 1bis StGB, SJZ 2017, S. 97–106.

Macaluso Alain/Garbarski Andrew, Pratique juridique actuelle, AJP 2016, S. 1318–1326.

Ordolli Stiliano, Kommentierung zu Art. 37 GwG, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), GwG Kommentar (AMLA Commentary), Schweizerisches Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen (Swiss Anti-Money Laundering Act with other Laws), 3. Aufl., Zürich 2019.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 305ter StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark/Schultze Marlen, Kommentierung zu Art. 305ter StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021.

Reinle Michael, Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz, Zürich/St. Gallen 2007.

Schauwecker Marc-André Beat, Steuerdelikte als Vortaten zur Geldwäscherei und deren Konsequenzen für Finanzintermediäre, Basel 2016.

Schmid Niklaus, Kommentierung zu Art. 305ter StGB, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002.

Schmid Niklaus, Anwendungsfragen der Straftatbestände gegen die Geldwäscherei, vor allem StGB Art. 305bis, in: SAV (Hrsg.), Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht, Zürich 1991, S. 111–130 (zitiert Schmid, Anwendungsfragen).

Stiglitz Joseph E./Pieth Mark, Die Schattenwirtschaft überwinden, Berlin Januar 2017, https://library.fes.de/pdf-files/iez/13083.pdf, besucht am 5.8.2024.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 7. Aufl., Bern 2013.

Tanner André, Der bankinterne Compliance Officer, in: Jusletter 30.9.2019.

Thelesklaf Daniel, Kommentierung zu Art. 9 GwG, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), GwG Kommentar (AMLA Commentary), Schweizerisches Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen (Swiss Anti-Money Laundering Act with other Laws), 3. Aufl., Zürich 2019.

Trechsel Stefan, Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937: Kurzkommentar, Zürich 1997.

von Rotz Madeleine, Die Garantenstellung und die Garantenpflicht des Compliance Officers einer Bank, Zürich 2019.

Zuberbühler Daniel, Pflichten der Banken und Finanzinstitute zur Bekämpfung der Geldwäscherei, Konsequenzen aus den Empfehlungen der FATF, in: SAV (Hrsg.), Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht, Zürich 1991, S. 65–91.

Zulauf Urs, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz – Zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, Bern/Basel 1994.

Zulauf Urs/Hutzler Doris, Der begründete und der einfache Verdacht – Ein Vorschlag zur Reform des Geldwäschereimeldewesens in der Schweiz, recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2019, S. 221–239.

Zwiefelhofer Thomas, Die Sorgfaltspflichten des liechtensteinischen Geldwäschereirechts verglichen mit den entsprechenden Bestimmungen des schweizerischen Rechts, St. Gallen/Zürich 2007.

MATÉRIAUX

Beratungen des Ständerats vom 10.3.2021, abrufbar unter: https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=52177, besucht am 5.8.2024 (zitiert Beratungen des Ständerats vom 10.3.2021).

Beratungen des Nationalrats vom 1.3.2021, abrufbar unter: https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-

verhandlungen?SubjectId=51792, besucht am 5.8.2024 (zitiert Beratungen des Nationalrats vom 1.3.2021).

Beratung des Nationalrats vom 27.11.1989, abrufbar unter: https://www.parlament.ch/centers/documents/de/verhandlungen-89043-1989-d-f.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert Beratung des Nationalrats vom 27.11.1989).

Erster nationaler Bericht über die Risiken der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bericht der interdepartementalen Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (KGGT) vom 5.6.2015, abrufbar unter: https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-57750.html, besucht am 5.8.2024 (zitiert Bericht KGGT 2015).

Zweiter nationaler Bericht über die Risiken der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bericht der interdepartementalen Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (KGGT) vom 29.10.2021, abrufbar unter: https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/dokumentation/fachinformationen/bericht_kggt.html, besucht am 5.8.2024 (zitiert Bericht KGGT 2021).

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 26.6.2019, BBl 2019 5451 ff., abrufbar unter: www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/1932/de, besucht am 5.8.2024 (zitiert Botschaft GwG Revision 2019).

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers) vom 30.06.1993, BBl 1993 III 277 ff., abrufbar unter: www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1993/3_277_269_193/de, besucht am 5.8.2024 (zitiert Botschaft Melderecht 1993).

Botschaft über die Änderung des schweizerischen Strafgesetzbuches (Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften) vom 12.6.1989, BBl 1989 II 1061, abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1989/2_1061_961_837/de, besucht am 5.8.2024 (zitiert Botschaft StGB 1989).

Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens betreffend das Bundesgesetz über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen, 30.8.2023,

abrufbar unter: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/82297.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert Erläuternder Bericht Transparenzregister 2023).

Erläuterungsbericht der FINMA zur Teilrevision GwV-FINMA, 8.3.2022, abrufbar unter: https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/laufende-anhoerungen/20220308---gwv---finma/20220308_anhoerung_gwv_finma_erlaeuterungsbericht.pdf?sc_lang=de&hash=15FE08B10BBB36D0162234C261E4B949, besucht am 5.8.2024 (zitiert Erläuterungsbericht zur Teilrevision der GwV-FINMA 2022).

Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage zur Änderung der GwV, 1.10.2021, abrufbar unter: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/68406.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert Erläuternder Bericht zur Änderung der GwV 2021).

Erläuterungen zur Teilrevision der MGwV, 27.11.2019, abrufbar unter: https://www.ejpd.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/vo-anpassung/erlaeuterungen-mgwv-d.pdf.download.pdf/erlaeuterungen-mgwv-d.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert Erläuterungen Teilrevision MGwV 2019).

Erläuterungsbericht der FINMA zur Teilrevision der GwV-FINMA, 4.9.2017, abrufbar unter: https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/laufende-anhoerungen/rs-gwv/20170904-eb-gwv-finma.pdf?sc_lang=de&hash=1E297912C77FB5F8594C2B1A86E6D26B, besucht am 5.8.2024 (zitiert Erläuterungsbericht zur Teilrevision der GwV-FINMA 2017).

Jahresbericht der MROS 2022, abrufbar unter: https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/jabe/jb-mros-2022.pdf.download.pdf/jb-mros-2022-d.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert: Jahresbericht MROS 2022).

Jahresbericht der FINMA 2017, abrufbar unter: https://www.finma.ch/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/geschaeftsbericht/20180327-jahresbericht-2017.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert: Jahresbericht FINMA 2017).

Jahresbericht der MROS 2017, abrufbar unter:https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/jabe/jb-mros-2017-

d.pdf.download.pdf/jb-mros-2017-d.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert: Jahresbericht MROS 2017).

Praxis der MROS, Eine Zusammenfassung der Praxis seit 2004, März 2016, abrufbar unter: https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/praxis-berichte/mros-die-praxis-d.pdf.download.pdf/mros-die-praxis-d.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert: Praxis MROS 2016).

Stellungnahme der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) zur Änderung des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (GwG) vom 14.9.2018, abrufbar unter: https://www.swissbanking.ch/_Resources/Persistent/d/c/6/3/dc634cc6fd7cd84dc93989e67f3d253a6584b5dd/SBVg_Stellungnahme_Revision_GwG.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert Stellungnahme SBVg).

Vernehmlassungsvorlage betreffend das Bundesgesetz über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen (Gesetz über die Transparenz juristischer Personen; TJPG), 30.8.2023, abrufbar unter: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/82295.pdf, besucht am 5.8.2024 (zitiert Vernehmlassungsvorlage Transparenzregister 2023).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 321ter CP

Un commentaire de Aaron Steiner / Peter Szabo

PROPOSITION DE CITATION

Aaron Steiner/Peter Szabó, Commentaire de l'art. 321ter CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (édit.), Commentaire en ligne du Code pénal suisse

Citation abrégée: OK-Steiner/Szabó, art. 321ter CP N. XXX.

Violation du secret des postes et des télécommunications

Art. 321ter

1 Quiconque, en sa qualité de fonctionnaire, d'employé ou d'auxiliaire d'une organisation fournissant des services postaux ou de télécommunication, transmet à un tiers des renseignements sur les relations postales, le trafic des paiements ou les télécommunications de la clientèle, ouvre un envoi fermé ou cherche à prendre connaissance de son contenu ou encore fournit à un tiers l'occasion de se livrer à un tel acte est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

2 De même, quiconque détermine par la tromperie une personne astreinte au secret en vertu de l'al. 1 à violer ce secret est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

[3] La violation du secret postal ou du secret des télécommunications demeure punissable après que l'emploi ou la charge ont pris fin.

[4] La violation du secret postal ou du secret des télécommunications n'est pas punissable en tant qu'elle est requise pour déterminer l'ayant droit.

[5] L'art. 179^{octies} ainsi que les dispositions des législations fédérale et cantonales statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice sont réservés.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 124
A. Historique 124
B. Bien juridique protégé 124
C. Rapport avec les normes connexes 127
II. Élément constitutif objectif 128
A. Cercle des auteurs 128
B. Fait constitutif (al. 1) 128
C. Auteur indirect (al. 2) 129
III. Éléments subjectifs de l'infraction 129
IV. Illicéité (al. 4) 130
V. Concours d'infractions et réserves (al. 5) 130
A. Concours d'infractions 130
B. Réserve en faveur de l'art. 179octies et de l'obligation de témoigner et de fournir des renseignements 131
VI. Sanction 131
Bibliographie 131
Matériaux 132

I. GÉNÉRALITÉS

A. Historique

1 L'article 321ter du CP a été intégré dans le **droit pénal principal** du CP lors de la promulgation de la nouvelle loi sur les télécommunications du 30 avril 1997. Jusqu'au 1er janvier 1998, la protection pénale du secret postal et des télécommunications relevait du droit pénal accessoire : le secret postal était inscrit à l'article 57 de la loi sur la correspondance postale du 2 octobre 1924 (aPVG), tandis que le secret des télécommunications figurait, depuis 1991, à l'article 53 en liaison avec l'article 15 de l'ancienne loi sur les télécommunications (aFMG). Avec la libéralisation du marché de la poste et des télécommunications, les normes pénales pertinentes ont été transférées dans le droit pénal général sans modification matérielle notable. Le Conseil fédéral a justifié ce changement par « l'importance croissante du secret des télécommunications ».

2 Avec la suppression du monopole des PTT et l'autorisation d'opérateurs privés, l'obligation de confidentialité – et les sanctions pénales qui s'y rattachent – a dû être étendue à un **cercle de destinataires** considérablement élargi. La disposition s'applique ainsi à l'ensemble des collaborateurs des opérateurs titulaires d'une concession ou non, dans la mesure où ceux-ci fournissent des services postaux ou de télécommunications. Par rapport au secret professionnel, l'art. 321ter CP constitue une extension spécifique qui place la protection des communications par télécommunications, sur le plan pénal, à un niveau comparable à celui prévu par l'art. 321 CP.

B. Bien juridique protégé

3 L'article 321ter CP garantit à la fois la protection **institutionnelle** des communications postales et de télécommunication en tant qu'institution et la vie privée des différents participants à la communication. Dans l'arrêt TF 6B_182/2018, le Tribunal fédéral précise explicitement que cette disposition protège « à l'instar de l'art. 321 CP [...] également la vie privée » des personnes qui communiquent.

L'**objet de la protection** est constitué par « les données relatives au trafic postal, aux opérations de paiement ou aux télécommunications de la clientèle ». Cette formulation englobe aussi bien les informations relatives au contenu que celles concernant les habitudes de communication ou de paiement. En incluant le trafic des paiements postaux, le législateur a, au-delà du contenu constitutionnel essentiel du secret des télécommunications (art. 13, al. 1, Cst.), opéré un rapprochement avec le secret bancaire au sens de l'art. 47 de la LB. 4

La norme pénale donne un équivalent pénal à la protection de la correspondance, de la poste et des télécommunications garantie par l'art. 13, al. 1, Cst. Dans sa jurisprudence relative à la surveillance pénale, le Tribunal fédéral a précisé que le secret des télécommunications garanti par la Constitution s'étend également à la **correspondance électronique** et que toute ingérence – notamment la collecte de métadonnées – nécessite une base légale et une autorisation judiciaire. Dans l'ATF 144 I 126, le Tribunal fédéral a confirmé ces principes pour les données d'encadrement des télécommunications et a précisé que la protection ne s'appliquait « pas seulement au contenu de la communication ; elle s'étend également aux données d'encadrement du processus de communication ». 5

La protection prévue à l'art. 321ter s'applique en premier lieu et incontestablement aux **données de contenu** de la communication et de la transaction financière. Les données d'encadrement – c'est-à-dire les informations relatives au processus de communication lui-même (expéditeur, destinataire, nature, durée et fréquence des contacts) – sont tout aussi clairement couvertes. Rehberg avait déjà déduit de l'expression « informations sur le [...] trafic de la clientèle » que les données de connexion ou supplémentaires relevaient également de la norme pénale. La doctrine récente suit unanimement ce point de vue, et le Tribunal fédéral a expressément confirmé le lien constitutionnel dans l'ATF 144 I 126, consid. 4.1. 6

Le traitement des **données d'inventaire** (identification de l'abonné, titularité de la ligne, fichier d'adresses statique) pose davantage de difficultés. Selon Hansjakob et Simmler, les données d'état ne sont pas couvertes par le secret des télécommunications et ne relèvent donc pas de l'art. 321ter CP, dans la mesure où il ne s'agit pas de données relatives au trafic de télécommunications proprement dit, c'est-à-dire à une communication, mais uniquement de données concernant la relation contractuelle de la personne 7

concernée avec un fournisseur de services de télécommunications. Cette distinction peut poser des difficultés dans la pratique. Simmler l'illustre à l'aide de l'exemple des adresses IP : l'adresse IP utilisée pour l'enregistrement auprès d'un fournisseur de services de télécommunications est une donnée d'inventaire, tandis que l'adresse IP utilisée pour une communication ultérieure avec un tiers via le service de télécommunications est une donnée accessoire. Il existe toutefois un troisième cas, à savoir l'adresse IP à partir de laquelle une personne a accédé en dernier lieu au service de télécommunications : si cet accès est lié à la gestion du compte utilisateur, il s'agit d'une donnée d'inventaire ; en revanche, s'il s'agit d'une communication avec un tiers, il s'agit d'une donnée accessoire. Les mesures de surveillance des télécommunications qui exigent des renseignements sur les données du dernier accès, mais qui conduisent indirectement à une surveillance des données accessoires sans autorisation judiciaire, posent donc problème au regard de la protection du secret des télécommunications.

8 Conformément à la distinction établie par Simmler, nous défendons la position suivante : dans la mesure où les données d'inventaire concernent uniquement l'attribution d'un raccordement ou d'un envoi à une personne, sans fournir d'informations sur un processus de communication concret, elles ne relèvent pas de la « correspondance de la clientèle » protégée par l'art. 321ter et leur protection relève en premier lieu du droit général de la protection des données prévu par la LPD. Dès lors que les données d'inventaire sont toutefois liées à un processus de communication concret – à savoir qui est l'expéditeur d'un envoi donné ou l'abonné d'une connexion identifiée –, elles se transforment en **données accessoires** et relèvent de la protection prévue à l'art. 321ter.

9 Dans ce contexte, il convient de renvoyer à la jurisprudence du Tribunal fédéral dans l'ATF 144 I 126 concernant la conformité constitutionnelle de la **conservation des données accessoires** sans motif pendant six mois prévue par la LSCPT. Le Tribunal fédéral précise que la simple collecte et conservation des données par les entités tenues de coopérer ne constitue pas encore une surveillance au sens du CPP nécessitant une autorisation judiciaire ; les autorités de poursuite pénale ne pourraient « pas accéder directement aux données collectées par les fournisseurs de services de télécommunications », mais seulement à un stade ultérieur de la surveillance proprement dite – et là encore, sous réserve d'une autorisation judiciaire.

Cette distinction entre la collecte privée de données et l'accès par l'État est critiquable : l'obligation de coopération trouve son origine dans une décision de l'État, de sorte que l'atteinte aux droits fondamentaux est imputable à l'État dès la phase de collecte – le fait de reporter le début de la protection à l'acte d'accès ultérieur occulte cette imputabilité. La procédure n° 47351/18 (Glättli et autres c. la Suisse), pendante devant la CEDH et engagée par des membres de l'association Digitale Gesellschaft, devrait apporter une clarification définitive. Pour l'application pénale de l'article 321ter, cette réserve n'entraîne toutefois aucune restriction : tant que les fournisseurs procèdent à la collecte sur la base d'un fondement légal suffisant, la conservation en elle-même ne constitue pas une infraction ; toutefois, la transmission des données accessoires collectées à des tiers en dehors du cadre des règles légales en matière de communication d'informations continue de violer l'article 321ter du CPP. Il convient de retenir que seules les données de contenu et les données accessoires sont couvertes par la protection de l'article 321ter du CPP. Les dispositions de la LSCPT relatives aux données d'inventaire n'y changent rien, même si leur communication est soumise à des procédures particulières prévues aux articles 15, 21 et 22 de la LSCPT.

C. Rapport avec les normes connexes

L'article 321ter CP entretient un lien étroit avec d'autres normes relatives au 10
secret et aux **mesures d'ingérence**. Au sein du CP, l'article 320 CP (secret de fonction), l'article 321 CP (secret professionnel), l'article 179 CP (atteinte au secret de la correspondance) ainsi que les articles 179bis et suivants du CP (surveillance technique) constituent les principaux points de référence. Dans le domaine du droit pénal accessoire, s'y ajoutent les articles 43 et 49 et suivants de la LTC ainsi que les dispositions de la LSCPT. L'obligation de confidentialité prévue à l'article 43 de la LTC établit les obligations professionnelles dans le domaine des télécommunications ; la loi sur la poste ne prévoit pas une telle obligation de confidentialité, mais ces deux types de violations sont néanmoins sanctionnés par l'article 321ter du CP.

II. ÉLÉMENT CONSTITUTIF OBJECTIF

A. Cercle des auteurs

11 L'article 321ter du CP constitue une véritable **infraction spéciale**. Seule peut être considérée comme auteur une personne qui est fonctionnaire, employé ou auxiliaire d'une organisation fournissant des services postaux ou de télécommunications. Le libellé ne fait pas de distinction entre, d'une part, les prestataires titulaires d'une concession ou soumis à une obligation de déclaration et, d'autre part, les prestataires de services purement privés, de sorte que, selon la doctrine dominante, la norme pénale s'applique à tous les collaborateurs du secteur des services postaux et de télécommunications – quelle que soit la qualification juridique de l'entreprise.

12 Rehberg a souligné que l'extension du secret postal au personnel d'organisations qui proposent des services non réservés et ne sont soumises ni à une obligation de concession ni à une obligation de déclaration était délicate sur le plan constitutionnel (art. 36, al. 4, de l'ancienne Cst. ; aujourd'hui art. 13, al. 1, de la Cst.). L'obligation pénale de confidentialité serait notamment douteuse pour les collaborateurs des **services de messagerie** privés et des organisations de distribution d'envois non adressés. La doctrine récente, sans doute majoritaire, ne suit pas cette interprétation restrictive et se fonde sur le libellé large de la loi.

13 Conformément aux autres obligations de confidentialité protégées par le droit pénal, la violation du secret postal et des télécommunications reste punissable même après la **cessation** des fonctions officielles ou professionnelles.

B. Fait constitutif (al. 1)

14 L'al. 1 couvre (i) la **communication** de « données [...] relatives à la clientèle » à un tiers, (ii) l'ouverture d'un envoi scellé ou la recherche de son contenu et (iii) le fait de procurer une telle occasion à un tiers. La manière dont la transmission d'informations s'effectue – oralement, par écrit, par voie électronique, par la présentation de dossiers ou en accordant un accès à des systèmes informatiques – n'a aucune importance.

15 Il ne faut pas déduire de la deuxième variante de l'infraction (« ouverture d'un envoi scellé ») que la divulgation du contenu d'un envoi non scellé – par exemple une **carte postale** – par des collaborateurs d'un organisme postal

serait exempte de sanctions pénales. Cette situation relève en effet de la première variante de l'infraction (divulgation de « données relatives au [...] trafic de la clientèle »).

La troisième variante de l'infraction (« ou donne à un tiers l'occasion ») couvre également, selon la doctrine dominante, l'**omission** d'intervenir contre les tentatives de divulgation de secrets par des tiers. À cet égard, l'art. 321ter CP prévoit une couverture de l'inaction contraire au devoir qui fait défaut dans les art. 320 et 321 CP. 16

C. Auteur indirect (al. 2)

Dans le cas de véritables délits spéciaux, un tiers (**Extraneus**), qui n'est pas soumis à l'obligation particulière, ne peut en règle générale être puni en tant qu'auteur direct. Dans le cas d'infractions spéciales proprement dites, le tiers (extraneus) ne peut pas non plus être puni en tant qu'auteur indirect, même s'il utilise la personne soumise à l'obligation de confidentialité (intraneus) – par exemple par tromperie – comme un instrument agissant sans intention délibérée ; il ne possède pas la qualité particulière requise par l'élément constitutif de l'infraction. Contrairement aux articles 320 et 321 du CPP, l'al. 2 comble expressément cette lacune en ce qui concerne la violation du secret de la correspondance et des télécommunications : quiconque incite, par la tromperie, la personne soumise à l'obligation de confidentialité à violer ce secret est passible de la même peine que l'« intraneus ». 17

Si l'auteur soumis à l'obligation visée à l'al. 1 est incité à commettre un acte intentionnel, il y a **incitation**, qui doit être appréciée selon les règles générales (art. 24 en liaison avec l'art. 321ter du CPP). L'al. 2 ne s'applique que si la tromperie exclut l'intention de l'intraneus et que l'extraneus agit ainsi en tant qu'auteur indirect. 18

III. ÉLÉMENTS SUBJECTIFS DE L'INFRACTION

Seule la commission intentionnelle est punissable, l'**intention éventuelle** suffisant. 19

IV. ILLICÉITÉ (AL. 4)

20 L'al. 4 déclare non punissable la violation du secret de la correspondance et des télécommunications dans la mesure où elle est nécessaire pour identifier l'**ayant droit**. Le principal cas d'application pratique concerne l'ouverture d'envois non distribuables dont le destinataire ou l'expéditeur ne peuvent autrement être identifiés.

21 Jusqu'au 30 juin 2023, l'al. 4 couvrait en outre la « prévention de dommages ». Cette extension avait été critiquée par la doctrine comme étant étrangère au système et trop vague, car elle établissait une clause de justification générale allant au-delà des **règles générales relatives à l'état de nécessité** (art. 17 et suivants du CPP). Dans le cadre de l'harmonisation des peines en 2021/2023, le législateur a supprimé cette clause, donnant ainsi suite aux critiques de la doctrine – le Conseil fédéral avait expressément indiqué dans son message que les situations en question étaient «déjà couvertes par les règles générales relatives à l'état de nécessité (art. 17 et 18 du CPP)». Dans la mesure où des faits ne relevant pas de cette clause restrictive relative aux ayants droit prévue à l'al. 4 entrent en ligne de compte, il convient de se référer aux motifs généraux de justification et à la mise en balance des intérêts développée à cet effet.

V. CONCOURS D'INFRACTIONS ET RÉSERVES (AL. 5)

A. Concours d'infractions

22 En tant qu'extension spécifique de la protection du secret de la correspondance, l'art. 321ter CP prime sur l'infraction générale de violation du **secret de la correspondance** (art. 179 CP), dans la mesure où l'auteur agit en tant qu'employé d'un organisme postal ou de télécommunications. Contrairement à l'article 179 du CPP, l'article 321ter du CPP n'exige pas non plus que l'envoi soit ouvert dans l'intention d'en prendre connaissance.

23 Si l'auteur est un fonctionnaire au sens de l'article 110, al. 3, du CPP, l'article 321ter du CPP prévaut, en tant que lex specialis, sur le **secret de fonction** (art. 320 du CPP).

24 Il existe une **concurrence réelle** avec les articles 162 (violation du secret de fabrication ou du secret d'affaires), 179^{novies} (obtention non autorisée de

données personnelles) et 283 CP (violation du secret de vote et du secret électoral), ainsi qu'avec les infractions d'appropriation.

B. Réserve en faveur de l'art. 179^{octies} et de l'obligation de témoigner et de fournir des renseignements

L'al. 5 précise que l'art. 179^{octies} ainsi que les dispositions fédérales et cantonales relatives à l'obligation de témoigner et de fournir des renseignements restent réservés. La surveillance étatique de la correspondance postale et des télécommunications est régie par les art. 269 et suivants du CPP ainsi que la LSCPT ; dans l'ATF 126 I 50, le Tribunal fédéral a souligné la distinction fondamentale entre les pouvoirs d'intervention de l'État et la protection visée par l'art. 321ter du CP, qui porte sur les obligations professionnelles. Cette **réserve** n'a pas d'effet justificatif autonome ; elle renvoie simplement aux dispositions pertinentes du droit procédural régissant les interventions. 25

VI. SANCTION

Il s'agit d'un délit passible d'une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à trois ans ou d'une peine pécuniaire (al. 1). L'art. 321ter CP est un **délit poursuivi d'office** ; une plainte pénale n'est donc pas nécessaire et les poursuites pénales sont engagées d'office. La tentative et la complicité sont régies par les art. 22 et suivants du Code pénal. 26

BIBLIOGRAPHIE

Hansjakob Thomas, Überwachungsrecht der Schweiz, Kommentar zu Art. 269 ff. StPO und zum BÜPF, Zürich et al. 2018.

Isenring Bernhard, Kommentierung zu Art. 321ter StGB, in: Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan (Hrsg.), StGB JStG. Kommentar zum StGB, JStG und OBG sowie in Auszügen zum SVG, BetmG und AIG, 22. Aufl., Zürich 2026 (zit.: OFK-Isenring, Art. 321ter StGB N. yy).

Oberholzer Niklaus, Kommentierung zu Art. 321ter StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Strafrecht. Basler Kommentar, Bd. II: Art. 137–392 StGB, JStG, 4. Aufl., Basel 2019 (zit.: BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. yy).

Rehberg Jörg, Änderungen im Strafgesetzbuch durch das neue Fernmeldegesetz, AJP 1998, Heft 5, S. 562–568.

Simmler Monika, Working Paper VÜPF Revision, Universität St. Gallen, November 2025, https://www.doi.org/20.500.14171/124767, besucht am 28.4.2026.

Trechsel Stefan/Lehmkuhl Marianne Johanna, Kommentierung zu Art. 321ter StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2021 (zit.: PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 321ter StGB N. yy).

Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 321ter StGB, in: Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stephan, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 5. Aufl., Bern 2024 (zit.: SHK-Wohlers, Art. 321ter StGB N. yy).

Werly Stéphane, Kommentierung zu Art. 321ter StGB, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (Hrsg.), Commentaire romand, Code pénal II, 2. Aufl., Basel 2025 (zit.: CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. yy).

MATÉRIAUX

Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1405, abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1996/3_1405_1361_1297, besucht am 27.8.2026 (zit.: Botschaft 1996, S. xxx).

Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Harmonisierung der Strafrahmen und Anpassung des Nebenstrafrechts an das geänderte Sanktionenrecht) vom 25.4.2018, BBl 2018 2827, abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2018/1154, besucht am 27.8.2026 (zit.: Botschaft 2018, S. xxx).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 322ter CP

Un commentaire de Loris Baumgartner / Marco Hurni

PROPOSITION DE CITATION

Loris Baumgartner/Marco Hurni, Commentaire de l'art. 322ter CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (édit.), Commentaire en ligne du Code pénal suisse

Citation abrégée: Baumgartner/Hurni, art. 322ter CP N. XXX.

Titre 19 Corruption

1. Corruption d'agents publics suisses.

Corruption active

Art. 322ter

Quiconque offre, promet ou octroie un avantage indu à un membre d'une autorité judiciaire ou autre, à un fonctionnaire, à un expert, un traducteur ou un interprète commis par une autorité, à un arbitre ou à un militaire, en faveur de l'un d'eux ou d'un tiers, pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui est contraire à ses devoirs ou dépend de son pouvoir d'appréciation,

est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

TABLE DES MATIÈRES

I. Bien juridique protégé 136
II. Personnes impliquées 137
A. Personne corrompue (auteur) 137
1. Personne physique 137
2. Personne morale 137
B. Personne corrompue (objet de l'infraction) 138
1. Membre d'une autorité judiciaire ou autre 138
2. Notion de fonctionnaire 138
3. Experts officiellement désignés 140
4. Traducteurs et interprètes commis d'office 140
5. Membres de l'armée 140
III. Avantage indu 140
A. Avantage 140
1. Avantage matériel 141
2. Avantage immatériel 141
3. Autres remarques 142
B. Inconvenance 143
IV. Acte de l'infraction 143
A. Offrir, promettre ou accorder 143
B. Tentative 144
V. Contrepartie 145
A. Lien avec l'activité officielle 146
B. Contrepartie au sens strict 146
1. Décisions ou omissions contraires aux obligations 146
2. Décisions discrétionnaires 147
C. Rapport d'équivalence 147
VI. Eléments subjectifs de l'infraction 148
VII. Concurrence 148
Bibliographie 148
Matériaux 151

I. BIEN JURIDIQUE PROTÉGÉ

1 Les éléments constitutifs de l'infraction de corruption d'agents publics protègent la **confiance du public** dans l'objectivité et la pertinence des activités officielles.

2 La doctrine et la jurisprudence sont parfois d'avis que les éléments constitutifs de l'infraction de corruption d'agents publics protègent d'autres biens juridiques. Ainsi, le Tribunal pénal fédéral a également cité la protection des droits de l'homme comme un élément du bien juridique protégé par la corruption d'agents publics. La protection de la concurrence est également partiellement considérée comme un bien juridique (co)protégé. Ainsi, Pieth s'exprime notamment en relation avec les marchés publics, selon lequel il est incontestable que la concurrence loyale doit également être protégée par les éléments constitutifs de l'infraction de corruption, en raison des exigences accrues et de la pression concurrentielle accrue dans le domaine des marchés publics.

3 Ces opinions peuvent certes être souvent pertinentes dans la pratique, mais selon l'opinion défendue ici, elles passent à côté de l'objectif : la protection des droits de l'homme, par exemple, est de facto indissociable d'un exercice objectif et factuel de l'action étatique. En d'autres termes, une violation des droits de l'homme devrait toujours aller de pair avec une activité illégale ou discriminatoire. Dans la mesure où cela s'accompagne en même temps d'une prestation de corruption (cf. n. 21 ss.), le domaine du bien juridique protégé est également touché par une définition étroite. Il en va de même pour la concurrence loyale : dans la mesure où une activité officielle est exercée de manière objective et pertinente, la concurrence ne peut pas être affectée par le pouvoir étatique. Une atteinte plus importante à la concurrence libre et loyale doit alors être protégée par le droit de la concurrence et non par le droit de la corruption.

4 Dans ce contexte, il est considéré en l'espèce que les éléments constitutifs de l'infraction de corruption d'agents publics (nationaux) protègent **exclusivement** la confiance du public dans l'objectivité et l'objectivité des voies de fait officielles.

II. PERSONNES IMPLIQUÉES

Les personnes impliquées dans la corruption d'agents publics sont divisées en la personne qui corrompt et la personne corrompue, ou l'agent public. Dans le cadre de la corruption active d'agents publics selon l'article 322ter CP, seule la personne qui corrompt est un auteur éligible. 5

A. Personne corrompue (auteur)

1. Personne physique

L'auteur de la corruption active d'agents publics est le corrupteur qui, par l'offre ou l'octroi d'un avantage indu, veut faire en sorte que la personne corrompue viole les devoirs (de fonction) qui lui incombent. **Toute personne**, donc toute personne physique, peut être corrupteur et donc auteur d'un délit de corruption active. 6

2. Personne morale

La situation est plus nuancée en ce qui concerne les personnes morales. Conformément à l'art. 102 al. 2 CP, les personnes morales peuvent en principe être punissables dans le cadre de ce que l'on appelle la punissabilité concurrente de l'entreprise (cf. sur la punissabilité subsidiaire de l'entreprise, OK-Baumgartner/Hurni, art. 322quater CP n. 4 s.). Il y a punissabilité *concurrente* de l'entreprise selon l'art. 102 al. 2 CP lorsqu'on peut reprocher à l'entreprise de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation nécessaires et raisonnables pour empêcher précisément la commission d'une infraction figurant dans la liste. Comme la corruption active d'agents publics au sens de l'art. 322ter CP est une telle infraction catalogue, la possibilité de punir l'entreprise de manière concurrente est possible **indépendamment** de la punissabilité d'une personne physique. 7

Il reste seulement à noter ici que la punissabilité concurrente de l'entreprise selon l'art. 102 al. 2 CP n'est pas une infraction autonome, mais une norme d'imputation. Cela signifie qu'en présence des éléments constitutifs de l'art. 102 al. 2 CP, l'entreprise n'est pas pour autant qualifiée de « corrupteur ». Le corrupteur est toujours la personne physique. Le reproche adressé à l'entreprise sur la base de l'art. 102 al. 2 CP n'est donc pas non plus que l'entreprise, en tant que corrupteur, remplit les éléments constitutifs de la 8

corruption d'agents publics, mais plutôt qu'elle n'a pas pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle pour empêcher qu'une personne physique ne commette un acte de corruption au sein de l'organisation de l'entreprise dans l'exercice de ses activités commerciales.

B. Personne corrompue (objet de l'infraction)

9 Une éventuelle punissabilité d'une corruption d'agent public ne peut exister que dans la mesure où la communication de corruption (cf. n. 39 ss, selon laquelle le délit de corruption est, selon l'opinion défendue ici, un délit de communication) est faite **à l'égard d'un agent public**. Sont considérés comme agents publics les fonctionnaires au sens de l'art. 110 al. 3 CP ainsi que les autres titulaires de fonctions énumérés à l'art. 322ter CP. Il s'agit d'une liste exhaustive.

1. Membre d'une autorité judiciaire ou autre

10 Est considérée comme membre d'une autorité judiciaire ou autre toute personne siégeant dans un organe du pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire de l'État. Le fait que cet organe soit collégial ou non ne joue aucun rôle. Selon le point de vue défendu ici, cela signifie que la terminologie de « membre » doit être comprise de manière non technique et que l'appartenance à une autorité judiciaire se réfère à l'appartenance à l'ensemble du tribunal et non à une formation de jugement individuelle. Ainsi, il est garanti qu'un juge unique, par exemple, peut être qualifié de membre d'une autorité judiciaire et donc être corrompu. Cette notion englobe donc, par exemple, les juges, les parlementaires, les magistrats ainsi que les membres des conseils religieux, scolaires et autres.

11 Souvent, ce type d'agents publics devrait également remplir la notion de fonctionnaire au sens de l'art. 110 al. 3 CP.

2. Notion de fonctionnaire

12 L'art. 110 al. 3 CP définit les fonctionnaires comme des employés d'une administration publique et de l'administration de la justice ainsi que comme des personnes qui occupent provisoirement une fonction ou qui sont engagées provisoirement par une administration publique ou l'administration de la justice ou qui exercent temporairement des fonctions officielles. Pour qu'il y ait statut de fonctionnaire, il est donc essentiel que la fonction confiée

soit de nature officielle. Une telle fonction officielle existe toujours lorsque la fonction a été confiée pour l'accomplissement d'une tâche publique incombant à la collectivité. Dans l'affaire Pierre Maudet, le Tribunal fédéral a ensuite constaté qu'un « candidat à une fonction publique » ne pouvait pas être assimilé à un titulaire de fonction en exercice. Dans la mesure où une personne a un double statut, celui de titulaire d'une fonction publique et celui de candidat à une future élection, il convient de distinguer si l'avantage est lié au statut de titulaire d'une fonction publique ou au statut de candidat à une future élection.

Les personnes privées qui accomplissent des tâches publiques sont assimilées aux agents publics (cf. art. 322^{decies} al. 2 CP). Cette assimilation découle déjà de l'interprétation de la notion de fonctionnaire selon l'art. 110 al. 3 CP, selon laquelle le code pénal suisse part d'une **notion institutionnelle et d'une notion fonctionnelle de fonctionnaire**. 13

Sont considérés comme **des fonctionnaires institutionnels** tous les organes qui, en vertu du droit applicable, accomplissent des tâches publiques avec des compétences relevant de la puissance publique. Cela comprend notamment tous les organes de la collectivité publique qui représentent l'organisation de l'Etat et de l'administration vis-à-vis de l'extérieur. 14

Sont en revanche considérées comme **des agents publics fonctionnels** toutes les personnes qui sont chargées de l'exécution d'une tâche publique, indépendamment de la forme juridique du contrat ou du lien avec l'Etat. Il s'agit le plus souvent de personnes employées par une entreprise proche de l'Etat chargée d'accomplir une tâche publique. Les indices permettant de conclure à l'existence d'une fonction publique sont par exemple une majorité d'actions détenues par l'Etat dans le groupe, le contrôle de la majorité des voix ainsi qu'une influence de l'Etat sur la nomination des organes de direction de cette société. Dans l'arrêt dit « Gazprom », le Tribunal pénal fédéral a en outre constaté que le droit des Etats étrangers devait également être pris en compte pour déterminer si une entreprise exerce des tâches publiques. La prise en compte des fonctionnaires dans le droit pénal va donc relativement loin. 15

Sont également considérés comme des fonctionnaires les juges privés extra-étatiques désignés **par accord entre les parties** pour arbitrer ou trancher des litiges (de droit privé). La mention explicite des arbitres dans le texte de l'art. 16

322ter CP est nécessaire, car les arbitres n'exercent pas de souveraineté, même en cas de sentence arbitrale exécutoire. Les « impartiaux » lors de compétitions sportives ne comptent pas comme arbitres au sens de l'art. 322ter CP ; le cas échéant, les éléments constitutifs de l'infraction de corruption privée selon l'art. 322octies s. CP peuvent toutefois être remplis en cas d'octroi d'avantages indus à des impartiaux.

3. Experts officiellement désignés

17 Par experts officiellement désignés, on entend **les spécialistes** qui, en raison de leurs connaissances particulières dans un domaine spécifique, prêtent leur concours aux autorités judiciaires pour établir des faits juridiquement pertinents.

4. Traducteurs et interprètes commis d'office

18 Sont considérés comme traducteurs et interprètes commis d'office les auxiliaires des autorités et des tribunaux qui traduisent des déclarations et des documents en langue étrangère. Le droit de procédure cantonal et fédéral détermine les modalités.

5. Membres de l'armée

19 Sont considérées comme membres de l'armée toutes les personnes qui effectuent un **service militaire** en vertu de l'obligation générale de servir ou à titre volontaire. En font partie tous les officiers, sous-officiers, appointés et soldats de l'armée, du service féminin militaire et du service de la Croix-Rouge.

20 Les membres de l'armée ne sont mentionnés que pour les délits de corruption active, car la punissabilité de la corruption passive par des membres de l'armée est exclusivement régie par les art. 142 s. CPM. CPM sont réglés.

III. AVANTAGE INDU

A. Avantage

21 Le **moyen d'** infraction des délits de corruption est l'avantage indu que la personne qui corrompt accorde à la personne corrompue. Sont visés aussi

bien les avantages en faveur de la personne corrompue elle-même que ceux en faveur d'un tiers.

Sont considérés comme avantages indus tous les dons non rémunérés, **qu'ils soient de nature matérielle ou immatérielle**. 22

1. Avantage matériel

L'avantage est matériel lorsqu'il entraîne une **amélioration** économique ou juridique objectivement mesurable. On pense en premier lieu aux prestations en espèces, aux prestations en nature ou aux avantages ayant une certaine valeur marchande, ainsi qu'à l'abandon de créances. L'amélioration juridique peut notamment consister en l'évitement d'une peine ou en la prolongation d'un délai. Dans la pratique, on essaie souvent de camoufler la gratuité de la libéralité par la conclusion d'actes fictifs. Les contrats de conseil fictifs, les factures surévaluées ou l'octroi de prêts non conformes au marché sont des pratiques courantes. De telles transactions sont qualifiées d'avantages lorsque la prestation et la contre-prestation ne correspondent pas économiquement. Les conditions habituelles du marché doivent alors servir de critère. 23

2. Avantage immatériel

Un avantage est immatériel lorsqu'il s'agit d'avantages sociaux ou professionnels, d'un soutien électoral, d'un mariage avantageux, d'une promotion et d'honneurs ou de faveurs sexuelles. La doctrine **critique** cette définition **comme étant trop large**, car tout peut en fait être considéré comme un avantage immatériel. De plus, la plupart des avantages immatériels sont au moins indirectement mesurables matériellement. 24

Ne sont pas considérés comme des avantages immatériels le fait d'accepter un barbecue commun ou une sortie. 25

Selon l'opinion défendue ici, il n'est pas déterminant, pour admettre l'existence d'un avantage, de savoir si cet avantage peut être obligatoirement qualifié de matériel ou d'immatériel. Ce qui est déterminant, c'est que le bénéficiaire de la subvention ressente une amélioration juridique, économique ou personnelle objectivement mesurable grâce à l'octroi de cet avantage. 26

3. Autres remarques

27 La simple **compensation de dépenses occasionnées** au bénéficiaire par l'exécution d'un acte contraire à ses obligations ou relevant de son pouvoir d'appréciation ne constitue pas un avantage, car il n'y a pas d'amélioration juridique ou factuelle. Le remboursement (a posteriori) de frais effectivement engagés et supportés par le bénéficiaire lui-même, même à l'occasion d'un acte administratif contraire à ses devoirs, ne constitue donc pas une libéralité. Toutefois, si le donateur dépasse, même de manière minime, les dépenses du bénéficiaire, cela doit être considéré comme un avantage. En outre, il convient de souligner que l'octroi ultérieur d'un avantage pour un manquement au devoir commis antérieurement ne constitue pas un acte de corruption.

28 Cela résulte de ce que l'on appelle **l'exigence de futur**. Cela signifie que l'octroi de l'avantage indu doit viser un acte ou une omission contraire aux devoirs de l'agent public qui n'aura lieu qu'à l'avenir. La question de savoir si la corruption d'agent public requiert une exigence de caractère futur est controversée dans la doctrine ; alors qu'une partie de la doctrine rejette l'exigence de caractère futur, d'autres voix dans la doctrine et la jurisprudence critiquent fortement cette opinion.

29 L'art. 135 al. 1 aCP prévoyait encore expressément que l'acte administratif contraire aux obligations devait être un acte administratif futur. Bien que cette disposition expresse ait été abrogée lors de la révision du droit pénal de la corruption, il convient, selon le point de vue défendu ici, de **maintenir** impérativement l'exigence du caractère futur. Une récompense ultérieure d'un acte ou d'une omission contraire aux devoirs de l'agent public n'est pas en mesure de toucher le bien juridique protégé en l'espèce, car la confiance de la collectivité dans l'objectivité de l'activité officielle n'est justement pas attaquée par un acte de corruption.

30 En cas d'abandon de la condition de l'avenir, il serait en outre douteux qu'il puisse y avoir un **rapport d'équivalence** (cf. à ce sujet n. 49 ss; une punissabilité sur la base de l'octroi d'un avantage selon l'art. 322^{quinquies} CP est éventuellement envisageable, cf. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322^{decies} N. 2 ff.)

31 Il suffit qu'une activité contraire aux devoirs ait lieu sans l'octroi d'un avantage indu, mais qu'un tel avantage ait déjà **été convenu**, pour satisfaire aux

exigences de la condition de l'avenir. Ce cas de figure répond à l'infraction de promesse d'un avantage indu (cf. n. 37).

B. Inconvenance

Pour que l'octroi d'un avantage dans le cadre de la corruption d'agents publics soit punissable, il doit s'agir d'un avantage indu. 32

Un avantage est indu lorsque le bénéficiaire de l'avantage **n'a pas le droit de** l'accepter. « Inconvenant » et “illicite” peuvent donc être utilisés comme synonymes. 33

En revanche, pour qu'un avantage soit légitime, il n'est pas nécessaire que l'agent public ait un droit légal direct à l'acceptation de l'avantage. Ainsi, les avantages accordés sur la base d'un contrat sont également légitimes, pour autant que la loi ou les règles administratives des autorités (code de conduite) le permettent. En outre, l'art. 322^{decies} al. 1 CP contient des dispositions spéciales sur les avantages approuvés par un tiers ou de faible importance et conformes aux usages sociaux, qui ne sont jamais indus (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322^{decies} n. 2 ss.). 34

IV. ACTE DE L'INFRACTION

L'acte au sens strict consiste enfin en l'offre, la promesse ou l'octroi de l'avantage indu par le corrupteur à l'agent public, en sa faveur ou en faveur d'un tiers. L'acte peut être explicite ou implicite. 35

A. Offrir, promettre ou accorder

La variante d'action consistant à **offrir** comprend la proposition de conclure un contrat de corruption. Il s'agit donc d'une déclaration de volonté unilatérale de la part du corrupteur, dont le contenu est d'accorder au destinataire un avantage indu pour un acte ou une omission contraire aux devoirs de l'agent public. L'offre d'un avantage indu est une déclaration de volonté qui doit être reçue ; le corrupteur est tenu de fournir l'avantage en acceptant l'offre. La question de savoir si la prestation contractuelle d'un avantage indu par l'acceptation de l'offre par l'agent public peut faire l'objet d'une exécution (forcée) sur le plan du droit civil n'est pas décisive. 36

37 L'alternative de l'acte de la **promesse** représente le stade contractuel (de négociation) au cours duquel l'avantage indu a été *offert* et *accepté* par le bénéficiaire potentiel de l'avantage. Les parties ont donc convenu de l'acte d'engagement corrupteur. Le stade avancé de la corruption par rapport à la variante de l'acte consistant à offrir l'avantage indu n'a aucune influence sur le niveau abstrait de la peine. Tout au plus, le stade avancé de l'infraction est pris en compte dans le cadre de la gravité objective de l'élément constitutif de l'infraction, ce qui augmente la peine.

38 Enfin, on parle de la variante d'acte consistant à **octroyer** un avantage indu lorsque, après le stade de la *promesse* d'un avantage indu, cet avantage est également remis. Le corrupteur exécute alors la prestation convenue et due dans le cadre du contrat de corruption avec l'agent public en faveur de ce dernier ou d'un tiers. Le message relatif à la révision du droit pénal de la corruption énumère déjà les avantages indus accordés aux proches d'un agent public comme un acte punissable. Des difficultés de délimitation apparaissent notamment lorsque l'avantage indu est offert, promis ou octroyé à une organisation sociale ou à but idéal dont l'agent public n'est pas proche. Selon le point de vue défendu ici, la notion de tiers doit impérativement être interprétée de manière large. Ainsi, la confiance du public dans l'objectivité des activités officielles est également lésée lorsque l'agent public prend une décision discrétionnaire sur la base d'incitations non objectives en faveur d'une organisation à but idéal dont l'agent public est proche sans raisons objectives. On peut penser ici, par exemple, à un accord selon lequel l'agent public, grand supporter d'un club de football, effectue un acte discrétionnaire en faveur d'une personne corrompue qui, en contrepartie, verse une somme d'argent à ce club de football. Il s'agit ici d'un avantage indu en faveur d'une organisation sociale qui n'est pas proche de l'agent public pour des raisons objectives.

B. Tentative

39 La manière dont une tentative de corruption d'agent public doit être conçue, respectivement l'intensité ou la précision avec laquelle l'agent public doit avoir reçu l'offre de corruption, n'est pas entièrement clarifiée. Les variantes de l'offre et de la promesse constituent toutes deux la promesse d'un avantage, sans que l'avantage ait (déjà) été transmis. L'acceptation de l'offre par l'agent public n'est pas nécessaire pour que le délit soit consommé ; il

suffit que l'offre soit effectivement parvenue à l'agent public. Le délit est **consommé** avec l'offre et la réception de l'offre. En revanche, la question de savoir si l'agent public doit avoir effectivement pris connaissance de l'offre est controversée. Selon le point de vue défendu ici, il n'existe pas d'arguments convaincants expliquant pourquoi l'alternative de l'acte d'offre nécessite que l'agent public prenne connaissance de l'offre pour que celle-ci soit consommée. Au contraire, il doit suffire que l'offre de corruption parvienne dans la zone d'accès de l'agent public pour que l'alternative de l'offre soit réalisée ; dans ce cas, le corrupteur a fait tout ce qui est nécessaire de son côté pour réaliser le délit. Les délits de corruption sont donc des **délits de communication**.

Cela signifie que, selon les auteurs, une tentative de corruption active d'agent public ne peut être possible que si l'offre faite **n'atteint pas** l'agent public, quelle qu'en soit la raison, ou si elle n'a pas pu pénétrer dans la zone d'accès de l'agent public. Dès que l'offre de corruption a atteint la zone d'accès de l'agent public, l'acte du corrupteur est consommé et celui-ci doit être sanctionné pour corruption active d'agent public consommée. Dans les alternatives de la promesse et de l'octroi, l'agent public a obligatoirement pris connaissance de l'offre du corrupteur et l'a même acceptée, raison pour laquelle la question discutée ci-dessus concernant ces alternatives ne se pose pas. En cas d'affirmation de ces alternatives d'action, il y a toujours un délit consommé (et terminé). 40

Tant que le corrupteur n'a pas encore commencé à communiquer l'avantage indu à l'agent public, il ne s'agit que d'un **acte préparatoire non punissable**. On peut penser, par exemple, au cas où le corrupteur a écrit et signé une lettre proposant un avantage indu à l'agent public, mais ne l'a pas encore envoyée. Dans ce cas, il s'agit d'un acte préparatoire non punissable. Dès que l'auteur de la corruption a envoyé la lettre, mais que la poste la perd, il y a tentative de corruption active d'agent public. Si la poste distribue la lettre et que l'agent public la reçoit, il s'agit dans ce cas d'une corruption active d'agent public consommée et punissable ; ceci est également valable si l'agent public met la lettre au vieux papier sans l'ouvrir. 41

V. CONTREPARTIE

La promesse, l'offre ou l'octroi de l'avantage indu doit être lié à une contrepartie de l'agent public qui découle de son activité officielle. 42

A. Lien avec l'activité officielle

43 La contrepartie de l'agent public doit être liée à son activité officielle, sans quoi il ne peut y avoir de corruption d'agent public. Dans un tel cas, il faudrait tout au plus examiner la corruption privée, dans la mesure où l'agent public se trouve dans une relation supplémentaire de droit privé avec un principal.

44 La doctrine dominante suit une définition large de l'acte officiel. Il n'y a donc pas toujours un lien avec l'activité de l'office uniquement lorsque l'agent public agit **dans le cadre de son domaine de compétence proprement dit**, mais cela peut déjà être le cas lorsque l'acte de l'agent public est possible simplement en raison de sa position au sein de l'office. Par conséquent, il suffit que les actes soient accomplis en dehors du domaine de compétence de l'agent public pour qu'il y ait un lien avec l'activité de l'office, pour autant que l'imputabilité à « son » autorité soit possible. Une compétence décisionnelle proprement dite de l'agent public dans une affaire concrète n'est pas nécessaire.

B. Contrepartie au sens strict

45 L'acte ou l'omission exécuté ou exigé par l'agent public doit soit **être contraire à ses devoirs, soit relever de** son **pouvoir d'appréciation**.

1. Décisions ou omissions contraires aux obligations

46 Un acte ou une omission d'un agent public est contraire à ses devoirs, dans la mesure où il **contrevient** à une **norme** (de droit public) qui décrit le comportement conforme aux devoirs de l'agent public. La violation d'une directive de service ou d'une ordonnance administrative peut également constituer un manquement aux devoirs. Les activités purement extra-professionnelles ne constituent en revanche pas un manquement aux obligations.

47 Un cas particulier se présente en ce qui concerne les **arbitres**, car leur comportement conforme aux devoirs découle exclusivement de normes de droit privé ou de dispositions contractuelles. Dans ce cas, les normes de droit privé et les dispositions contractuelles doivent être considérées comme des devoirs de fonction et leur violation par l'arbitre constitue un manquement aux obligations relevant du droit de la corruption.

2. Décisions discrétionnaires

La corruption d'agent public couvre également les actes ou omissions qui relèvent du**pouvoir d'appréciation de l'agent public** . Les décisions discrétionnaires sont toujours couvertes par la corruption d'agents publics, même si la décision discrétionnaire n'est pas contestable sur le fond ; l'existence d'un excès, d'une insuffisance ou d'un abus de pouvoir ou d'une inopportunité n'est pas requise. Par conséquent, la décision discrétionnaire est toujours considérée comme relevant du droit pénal de la corruption dès lors qu'elle repose sur des motifs étrangers à l'affaire ou sur une procédure erronée. 48

C. Rapport d'équivalence

Enfin, il ne peut y avoir corruption au sens pénal du terme que s'il existe un rapport d'équivalence entre l'avantage indu accordé par le corrupteur au bénéficiaire de l'avantage et la contrepartie fournie par l'agent public. L'agent public doit justement fournir sa contre-prestation, c'est-à-dire son activité officielle, en raison de la prestation de l'auteur de la corruption. Il doit donc y avoir **un véritable accord illicite** entre le corrupteur et l'agent public. 49

Il y a rapport d'équivalence lorsque l'avantage indu est offert précisément pour l'acte ou l'omission contraire aux devoirs de l'agent public. En d'autres termes, l'avantage doit être accordé **en** échange d'une violation d'obligation ou d'une décision discrétionnaire suffisamment déterminée ou déterminable. Il n'est toutefois pas nécessaire que cet acte contraire aux devoirs soit déjà concrètement établi dans le détail. 50

Pour la preuve d'un rapport d'équivalence, il n'est pas exigé que l'accord illicite soit concrètement déterminé pour chaque avantage et chaque acte contraire aux devoirs. Il suffit que l'acte de l'agent public soit déterminé **, de par sa nature**, par la convention d'injustice. Ce point de vue est également soutenu par la doctrine dominante, qui exige que la contrepartie soit déterminable, suffisamment définie ou connue au moins dans les grandes lignes dans son contenu matériel. 51

Les relations amicales entre le corrupteur et l'agent public n'excluent pas la corruption suite à l'octroi d'un avantage indu. Un rapport d'équivalence peut également exister dans une telle constellation. 52

VI. ELÉMENTS SUBJECTIFS DE L'INFRACTION

53 La corruption active d'agents publics est un délit intentionnel, le dol éventuel étant également suffisant. La connaissance et la volonté du corrupteur doivent se rapporter à la réalisation de tous les éléments constitutifs objectifs de l'infraction, dont notamment le rapport d'équivalence.

VII. CONCURRENCE

54 L'art. 322ter CP prime sur l'art. 168 CP (Corruption dans le cadre de l'exécution forcée).

55 L'art. 322ter CP exclut l'art. 322^{quniquies} CP en tant qu'infraction subsidiaire.

56 L'art. 322ter CP et l'art. 322^{quater} CP sont conçus en miroir, raison pour laquelle il n'est pas possible de fonder une participation ou une complicité à l'infraction inverse. Si la personne corrompue commet un acte punissable à la suite de la corruption, la corruption se trouve en concurrence idéale avec l'incitation à commettre un acte punissable. Les actes punissables envisageables sont l'art. 293 CP (publication de débats officiels secrets), l'art. 305 CP (favoritisme), l'art. 307 CP (faux témoignage), l'art. 312 CP (abus d'autorité), l'art. 314 CP (gestion déloyale des affaires publiques), l'art. 317 CP (faux dans les titres commis dans l'exercice de fonctions publiques), l'art. 319 CP (évasion de prisonniers) et l'art. 320 CP (violation du secret de fonction).

57 Le rapport entre l'art. 322ter CP et la corruption d'agents publics étrangers ou la corruption de personnes privées est controversé dans la doctrine. Ainsi, Pieth admet une véritable concurrence en raison des différents biens juridiques. En revanche, Hilti estime qu'il n'y a pas de concurrence, car les infractions s'excluent mutuellement. Ce point de vue doit être suivi. Ainsi, il y a soit corruption d'un agent public suisse, soit corruption d'un agent public étranger. Si la personne impliquée dans la corruption ne peut pas être classée dans la catégorie des agents publics, il y a corruption d'une personne privée.

BIBLIOGRAPHIE

Arzethauser Martin, Die Vorteilsgewährung bzw. die Vorteilsannahme nach dem revidierten Schweizerischen Korruptionsstrafrecht unter besonderer Berücksichtigung der unteren Begrenzung der Strafbarkeit im Rahmen der

Sozialadäquanz und der freiwilligen Mitfinanzierung öffentlicher Aufgaben, Basel, 2001.

Arzt Gunther, Über Korruption, Moral und den kleinen Unterschied, recht 2001, S. 41-50 (zit. Arzt, Moral).

Arzt Gunther, Unternehmensstrafbarkeit, Fernwirkungen im materiellen Strafrecht, recht 2004, S. 213-223 (zit.: Arzt, Unternehmensstrafbarkeit).

Balmelli Marco, Die Bestechungstatbestände des schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1996.

Baudenbacher Carl/Glöckner Jochen, Kommentierung zu Art. 4 UWG, in: Baudenbacher Carl (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, Kommentar zum UWG, Basel 2001.

Cassani Ursula, Le droit pénal suisse face à la corruption de fonctionnaires, plädoyer 3(1997), S. 44-48.

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017.

Frick Tanja, Auswirkungen einer Bestechung auf ein Vertragsverhältnis, Zürich 2004.

Gerber Rudolf, Zur Annahme von Geschenken durch Beamtete des Bundes, ZStrR 1979, S. 243-263.

Gfeller Diego R., Die Privatbestechung, Art. 4a UWG, Konzeption und Kontext, Basel 2010.

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322ter StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Isenring Bernhard, Kommentierung zu Art. 322ter StGB, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, StGB, 21. Aufl., Zürich 2022.

Jositsch Daniel, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, Zürich 2004 (zit.: Jositsch, Korruptionsstrafrecht).

Jositsch Daniel, Der Tatbestand des Anfütterns im Korruptionsstrafrecht, ZStrR 2000, S. 53-66 (zit. Jositsch, Anfüttern).

Jositsch Daniel, Der Tatbestand der Privatbestechung, sic! 2006, S. 829-838 (zit.: Jositsch, Tatbestand).

Kaiser Rudolf, Drittmittel, Sponsoring und Fundraising, ZStStr Band 49, Zürich et al. 2008 (zit. Kaiser, Sponsoring).

Mausbach Julian/Straub Peter, Kommentierung zu Art. 110 StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Meili Raffael, Strafrechtliche Bekämpfung der Privatbestechung, Zürich 2018.

Meise Barbara/Huguenin Claire, Kommentierung zu Art. 19/20 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, OR I, 7. Aufl., Basel 2020.

Mingard Roxanne, L'avantage indu dans les infractions relatives à la corruption, ZStrR 2 (2010), Zürich 2010.

Müller Christof, Die Bestechung gemäss Art. 4 lit. b UWG, Bamberg 1997.

Niggli Marcel Alexander/Gfeller Diego R., Kommentierung zu Art. 102 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB I, 4. Aufl., Basel 2019.

Niggli Marcel Alexander/Mäder Stefan, Unternehmensstrafrecht, in: Ackermann Jürg (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, S. 195-238.

Oberholzer Niklaus, Kommentierung zu Art. 110 Abs. 3 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB I, 4. Aufl., Basel 2019.

Perrin Bertrand, La répression de la corruption d'agents publics étrangers en droit pénal suisse, Basel 2008.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322ter StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322^{octies} StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark, Korruptionsstrafrecht, in: Ackermann Jürg (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, S. 803-846 (zit.: Pieth, Wirtschaftsstrafrecht).

Pieth Mark, Plädoyer für die Reform der strafrechtlichen Unternehmenshaftung, Jusletter 19.2.2018 (zit. Pieth, Unternehmenshaftung).

Steinbeisser Adrian, Die Bestechung von Bediensteten in obligationen-, arbeits- und wettbewerbs-rechtlicher Hinsicht, Basel 1977.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil Bd. 2, 7. Aufl., Bern 2013.

Tercier Pierre, La corruption et le droit des contrats, SJ 1999 II, S. 225-271.

Trechsel Stefan, Kommentierung zu Vor Art. 322ter StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar, StGB, 4. Aufl., Zürich et al. 2021.

Trechsel Stefan/Jean-Richard Marc, Kommentierung zu Art. 322ter StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar, StGB, 4. Aufl., Zürich et al. 2021.

Vasella Juana, Zivilrechtlicher Schutz vor Korruption im Privatsektor, in: Vasella Juana (Hrsg.), Von A wie Arbitration über T wie Transport bis Z wie Zivilprozess, Liber discipulorum für Prof. Dr. Andreas Furrer zum 55. Geburtstag, Bern 2018, S. 71-102.

Weber Daniel S./Baumgartner Loris, Zur Schutznormqualität von Art. 102 Abs. 2 StGB, AJP 2023, S. 437-445.

MATÉRIAUX

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Korruptionsstrafrechts) sowie über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 19.4.1999, BBl 1999 5497 ff., abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1999/1_5497_5045_4721/de, besucht am 20.11.2023, (zit. Botschaft Revision).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 322quater CP

Un commentaire de Loris Baumgartner / Marco Hurni

PROPOSITION DE CITATION

Loris Baumgartner/Marco Hurni, Commentaire de l'art. 322quater CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (édit.), Commentaire en ligne du Code pénal suisse

Citation abrégée: Baumgartner/Hurni, art. 322quater CP N. XXX.

Corruption passive

Art. 322quater

Quiconque, en tant que membre d'une autorité judiciaire ou autre, en tant que fonctionnaire, en tant qu'expert, traducteur ou interprète commis par une autorité, ou en tant qu'arbitre, sollicite, se fait promettre ou accepte un avantage indu, en sa faveur ou en celle d'un tiers, pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui est contraire à ses devoirs ou dépend de son pouvoir d'appréciation,

est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

TABLE DES MATIÈRES

I. Remarques préliminaires 155
II. Bien juridique protégé 155
III. Auteur de l'infraction 155
IV. Avantage indu 156
V. Acte constitutif 156
VI. Contrepartie 157
VII. Eléments subjectifs de l'infraction 157
VIII. Concours 157
Bibliographie 158

I. REMARQUES PRÉLIMINAIRES

La corruption passive d'agents publics est l'**élément constitutif symétrique** de la corruption active d'agents publics et punit l'agent public qui sollicite, se fait promettre ou accepte un avantage indu en contrepartie de l'accomplissement d'un acte officiel contraire à ses devoirs ou dépendant de son pouvoir d'appréciation. 1

II. BIEN JURIDIQUE PROTÉGÉ

Le bien juridique protégé est **identique** à celui de la corruption active d'agents publics (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 1 ss.). 2

III. AUTEUR DE L'INFRACTION

L'auteur de la corruption passive d'agents publics est l'agent public (cf. la liste de OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 10 ss). Seule une personne occupant une fonction peut être punie pour corruption passive d'agent public. L'art. 322^{quater} CP est donc un **délit spécial**. 3

Dans le cadre de la **punissabilité** subsidiaire **des entreprises**, il est théoriquement concevable qu'une entreprise puisse également se rendre punissable de corruption passive d'agents publics au sens de l'art. 102 al. 1 CP, notamment lorsqu'il s'agit d'entreprises étatiques ou d'entreprises d'économie mixte. Le fait que la collectivité publique exerce un contrôle sur l'entreprise et que celle-ci assume une fonction publique est déterminant pour la qualification d'entreprise d'Etat ou d'entreprise d'économie mixte. On peut penser par exemple à des établissements de droit public comme la SUVA ou à des sociétés de droit spécial comme les Chemins de fer fédéraux CFF, La Poste Suisse SA, Swisscom SA ou à des sociétés anonymes de droit des obligations dans lesquelles la collectivité publique contrôle la société, comme par exemple l'aéroport de Zurich SA. Selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, les banques cantonales ne devraient en revanche pas être considérées comme des entreprises publiques, malgré une base légale spéciale. 4

Il va de soi que dans un tel cas, les conditions (strictes) de la punissabilité subsidiaire de l'entreprise selon l'art. 102 al. 1 CP doivent être examinées. Ces 5

conditions sont remplies lorsqu'une personne physique commet un délit dans l'exercice d'activités commerciales dans le cadre du but de l'entreprise pour l'entreprise d'Etat et qu'en raison d'un **manque d'organisation**, il n'est pas possible d'attribuer ce délit ou l'acte ou l'omission à une personne physique concrète. L'application de la punissabilité subsidiaire de l'entreprise est donc théoriquement envisageable pour la corruption passive d'agents publics selon l'art. 322^{quater} CP. Dans la pratique, en revanche, la punissabilité subsidiaire des entreprises ne devrait guère être appliquée, car les exigences relatives à la preuve de la commission du délit par une personne physique (inconnue) en tant que condition objective de punissabilité sont de fait impossibles à prouver pour les autorités de poursuite pénale.

IV. AVANTAGE INDU

6 La notion d'avantage indu correspond à celle de la corruption active d'agent public (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 21 ss.).

V. ACTE CONSTITUTIF

7 L'acte consiste à exiger, à se faire promettre ou à accepter l'avantage indu de la part de l'agent public.

8 La **sollicitation** est une déclaration de volonté unilatérale de l'agent public, selon laquelle celui-ci demande à l'auteur de la corruption de lui fournir un avantage indu. La communication d'une telle sollicitation peut être expresse ou implicite. Le délit est consommé dès que la demande a atteint son destinataire. Par conséquent, il ne peut y avoir tentative que si l'agent public a envoyé la sommation au destinataire, mais que celle-ci, pour quelque raison que
ce soit, n'atteint pas le destinataire ou n'entre pas dans sa zone d'accès (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 39 ss.).

9 Par l'acte de **se faire promettre**, on entend l'acceptation expresse ou implicite d'une offre de corruption. L'avantage indu est versé ultérieurement.

10 L'acte d'**acceptation** d'un avantage indu est réalisé lorsque l'agent public a reçu l'avantage indu. On peut imaginer la situation où l'agent public ne réalise qu'il s'agit d'un avantage indu qu'après l'avoir accepté. Dans une telle situation, la doctrine estime que l'élément constitutif de l'acceptation d'un avantage

indu est rempli dans la mesure où l'agent public en tire un bénéfice. Selon l'opinion défendue ici, tous les délits de corruption sont des délits de communication (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter CP n. 39). Avec l'acceptation d'un avantage indu, l'infraction est consommée. Selon le point de vue défendu ici, il doit suffire que la personne corrompue veuille subjectivement tirer profit de l'avantage indu ou que la personne corrompue parte subjectivement du principe qu'il peut tirer profit de l'avantage indu, même si cela n'est objectivement pas possible. Tel est le cas lorsque l'agent public reconnaît le caractère d'avantage indu de la prestation et qu'il ne la restitue ni ne la remet à la direction de l'office, mais qu'il a l'intention d'accomplir par la suite un acte officiel contraire à ses devoirs. Si toutefois l'agent public reste convaincu de l'admissibilité de l'avantage, il convient d'examiner un tel état de fait selon les règles de l'erreur sur les faits, conformément à l'art. 13 CP.

VI. CONTREPARTIE

Les éléments constitutifs de l'acte contraire aux devoirs de l'activité officielle, respectivement le rapport d'équivalence, correspondent à ceux de la corruption active d'agents publics (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter N. 42 ss.). 11

VII. ELÉMENTS SUBJECTIFS DE L'INFRACTION

D'un point de vue subjectif, l'intention est nécessaire, le dol éventuel étant suffisant. Le dol éventuel est par exemple envisageable dans les cas où l'agent public n'exprime qu'incidemment l'offre de corruption ou la disposition à corrompre à la personne corrompue lors d'une conversation, mais que l'agent public s'accommode du fait que la personne corrompue perçoive ces propos. Le fait que l'agent public ait l'intention de se laisser effectivement influencer par l'avantage indu ne joue aucun rôle, car l'exécution effective de l'acte contraire aux devoirs n'est pas nécessaire pour que les éléments constitutifs de l'infraction soient réunis (cf. N. 6 ss.). 12

VIII. CONCOURS

Cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 56 concernant le rapport avec l'art. 322quater. 13

14 L'art. 322^{sexies} est supplanté par l'art. 322^{quater} en tant qu'état de fait subsidiaire.

15 En ce qui concerne les infractions contre les devoirs de fonction et de profession, il existe une véritable concurrence en raison des biens juridiques protégés différents (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 56).

16 Le rapport entre l'art. 168 al. 3 et l'art. 322^{quater} est controversé, mais on peut en principe partir du principe que l'art. 322^{quater} prévaut en raison de la menace de peine plus élevée.

BIBLIOGRAPHIE

Balmelli Marco, Die Bestechungstatbestände des schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1996.

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322^{quater} StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Isenring Bernhard, Kommentierung zu Art. 322^{quater} StGB, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, StGB, 21. Aufl., Zürich 2022.

Jositsch Daniel, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, Zürich 2004.

Kaiser Rolf, Die Bestechung von Beamten unter Berücksichtigung des Vorentwurfs zur Revision des schweizerischen Korruptionsstrafrechts, Zürich 1999.

Niggli Marcel Alexander/Mäder Stefan, Unternehmensstrafrecht, in: Ackermann Jürg (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, S. 195-238.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322^{quater} StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark, Korruptionsstrafrecht, in: Ackermann Jürg (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, S. 803-846 (zit. Pieth, Wirtschaftsstrafrecht).

Weber Daniel S./Baumgartner Loris, Zur Schutznormqualität von Art. 102 Abs. 2 StGB, AJP 2023, S. 437-445.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 322quinquies CP

Un commentaire de Loris Baumgartner / Marco Hurni

PROPOSITION DE CITATION

Loris Baumgartner/Marco Hurni, Commentaire de l'art. 322quinquies CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (édit.), Commentaire en ligne du Code pénal suisse

Citation abrégée: Baumgartner/Hurni, art. 322quinquies CP N. XXX.

Octroi d'un avantage

Art. 322^{quinquies}

Quiconque offre, promet ou octroie un avantage indu à un membre d'une autorité judiciaire ou autre, à un fonctionnaire, à un expert, un traducteur ou un interprète commis par une autorité, à un arbitre ou à un militaire, en faveur de cette personne ou d'un tiers, pour qu'il accomplisse les devoirs de sa charge est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

TABLE DES MATIÈRES

I. Remarques préliminaires 161
II. Bien juridique protégé 161
III. Personnes impliquées 161
IV. Avantage indu 161
V. Acte constitutif 161
VI. En ce qui concerne l'exercice de la fonction 161
VII. Eléments subjectifs de l'infraction 162
VIII. Concurrence 162
Bibliographie 162

I. REMARQUES PRÉLIMINAIRES

Les éléments constitutifs de l'infraction d'octroi et d'acceptation d'un avantage selon l'art. 322quinquies s. CP règlent ce que l'on appelle **l'alimentation** par des « cadeaux » et des « paiements de goodwill » non spécifiques, qui ne sont pas directement liés à un acte officiel, mais qui sont simplement accordés en vue d'un tel acte. 1

II. BIEN JURIDIQUE PROTÉGÉ

Le bien juridique protégé est **identique** à celui de la corruption active d'agents publics (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 1 ss.). 2

III. PERSONNES IMPLIQUÉES

L'auteur de l'octroi d'un avantage peut être **n'importe qui** (cf. la liste de OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 6 ss). Les destinataires valables de l'avantage sont à nouveau les agents publics (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 10 ss.). 3

IV. AVANTAGE INDU

La notion d'avantage indu correspond à celle de la corruption active d'agents publics (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 24 ss.). 4

V. ACTE CONSTITUTIF

L'acte consiste à offrir, promettre ou octroyer l'avantage indu (cf. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 38 ss.). 5

VI. EN CE QUI CONCERNE L'EXERCICE DE LA FONCTION

Dans le cadre de l'infraction d'octroi d'un avantage, un rapport d'équivalence modifié est présupposé : L'octroi de l'avantage ne doit pas être en rapport avec un acte officiel concret (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 52 ss), mais il suffit que l'avantage indu soit accordé **en vue de l'exercice de la fonction**. Un avantage indu est accordé en vue de l'exercice de la fonction 6

lorsque l'octroi de cet avantage est susceptible d'influencer l'exercice futur de la fonction de l'agent public.

7 En d'autres termes, l'infraction d'octroi d'un avantage a pour but de rendre punissable l'**entretien d'un climat** avec un agent public. Il y a infraction lorsque l'avantage accordé a pour but de rendre l'agent public généralement favorable à l'expéditeur de l'avantage. Dans ce contexte, l'octroi d'un avantage sert d'élément constitutif de la corruption active d'agents publics selon l'art. 322ter CP. Cela est particulièrement important dans la pratique lorsque la preuve d'un accord illicite échoue (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 54).

8 L'avantage accordé doit être de nature à influer sur l'exercice futur de la fonction. Dans ce contexte, les cadeaux socialement usuels ne sont pas considérés comme des motifs de punissabilité (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322^{decies} n. 7 ss).

VII. ELÉMENTS SUBJECTIFS DE L'INFRACTION

9 D'un point de vue subjectif, l'**intention** est nécessaire, le dol éventuel étant suffisant.

VIII. CONCURRENCE

10 L'art. 322^{quinqiues} et l'art. 322^{sexies} sont conçus en miroir, c'est pourquoi une participation ou une complicité à l'infraction contraire n'est pas possible.

11 Cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 58 concernant le rapport avec l'art. 322^{quinquies}.

BIBLIOGRAPHIE

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322^{quinquies} StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Jositsch Daniel, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, Zürich 2004.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322^{quinquies} StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark, Korruptionsstrafrecht, in: Ackermann Jürg (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, S. 803-846.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 322sexies CP

Un commentaire de Loris Baumgartner / Marco Hurni

PROPOSITION DE CITATION

Loris Baumgartner/Marco Hurni, Commentaire de l'art. 322sexies CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (édit.), Commentaire en ligne du Code pénal suisse

Citation abrégée: Baumgartner/Hurni, art. 322sexies CP N. XXX.

Accettazione di vantaggi

Art. 322^{sexies}

Chiunque, in qualità di membro di un'autorità giudiziaria o di un'altra autorità, di funzionario, di perito, traduttore o interprete delegato dall'autorità o di arbitro, domanda, si fa promettere o accetta un indebito vantaggio, per sé o per terzi, in considerazione dell'espletamento della sua attività ufficiale, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

TABLE DES MATIÈRES

I. Remarques préliminaires 167
II. Bien juridique protégé 167
III. Personnes impliquées 167
IV. Avantage indu 167
V. Acte constitutif 167
VI. En ce qui concerne l'exercice de la fonction 167
VII. Eléments subjectifs de l'infraction 168
VIII. Concurrence 168
Bibliographie 168

I. REMARQUES PRÉLIMINAIRES

Les éléments constitutifs de l'infraction d'octroi et d'acceptation d'un avantage selon l'art. 322^{quinquies} s. CP règlent ce que l'on appelle **l'alimentation** par des « cadeaux » et des « paiements de goodwill » non spécifiques, qui ne sont pas directement liés à un acte officiel, mais qui sont simplement accordés en vue d'un tel acte. 1

II. BIEN JURIDIQUE PROTÉGÉ

Le bien juridique protégé est **identique** à celui de la corruption active d'agents publics (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 1 ss.). 2

III. PERSONNES IMPLIQUÉES

L'auteur de l'octroi d'un avantage peut être **n'importe qui** (cf. la liste de OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 6 ss). Les destinataires valables de l'avantage sont à nouveau les agents publics (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 10 ss.). 3

IV. AVANTAGE INDU

La notion d'avantage indu correspond à celle de la corruption active d'agents publics (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 24 ss.). 4

V. ACTE CONSTITUTIF

L'acte consiste à offrir, promettre ou octroyer l'avantage indu (cf. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 38 ss.). 5

VI. EN CE QUI CONCERNE L'EXERCICE DE LA FONCTION

Dans le cadre de l'infraction d'octroi d'un avantage, un rapport d'équivalence modifié est présupposé : L'octroi de l'avantage ne doit pas être en rapport avec un acte officiel concret (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 52 ss), mais il suffit que l'avantage indu soit accordé **en vue de l'exercice de la fonction**. Un avantage indu est accordé en vue de l'exercice de la fonction 6

lorsque l'octroi de cet avantage est susceptible d'influencer l'exercice futur de la fonction de l'agent public.

7 En d'autres termes, l'infraction d'octroi d'un avantage a pour but de rendre punissable l'**entretien d'un climat** avec un agent public. Il y a infraction lorsque l'avantage accordé a pour but de rendre l'agent public généralement favorable à l'expéditeur de l'avantage. Dans ce contexte, l'octroi d'un avantage sert d'élément constitutif de la corruption active d'agents publics selon l'art. 322ter CP. Cela est particulièrement important dans la pratique lorsque la preuve d'un accord illicite échoue (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 54).

8 L'avantage accordé doit être de nature à influer sur l'exercice futur de la fonction. Dans ce contexte, les cadeaux socialement usuels ne sont pas considérés comme des motifs de punissabilité (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322decies n. 7 ss).

VII. ELÉMENTS SUBJECTIFS DE L'INFRACTION

9 D'un point de vue subjectif, l'**intention** est nécessaire, le dol éventuel étant suffisant.

VIII. CONCURRENCE

10 L'art. 322quinqiues et l'art. 322sexies sont conçus en miroir, c'est pourquoi une participation ou une complicité à l'infraction contraire n'est pas possible.

11 Cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 58 concernant le rapport avec l'art. 322quinquies.

BIBLIOGRAPHIE

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322sexies StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322sexies StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 322septies CP

Un commentaire de Loris Baumgartner / Marco Hurni

PROPOSITION DE CITATION

Loris Baumgartner/Marco Hurni, Commentaire de l'art. 322septies CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (édit.), Commentaire en ligne du Code pénal suisse

Citation abrégée: Baumgartner/Hurni, art. 322septies CP N. XXX.

2. Corruption d'agents publics étrangers

Art. 322^{septies}

Quiconque offre, promet ou octroie un avantage indu à une personne agissant pour un État étranger ou une organisation internationale en tant que membre d'une autorité judiciaire ou autre, en tant que fonctionnaire, en tant qu'expert, traducteur ou interprète commis par une autorité, ou en tant qu'arbitre ou militaire, en faveur de cette personne ou d'un tiers, pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui est contraire à ses devoirs ou dépend de son pouvoir d'appréciation,

quiconque, agissant pour un État étranger ou une organisation internationale en tant que membre d'une autorité judiciaire ou autre, en tant que fonctionnaire, en tant qu'expert, traducteur ou interprète

commis par une autorité, en tant qu'arbitre ou militaire, sollicite, se fait promettre ou accepte, en sa faveur ou en faveur d'un tiers, un avantage indu pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui est contraire à ses devoirs ou dépend de son pouvoir d'appréciation,

est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

TABLE DES MATIÈRES

I. Remarques préliminaires 172
A. Corruption active d'agents publics étrangers 172
B. Corruption passive d'agents publics étrangers 174
II. Concurrence 175
Bibliographie 175
Materialienverzeichnis 176

I. REMARQUES PRÉLIMINAIRES

1 L'art. 322septies CP protège les **biens juridiques identiques** à ceux de la corruption d'agents publics nationaux (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 1 ss.). Le champ d'application est toutefois étendu aux Etats étrangers et aux organisations internationales.

2 A l'exception de l'extension de la personne à corrompre aux personnes travaillant pour un Etat étranger ou une organisation internationale, l'art. 322septies al. 1 CP correspond au libellé de l'art. 322ter CP. L'al. 2 de l'art. 322septies CP correspond à l'art. 322quater CP. En conséquence, sous réserve de ce qui suit, il est renvoyé au commentaire de ces articles (cf. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter et 322quater CP).

A. Corruption active d'agents publics étrangers

3 Toute personne physique peut être l'auteur de la corruption active d'agents publics étrangers.

4 Outre les personnes physiques, les personnes morales constituent également des sujets de sanction valables dans le cadre de la punissabilité des entreprises selon l'art. 102 al. 2 CP et sont dans le collimateur des autorités de poursuite pénale, notamment du Ministère public de la Confédération. Le point de départ a été l'enquête menée par le Ministère public de la Confédération contre ALSTOM SA et ALSTOM Network (Schweiz) AG en 2009. La procédure contre la filiale suisse, ALSTOM Network (Schweiz) AG, s'est terminée en novembre 2011 par une ordonnance pénale, l'acte incriminé étant la corruption d'agents publics étrangers selon l'art. 322septies CP. La punissabilité de l'entreprise entre en ligne de compte lorsque la société ne prend pas toutes les mesures organisationnelles nécessaires et indispensables pour empêcher les délits de corruption et que l'infraction est rendue possible précisément en raison de ce manque de mesures. Plus le risque de corruption est élevé dans la branche concernée et dans l'Etat étranger dans lequel l'entreprise exerce ses activités, plus les exigences relatives aux mesures organisationnelles nécessaires et indispensables doivent être strictes. Au fil des années, le Ministère public de la Confédération a mené diverses autres procédures pénales contre des personnes morales qui avaient pour objet l'art.

322septies CP. Il faut s'attendre à ce que le nombre de ces procédures augmente également à l'avenir.

L'acte doit être commis à l'encontre d'un agent public étranger. La corruption **d'agents publics étrangers** trouve son fondement dans la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. L'OCDE contrôle régulièrement le respect de cette convention au moyen de « *monitoring mechanisms* ». Il s'agit d'un ensemble d'instruments qui permettent aux États de se contrôler mutuellement et de faire des propositions d'amélioration. Il en résulte une sorte de pression politique de groupe qui doit garantir le respect de la convention par les États. Selon l'art. 1, ch. 4, let. a, de la convention de l'OCDE, on entend par agent public étranger (i) une personne qui, dans un autre Etat, occupe, par nomination ou élection, une fonction législative, administrative ou judiciaire, (ii) une personne qui exerce des fonctions publiques pour un autre Etat, y compris une autorité ou une entreprise publique, ou (iii) un agent public ou un mandataire d'une organisation internationale. Le message indique déjà qu'une reprise littérale du texte de la Convention n'est pas judicieuse et que l'interprétation de la notion d'agent public doit être calquée sur les éléments constitutifs de la corruption d'agents publics nationaux. Par conséquent, la notion d'agent public étranger est interprétée de manière autonome et en accord avec la notion d'agent public en droit suisse, selon la doctrine et la jurisprudence unanimes. En conséquence, la notion d'agent public englobe aussi bien les fonctionnaires institutionnels que fonctionnels et les membres d'autorités judiciaires ou autres. Une interprétation de la notion d'agent public étranger selon le droit suisse a pour conséquence que des personnes qui, dans leur pays, ne répondraient pas à la définition d'agent public selon le droit national, sont également qualifiées d'agents publics. Selon la jurisprudence du Tribunal pénal fédéral, la notion d'agent public englobe en outre les parlementaires d'un Etat étranger, et ce indépendamment du fait que la corruption d'un agent public soit ou non punissable dans le pays étranger. 5

Sont considérées comme des **organisations internationales** les organisations intergouvernementales et les organisations créées par d'autres collectivités de droit public. Dans la situation juridique actuelle, une fédération sportive faîtière n'est pas considérée comme une organisation internationale. En conséquence, les actes de corruption commis à l'encontre 6

de fonctionnaires des fédérations sportives internationales faîtières établies en Suisse ne peuvent pas être couverts par les éléments constitutifs de la corruption d'agents publics. Le cas échéant, les éléments constitutifs de la corruption privée selon l'art. 322^{octies} s. CP peuvent toutefois être remplis.

7 L'**acte et le moyen d'infraction** de l'art. 322^{septies} CP correspondent à ceux de l'art. 322ter CP. En ce qui concerne l'avantage indu, certains paiements prévus et nécessaires par le droit étranger sont exclus de cette notion. En revanche, les coutumes locales qui ne prennent pas la forme d'un droit légal ou coutumier ne suffisent pas à constituer un motif justificatif pour l'octroi d'un avantage. Cela entraîne notamment des difficultés de délimitation lorsqu'une personne accorde des paiements dits *de facilitation*(*facilitation payments*) afin de favoriser l'accomplissement d'un acte administratif qui lui revient. Les notions de violation des obligations administratives et d'acte relevant du pouvoir d'appréciation sont définies de manière large. Il en résulte qu'un paiement de facilitation est certes versé en vue d'un acte administratif auquel on a droit, mais que cet acte est laissé à la discrétion du fonctionnaire qui l'accomplit. En conséquence, de tels paiements accélérés tombent également sous le coup de l'art. 322^{septies} CP, dans la mesure où ils ne sont pas explicitement autorisés par le droit étranger.

8 L'acte au sens strict comprend l'offre, la promesse et l'octroi d'un avantage indu (OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 21 ss.). En outre, il doit exister un rapport d'équivalence entre l'avantage indu offert, promis ou octroyé et la contrepartie espérée (OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter N. 49 ss.). L'**octroi** ou l'acceptation d'un **avantage transfrontalier** qui ne se rapporte pas à un acte officiel précis n'est pas couvert par l'art. 322^{septies} et reste donc non punissable.

9 Concernant les éléments subjectifs de l'infraction, il convient de se référer aux explications relatives à l'art. 322ter CP (OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter n. 53).

B. Corruption passive d'agents publics étrangers

10 Les éléments constitutifs de l'infraction de corruption passive d'agents publics étrangers sont structurés en miroir de la variante de commission active. Par conséquent, la notion identique d'agent public s'applique également à la variante passive de l'infraction. Il en résulte le problème qu'une personne

peut être considérée comme agent public étranger par l'application de la notion autonome d'agent public, alors qu'elle n'est justement pas considérée comme agent public dans son propre pays et selon son ordre juridique.

II. CONCURRENCE

L'art. 322^{septies} al. 1 et al. 2 CP sont conçus en miroir. Il n'est donc pas possible d'établir une complicité ou une participation à l'infraction inverse. 11

BIBLIOGRAPHIE

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322^{septies} StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Isenring Bernhard, Kommentierung zu Art. 322^{septies} StGB, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, StGB, 21. Aufl., Zürich 2022.

Lengauer Daniel/Ruckstuhl Lea, Compliance, Zürich et al. 2017.

Lenz Stefan/Mäder Walter, Grenzüberschreitende Korruption, Die Anwendbarkeit des schweizerischen Unternehmensstrafrecht aus Sicht der Praktiker, forumpoenale 1 (2013), S. 33-38.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322^{septies} StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark, Funktionale Äquivalenz, Praktische Rechtsvergleichung und internationale Harmonisierung von Wirtschaftsstrafrecht, ZSR 119 (2000), S. 477-489.

Pieth Mark/Zerbes Ingeborg, Sportverbände und Bestechung: Sachgerechte Grenzen des Korruptionsstrafrechts?, ZIS 9 (2016), S. 619-625.

Rochow Marius, Die Massnahmen von OECD und Europarat zur Bekämpfung der Bestechung, Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 56, Halle 2006.

Trechsel Stefan/Betz Kathrin, Kommentierung zu Art. 322^{septies}, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar, StGB, 4. Aufl., Zürich et al. 2021.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Korruptionsstrafrechts) sowie über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 19.4.1999, BBl 1999 5497 ff., abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1999/1_5497_5045_4721/de, besucht am 20.11.2023, (zit. Botschaft Revision).

Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung des Strafrechts-Übereinkommens und des Zusatzprotokolls des Europarates über Korruption (Änderung des Strafgesetzbuches und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) vom 10.11.2004, BBl 2004 6983 ff., abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2004/1217/de, besucht am 20.11.2023, (zit. Botschaft Genehmigung).

Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuchs (Korruptionsstrafrecht) vom 30.04.2014, BBl 2014 S. 3591 ff. abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/787/de, besucht am 20.11.2023, (zit. Botschaft Änderung).

Strafbefehl der Bundesanwaltschaft im Verfahren Nr. EAII.04.0325-LEN vom 22.11.2011 betreffend Alstom Network (Schweiz) AG.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 322decies CP

Un commentaire de Loris Baumgartner / Marco Hurni

PROPOSITION DE CITATION

Loris Baumgartner/Marco Hurni, Commentaire de l'art. 322ter CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (édit.), Commentaire en ligne du Code pénal suisse

Citation abrégée: Baumgartner/Hurni, art. 322decies CP N. XXX.

4. Dispositions communes

Art. 322^{decies}

[1] Ne constituent pas des avantages indus:

a. les avantages autorisés par le règlement de service ou convenus par contrat;

b. les avantages de faible importance qui sont conformes aux usages sociaux.

[2] Les particuliers qui accomplissent des tâches publiques sont assimilés aux agents publics.

TABLE DES MATIÈRES

I. Délimitation du comportement non punissable 179
A. Avantages autorisés par le droit de service 179
B. Avantages autorisés par contrat 179
C. Avantages minimes et socialement usuels 181
II. Assimilation des particuliers aux agents publics 182
Bibliographie 182
Matériaux 183

I. DÉLIMITATION DU COMPORTEMENT NON PUNISSABLE

L'art. 322decies CP a été créé lors de la dernière révision du droit pénal de la corruption en 2016. L'objectif de cette **révision** était de combler les lacunes du droit pénal de la corruption qui existaient encore en Suisse en tant que siège de diverses grandes fédérations sportives internationales et en tant que place économique mondialisée. L'introduction des éléments constitutifs de l'octroi et de l'acceptation d'un avantage a fait naître le besoin d'exclure certains actes de la punissabilité dans tous les cas. Ce besoin a été pris en compte par les dispositions communes de l'art. 322decies CP. 1

A. Avantages autorisés par le droit de service

Avec l'art. 322decies al. 1 let. a CP, le législateur a créé un état de fait d'exception qui exclut de la punissabilité **les avantages autorisés par le droit du service**. Un avantage est couvert par la let. a si son acceptation est autorisée sur la base d'une norme générale et abstraite du droit de la fonction publique. Dans le cadre de la révision du droit pénal de la corruption, le message a indiqué que de telles normes générales et abstraites devaient déjà être entrées en vigueur avant l'acte criminel. On pense notamment aux normes administratives relatives à l'annonce, à l'autorisation ou à la remise de cadeaux ou d'autres avantages, telles qu'elles sont prévues par exemple à l'art. 21, al. 3, de la loi sur le personnel de la Confédération et aux art. 93 et 93a de l'ordonnance sur le personnel de la Confédération. 2

En cas de soupçon de **corruption d'agents publics étrangers**, la situation dans le pays concerné est déterminante pour l'appréciation de la norme générale et abstraite. Ainsi, les paiements à des agents publics étrangers qui sont autorisés ou même prescrits par le droit écrit local ou par un droit coutumier ou de cas bien établi ne constituent pas un avantage indu. 3

B. Avantages autorisés par contrat

La réglementation de la corruption dans le secteur privé dans le CP a créé, à l'art. 322decies al. 1 let. a CP, le pendant des avantages autorisés par le droit du service. Ne sont donc pas considérés comme des avantages indus les avantages **autorisés contractuellement par le tiers**. Est considéré comme 4

tiers le donneur de confiance qui entretient une relation contractuelle avec le bénéficiaire de la confiance.

5 La question de savoir si le consentement doit être donné **avant ou après l'acte est** controversée dans la doctrine. Si l'on suit le message, il doit être clair, avant l'acte en question, quels sont les avantages autorisés. En revanche, il existe des avis doctrinaux qui suivent le libellé de l'art. 322^{decies} al. 1 let. a, 2e partie de la phrase, et qui y voient la possibilité d'une autorisation ultérieure de cet avantage. Selon l'opinion défendue ici, cette thématique doit être considérée de manière différenciée. Un acte constitutif d'infraction est déjà accompli lorsque l'offre parvient à l'agent public ou à la personne privée. Une autorisation peut certes être accordée ultérieurement, mais l'acte (punissable) est déjà consommé. L'approbation ultérieure d'un avantage ne peut donc avoir qu'un effet d'exclusion de la poursuite pénale au sens d'une déclaration de désintérêt. Mais comme les éléments constitutifs de l'infraction étaient déjà réalisés, l'approbation ne peut pas constituer un consentement excluant l'infraction.

6 En ce qui concerne la corruption privée au sens de l'art. 322^{octies} CP, la question se pose en outre de savoir si la fourniture d'un avantage à un tiers, et donc pas au bénéficiaire de la confiance, peut être autorisée par le donneur de confiance (dit principal). Il convient de noter qu'en règle générale, le donneur de confiance n'a pas de relation contractuelle avec cette tierce personne et qu'il n'existe donc pas d'obligation de loyauté entre la tierce personne et le donneur de confiance. Dans le cas de la corruption privée, c'est toujours la **violation des obligations de loyauté** entre le bénéficiaire de la confiance et le donneur de confiance qui est au premier plan. Que la personne corrompue accorde un avantage à un tiers ou au bénéficiaire de la confiance n'a pas d'importance du point de vue du bénéficiaire de la confiance, car le bénéficiaire de la confiance viole également ses obligations de loyauté lorsque la personne corrompue accorde un avantage à un tiers sur instruction du bénéficiaire de la confiance. Il semble donc choquant qu'une autorisation puisse être donnée exclusivement lorsque le bénéficiaire de la confiance retient lui-même l'avantage, mais pas lorsque l'avantage est destiné à une tierce personne.

7 Pour simplifier, prenons l'exemple d'un employé qui travaille comme responsable des achats pour son employeur et qui entretient une relation amicale avec un fournisseur potentiel de l'employeur. L'employé peut être

punissable dans le cadre de la corruption privée s'il se laisse corrompre par l'octroi d'un avantage par le fournisseur au club sportif préféré de l'employé, afin que ce dernier attribue de futurs suppléments à ce fournisseur. Étant donné que l'employeur peut autoriser l'attribution d'une commande au fournisseur à la suite de l'octroi direct d'un cadeau par le fournisseur à l'employé, il semble logique que l'employeur puisse également autoriser l'attribution d'une commande au fournisseur à la suite de l'octroi d'un avantage au club sportif.

C. Avantages minimes et socialement usuels

Selon l'art. 322^{decies} al. 1 let. b CP, les avantages minimes et socialement usuels sont exclus de la punissabilité, les conditions devant être remplies de manière cumulative. Pour savoir si un avantage se situe dans la zone de l'insignifiance et de l'usage social, il faut se baser sur un **examen global**. 8

Les avantages sont considérés comme **socialement usuels** lorsqu'ils reposent sur des conventions sociales et ne sont pas considérés comme inconvenants par la société dans son ensemble. La punissabilité n'est pas admise lorsqu'il s'agit d'avantages qui ne peuvent pas susciter de préjugés chez le destinataire et qui ne peuvent donc pas être influencés par l'expéditeur. Le message parle ici de cas absolument insignifiants, comme par exemple un café pendant une réunion ou le don d'un calendrier de poche. Il convient de distinguer de ces cas absolument insignifiants le cas où un avantage minime est certes versé, mais dans un contexte direct ou dans le but de commettre un acte de corruption. Si l'avantage est fourni en vue d'un acte de corruption, l'usage social fait défaut. Le caractère minime et l'usage social sont donc des conditions cumulatives permettant d'exclure la punissabilité. 9

En l'absence de limite légale maximale, il n'est pas possible de définir précisément à partir de quand un avantage n'est plus **négligeable**. La limite du caractère insignifiant doit être fixée au seuil à partir duquel une influence devient possible. Ce seuil est controversé dans la doctrine et n'a pas encore été évalué par le Tribunal fédéral. Hilti, par exemple, analyse les différentes doctrines et met l'accent sur l'influence possible. Selon lui, le seuil de l'insignifiance doit être fixé à un niveau bas afin d'éviter toute influence. D'autres voix de la doctrine appliquent par analogie la jurisprudence relative à l'art. 172ter CP également au seuil de minimisation, selon lequel la minimisation se situerait à une valeur maximale de 300 CHF. Selon l'opinion 10

défendue ici, cette valeur doit être approuvée conformément à la jurisprudence relative à l'art. 172ter CP au sens d'une limite maximale absolue. La question de savoir si un montant maximal de 300 CHF constitue encore une valeur indicative appropriée pour la limite supérieure de la valeur selon l'art. 172ter CP est toutefois controversée dans la doctrine. Par ailleurs, il convient de noter que des montants inférieurs peuvent tout à fait être considérés comme n'étant plus de faible importance. C'est le cas lorsque le critère de l'usage social est davantage pondéré. En conséquence, la réponse à la question de savoir ce qu'est un inconvénient mineur et socialement usuel résulte toujours d'une considération globale des deux conditions cumulatives à remplir. La fréquence de l'avantage octroyé doit également être prise en compte, l'octroi multiple d'un avantage qui, considéré individuellement, semble socialement usuel et minime pouvant le rendre approprié comme moyen d'infraction.

II. ASSIMILATION DES PARTICULIERS AUX AGENTS PUBLICS

11 Selon l'al. 2, les particuliers qui accomplissent des tâches publiques sont assimilés à des agents publics. Cette assimilation découle déjà de l'**interprétation de la notion de fonctionnaire** selon l'art. 110, al. 3 CP, selon laquelle le code pénal suisse se fonde sur une notion de fonctionnaire tant institutionnelle que fonctionnelle (cf. OK-Baumgartner/Hurni, art. 322ter CP n. 14 ss).

BIBLIOGRAPHIE

Betz Kathrin, Kommentierung zu Art. 322octies StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar, StGB, 4. Aufl., Zürich et al. 2021.

Blattner Lucius Richard, Der leichte Fall der Privatbestechung, forumpoenale 1 (2017), S. 39-45.

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017.

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322septies StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322^{decies} StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Isenring Bernhard, Kommentierung zu Art. 322^{decies} StGB, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, StGB, 21. Aufl., Zürich 2022.

Jositsch Daniel, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, Zürich 2004.

Jositsch Daniel/Drzalic Jana Johanna, Die Revision des Korruptionsstrafrechts, AJP 2016, S. 349-358.

Mingard Roxanne, L'avantage indu dans les infractions relatives à la corruption, ZStrR 2 (2010), Zürich 2010.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322ter StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322^{decies} StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

MATÉRIAUX

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Korruptionsstrafrechts) sowie über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 19.4.1999, BBl 1999 5497 ff., abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1999/1_5497_5045_4721/de, besucht am 20.11.2023, (zit. Botschaft Revision).

Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuchs (Korruptionsstrafrecht) vom 30.4.2014, BBl 2014 S. 3591 ff. abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/787/de, besucht am 20.11.2023, (zit. Botschaft Änderung).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 329 CP

Un commentaire de Jan Imhof

PROPOSITION DE CITATION

Jan Imhof, Commentaire de l'art. 331 CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (édit.), Commentaire en ligne du Code pénal suisse

Citation abrégée: OK-Imhof, Art. 329 CP N. XXX.

Violation de secrets militaires

Art. 329

1. Quiconque, d'une manière illicite, pénètre dans un établissement ou dans tout autre lieu dont l'accès est interdit par l'autorité militaire, ou prend des relevés d'établissements militaires ou d'objets intéressant la défense nationale, reproduit ou publie de tels relevés est puni d'une amende.

2. La tentative et la complicité sont punissables.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 187
II. Eléments objectifs de l'infraction 187
A. Actes constitutifs 187
1. Intrusion 187
2. Représentation, reproduction ou publication 187
B. Illégalité 188
1. Base des restrictions et des interdictions (classification) 188
2. Actualité des restrictions et des interdictions (classification) 189
III. Eléments constitutifs subjectifs de l'infraction 189
IV. Tentative et complicité 189
V. Concours 190
Bibliographie 191

I. GÉNÉRALITÉS

L'art. 329 CP protège le bien juridique de la défense nationale et, selon la note marginale, les secrets militaires en particulier. Malgré la teneur identique de la note marginale, les éléments constitutifs de l'infraction ne doivent pas être assimilés à l'art. 106 CPM, car ce dernier ne protège que les secrets matériels. En revanche, l'art. 329 CP punit déjà l'atteinte aux secrets formels, c'est-à-dire aux documents, etc. qui, indépendamment de leur caractère secret effectif, sont classifiés comme confidentiels ou secrets selon les dispositions particulières du droit administratif, et donc la violation de secrets militaires. Il s'agit donc d'un délit de mise en danger abstraite. Le Tribunal fédéral a confirmé la doctrine dominante en précisant que l'art. 329 CP était déjà rempli si le comportement réprouvé ne portait pas atteinte à des secrets militaires à préserver dans l'intérêt de la défense nationale. 1

Parallèlement, l'alinéa 1 protège le droit de domicile des autorités militaires en tant que délit poursuivi d'office. 2

Conformément à l'art. 23 al. 1 let. k CPP, l'art. 329 CP est soumis à la juridiction fédérale. 3

II. ELÉMENTS OBJECTIFS DE L'INFRACTION

A. Actes constitutifs

1. Intrusion

L'élément constitutif de l'infraction est rempli par celui qui s'introduit illégalement dans une institution. L'alinéa 1 cite à cet égard les établissements et autres lieux. Il protège ainsi les installations clôturées, comme par exemple le terrain d'une caserne, mais aussi les terrains d'entraînement ouverts ou les parcs automobiles ("violation de la paix dans une caserne"). 4

2. Représentation, reproduction ou publication

L'élément constitutif de l'infraction est rempli par quiconque réalise une reproduction ou effectue un acte (en aval) tel que la reproduction ou la publication. On pense ici aux publications dans des magazines, aux posts dans 5

les médias sociaux ou à la création d'écrans d'impression ou de copies. Il n'est pas nécessaire que l'illustration ait déjà été communiquée à des tiers.

6 Le contenu de l'illustration peut être des établissements ou des objets militaires classés confidentiels ou secrets, tels que des documents, des plans, des appareils radio, des parties de systèmes d'armes, etc.

B. Illégalité

7 Les éléments constitutifs de l'infraction exigent que l'acte soit commis de manière illicite, c'est-à-dire en général sans droit ou sans autorisation concrète. L'illicéité doit donc être affirmée de manière positive.

1. Base des restrictions et des interdictions (classification)

8 Dans le cas d'installations au sens de la loi fédérale concernant la protection des ouvrages militaires, toute entrée non autorisée, toute représentation, etc. est interdite (art. 4 de la loi fédérale concernant la protection des ouvrages militaires, RS 510.518). Une autorisation selon les dispositions de l'ordonnance concernant la protection des ouvrages militaires est réservée. Celle-ci autorise de manière générale la représentation de l'aspect extérieur d'une installation, perceptible sans moyens auxiliaires particuliers ou mesures spéciales. Une publication ne doit toutefois pas permettre de tirer des conclusions sur l'emplacement ou la destination de l'installation (art. 4 al. 5 de l'ordonnance sur la protection des installations, RS 510.518.1). Dans ces conditions, les prises de vue aériennes d'installations militaires sont également autorisées (art. 80 de l'ordonnance sur l'aviation, RS 748.01).

9 D'autres restrictions et interdictions figurent dans la législation fédérale sur la sécurité de l'information (P-LSI), qui régit le traitement des documents classés "confidentiels" ou "secrets", etc. La classification doit être reconnaissable pour l'auteur, par exemple par une impression ou un tampon correspondant.

10 L'interdiction de pénétrer dans une installation militaire peut également se fonder sur le droit de domicile général des autorités militaires, comme on peut le déduire de la formulation de la loi. Entrent en ligne de compte les interdictions (de domicile) des autorités militaires de la Confédération (le Groupement Défense, l'Office fédéral de l'armement et l'Office de l'auditeur en chef), y compris de l'armée, des autorités militaires des cantons ainsi que

des tiers chargés de tâches militaires. Une telle interdiction doit être reconnaissable pour les auteurs, par exemple par une signalisation appropriée.

2. Actualité des restrictions et des interdictions (classification)

Comme l'art. 329 CP protège déjà les secrets formels, il est sans importance, selon le point de vue défendu ici, que les conditions de la loi spéciale (par exemple selon la P-LSIS) pour la classification soient (encore) remplies au moment de l'infraction. De même, une déclassification n'est pas pertinente si elle n'était pas encore connue au moment de l'infraction. Tant qu'une classification était reconnaissable pour l'auteur, l'art. 329 CP s'applique. Font exception les classifications nulles ou celles qui ne peuvent manifestement pas (ou plus) poursuivre un but de confidentialité, par exemple un plan de situation de la caserne de Berne. Il en va de même lorsque l'auteur savait avec certitude que la classification était annulée au moment de l'infraction. Une déclassification ultérieure ne décharge pas l'auteur de sa responsabilité pénale. 11

III. ELÉMENTS CONSTITUTIFS SUBJECTIFS DE L'INFRACTION

L'élément constitutif de l'infraction exige l'intention, le dol éventuel étant suffisant. L'aspect subjectif suppose notamment que l'auteur ait eu connaissance de l'illicéité. Selon le Tribunal fédéral, la classification visible "confidentiel" ou "secret" est un indice important pour un secret matériel. Cela doit s'appliquer a fortiori aux secrets formels. La connaissance de l'illicéité peut également être considérée comme donnée d'une autre manière, par exemple sur la base de connaissances particulières de l'auteur ou de l'ensemble des circonstances. 12

L'intention de trahir n'est pas nécessaire. 13

IV. TENTATIVE ET COMPLICITÉ

La tentative et la complicité sont punies par le chiffre 2, par exemple le fait d'offrir des documents classifiés à des journalistes en vue de leur publication. Le fait d'envisager de remettre des documents classifiés aux médias dans le but d'inciter les autorités militaires à faire, à tolérer ou à s'abstenir de faire quelque chose constitue en outre un moyen de contrainte illégal. 14

V. CONCOURS

15 L'art. 329 CP est subsidiaire à l'art. 267 CP (trahison diplomatique), à l'art. 274 CP (service de renseignement militaire), à l'art. 86 CPM (espionnage et violation de secrets militaires par traîtrise à la patrie), à l'art. 106 CPM (violation de secrets militaires) et à l'art. 7 de la loi fédérale concernant la protection des ouvrages militaires. Il s'agit à chaque fois d'une infraction préalable co-pénalisée.

16 De manière générale, il convient de noter que les art. 86 et 106 CPM sont également applicables aux civils (art. 3 al. 1 ch. 7 CPM). Il en va de même pour les infractions à la loi fédérale concernant la protection des ouvrages militaires (art. 9 de la loi fédérale concernant la protection des ouvrages militaires).

17 Pour les actes commis par des militaires au service militaire qui n'atteignent pas encore le seuil des art. 86 et 106 CPM, les dispositions du CPM priment l'art. 329 CP (art. 9 al. 1 CP). On pense ici à l'art. 61 CPM (désobéissance) ou à l'art. 72 CPM (non-observation des prescriptions de service) en relation avec l'interdiction de publier des images, des séquences filmées ou vidéo ou avec les règles relatives aux autorisations d'accès, de prise de vue et d'emport dans les installations militaires (ch. 309 ss. Organisation des services d'instruction, OSI).

18 La question de savoir si l'art. 329 al. 1 CP protège également le droit de domicile au sens de l'art. 186 CP est controversée. Selon l'opinion défendue ici, c'est le cas, car tant le titulaire du droit de domicile que le détenteur d'un secret formel ont un intérêt comparable à disposer de l'accès à l'espace privé ou non public ou semi-public. Par conséquent, il existe une alternative entre les deux infractions. L'élément constitutif du délit de l'art. 186 CP prime sur l'élément constitutif de la contravention de l'art. 329 CP en cas de plainte pénale correspondante.

19 En raison des nombreuses normes pénales concurrentes qui priment en principe sur l'art. 329 CP, le champ d'application pratique de cette disposition est restreint, raison pour laquelle il a été envisagé de la supprimer. Son existence se justifie toutefois notamment par la protection pénale des secrets formels.

BIBLIOGRAPHIE

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch vom 23.7.1918, BBl 1918 IV 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1918/4_1_1_1/de, zuletzt besucht am 28.11.2022.

Corboz Bernard, Les infractions en droit suisse, Volume II, 3. Aufl., Bern 2010.

Délèze Julien, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (Hrsg.), Commentaire romand Code pénal II, Basel 2017.

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017.

Dupuis Michel, et al. (Hrsg.), Petit commentaire Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017.

Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, aufrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/sicherheit/gesetzgebung/strafrahmenharmonisierung/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf zuletzt besucht am 28.11.2022.

Hauri Kurt, Kommentar Militärstrafgesetz, Bern 1983.

Omlin Esther, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2018.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013.

Thormann Philipp/von Overbeck Alfred, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Zweiter Band, Besonderer Teil, Zürich 1941.

Trechsel Stefan/Ogg Marcel, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 331 CP

Un commentaire de Jan Imhof

PROPOSITION DE CITATION

Jan Imhof, Commentaire de l'art. 331 CP, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (édit.), Commentaire en ligne du Code pénal suisse

Citation abrégée: OK-Imhof, Art. 331 CP N. XXX.

Port indu de l'uniforme militaire

Art. 331

Quiconque porte d'une manière illicite l'uniforme de l'armée suisse est puni de l'amende.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 195
II. Eléments objectifs de l'infraction 195
A. L'uniforme des forces armées suisses 195
B. Port non autorisé 196
III. Eléments constitutifs subjectifs de l'infraction 197
IV. Champ d'application personnel et concours 197
Bibliographie 198

I. GÉNÉRALITÉS

L'art. 331 CP protège le bien juridique de la défense nationale. Dans ce contexte, l'uniforme dispose d'une part d'une fonction de représentation : "L'uniforme est l'expression de l'appartenance à l'armée. [...]" (art. 58 al. 1 du règlement de service de l'armée). L'idée de représentation de l'Etat se reflète ainsi également dans l'obligation d'obtenir une autorisation pour le port d'uniformes militaires étrangers en Suisse et d'uniformes militaires suisses à l'étranger (ordonnance sur le port d'uniformes étrangers en Suisse et d'uniformes militaires suisses à l'étranger, RS 125). 1

D'autre part, l'uniforme a une fonction distinctive entre les civils et les militaires et fonde ainsi la présomption que ces derniers sont légitimés à accomplir des actes relevant de la souveraineté. En outre, l'uniforme sert à distinguer les personnes protégées des combattants dans les conflits armés internationaux (cf. art. 44, ch. 3, du protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, protocole I). Elle est ici aussi un indice permettant de participer légalement aux combats et de revendiquer le statut de prisonnier de guerre. 2

Enfin, l'infraction vise à garantir la disponibilité opérationnelle permanente du matériel servant à l'armée. On peut objecter à cela que l'infraction est conçue pour les personnes non astreintes au service. Il est difficilement concevable que des personnes en uniforme non astreintes au service puissent effectivement mettre en danger la disponibilité opérationnelle de l'armée. 3

Conformément à l'art. 23 al. 1 let. k CPP, l'art. 331 CPP est soumis à la juridiction fédérale. 4

II. ELÉMENTS OBJECTIFS DE L'INFRACTION

A. L'uniforme des forces armées suisses

La notion d'uniforme de l'armée doit être interprétée au sens large, comme le montrent également les versions française et italienne ("l'uniforme de l'armée" / "l'uniforme dell'esercito svizzero"). L'état de fait comprend toutes les tenues officielles de l'armée suisse (armée de terre et armée de l'air). 5

L'uniforme peut être authentique ou imité. Ainsi, selon le point de vue défendu ici, les uniformes hors service entrent également dans le champ d'application dans la mesure où ils ressemblent fortement à l'uniforme actuel. Les uniformes ayant une référence historique claire sont en revanche exclus.

6 Eu égard au bien juridique protégé, tous les éléments de l'uniforme (ceinture, T-shirt, etc.) ne tombent pas sous la protection du droit pénal. L'image globale de l'auteur et le lien avec l'armée suisse qui en découle devraient être déterminants. C'est le cas de l'uniforme de sortie et, en règle générale, des éléments de l'uniforme avec impression de camouflage. Ces derniers ne peuvent pas non plus être remis en propriété aux militaires quittant l'armée (art. 27 al. 1 let. b de l'ordonnance concernant l'équipement personnel des militaires, OEPM, RS 514.10).

B. Port non autorisé

7 L'utilisation de l'uniforme à des fins privées est en principe interdite aux personnes astreintes au service (art. 114 al. 4 de la loi sur l'armée et l'administration militaire, LAAM, RS 510.10). L'art. 21 OEPM règle les exceptions et cite par exemple la participation aux activités hors du service des sociétés militaires, aux activités de sport militaire, aux employés du Groupement Défense, aux manifestations politiques (let. a-c) ainsi qu'avec l'autorisation du Groupement Défense : les bals des officiers, les cortèges et manifestations historiques, les messes, les mariages et les cérémonies funèbres (let. d).

8 Pour les personnes non astreintes au service, il n'existe pas d'autorisation aussi générale que l'art. 21 al. 1 let. a-c OEPM. Ils doivent toujours demander une autorisation préalable pour l'utilisation, par exemple pour des tournages de films ou des représentations théâtrales.

9 Pour que les éléments constitutifs de l'infraction soient réunis, il faut que l'uniforme soit porté et perçu en public. Cette condition peut également être remplie dans l'espace numérique. En revanche, le port dans un cadre privé n'affecte pas le bien juridique protégé et n'est pas punissable.

III. ELÉMENTS CONSTITUTIFS SUBJECTIFS DE L'INFRACTION

L'élément constitutif de l'infraction ne peut être commis qu'intentionnellement, le dol éventuel étant suffisant. 10

IV. CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL ET CONCOURS

L'art. 331 CP n'est pas un délit spécial. Toutefois, dans la mesure où l'auteur est soumis à la juridiction militaire, les dispositions du CPM priment sur l'art. 331 CP (art. 9 al. 1 CP). Concrètement, les personnes astreintes au service se rendent punissables d'utilisation abusive de matériel militaire en portant sans autorisation leur uniforme personnel ou celui d'autres membres de l'armée suisse (art. 73, ch. 1, CPM). Dans ce cas, les personnes astreintes au service sont soumises à la juridiction militaire, tant pendant le service qu'en dehors de celui-ci (art. 3 al. 1 ch. 1 et 4 CPM). 11

Le port non autorisé de l'uniforme peut être considéré comme une perfidie interdite dans un conflit armé international (art. 37 ch. 1 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, RS 0.518.521, et art. 23 let. f de la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, RS 0.515.112). L'art. 264g al. 1 let. d CP et l'art. 112c al. let. d CPM priment l'art. 331 CP en tant que lex specialis. 12

Si l'auteur accomplit un acte officiel (non autorisé) alors qu'il porte l'uniforme sans y être autorisé, l'art. 287 CP prévaut, pour autant que l'auteur, en portant l'uniforme, n'ait pas donné l'impression à d'autres personnes qu'il était autorisé à accomplir l'acte officiel. 13

Compte tenu de son champ d'application personnel, l'art. 331 CP n'a pas une grande importance pratique, raison pour laquelle il a été envisagé de le supprimer. Il semble toutefois justifié de rendre punissable de la même manière le port non autorisé, qu'il soit le fait de personnes astreintes ou non au service. 14

BIBLIOGRAPHIE

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch vom 23.7.1918, BBl 1918 IV 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1918/4_1_1_1/de zuletzt besucht am 28.11.2022.

Corboz Bernard, Les infractions en droit suisse, Volume II, 3. Aufl., Bern 2010.

Délèze Julien, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (Hrsg.), Commentaire romand Code pénal II, Basel 2017.

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017.

Dupuis Michel, et al. (Hrsg.), Petit commentaire Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017.

Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, aufrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/sicherheit/gesetzgebung/strafrahmenharmonisierung/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf zuletzt besucht am 28.11.2022.

Hauri Kurt, Kommentar Militärstrafgesetz, Bern 1983.

Heimgartner Stefan, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2018.

Omlin Esther, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2018.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013.

Trechsel Stefan/Ogg Marcel, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.