

Message

concernant l'approbation de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, de son Protocole additionnel visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, ainsi que de son Protocole additionnel contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer

du 26 octobre 2005

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons, en vous proposant de l'adopter, un projet d'arrêté fédéral concernant l'approbation de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, de son protocole additionnel visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, ainsi que de son protocole additionnel contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer.

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

26 octobre 2005

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Samuel Schmid
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Les événements marquants de l'histoire récente, comme la fin de la guerre froide et l'accélération du processus de mondialisation qui en a résulté, ne sont pas restés sans effets sur la criminalité. Le crime organisé ne s'arrête plus aux frontières nationales et ses effets s'internationalisent de plus en plus, au point qu'il en est devenu un sujet de préoccupation majeur de la politique internationale. La Suisse n'échappe pas à cette évolution. Soucieuse de lutter efficacement contre le crime organisé, elle a modifié son droit pénal en plusieurs points: la participation et le soutien à une organisation criminelle sont désormais punissables, les moyens d'intervention destinés à saper les bases financières du crime organisé ont été renforcés, notamment par l'adoption de normes pénales sur le blanchiment d'argent et la corruption, et les conditions devant être remplies pour obtenir la saisie ou la confiscation du produit d'activités criminelles ont été assouplies. En outre, la responsabilité pénale des personnes morales prenant part à de telles infractions a été récemment reconnue. Depuis le début de l'année 2002, la Confédération dispose de compétences supplémentaires en matière de crime organisé et de criminalité économique complexe. A elle seule, la répression ne saurait toutefois permettre de faire reculer ces infractions dans la mesure souhaitée. Si l'on veut augmenter l'efficacité des mesures de lutte contre la criminalité transnationale organisée, il est indispensable de les doubler de stratégies de prévention ciblées et coordonnées ainsi que d'une collaboration étroite entre toutes les parties intéressées, non seulement à l'échelle nationale, mais aussi et surtout internationale.

On a longtemps déploré l'absence d'instrument spécifique qui permette de lutter à l'échelle planétaire contre la criminalité transnationale organisée. Cette lacune est aujourd'hui comblée par la convention qui est l'objet du présent message. Cette convention vient atténuer les différences entre les systèmes juridiques nationaux en prévoyant l'adoption de normes de droit interne. Elle devrait aussi permettre une amélioration et une intensification de la coopération entre les Etats aux fins d'accroître l'efficacité de la lutte contre la criminalité transnationale organisée.

Pour atteindre ce but, les Etats parties s'engagent notamment à rendre punissables la participation à une organisation criminelle, le blanchiment d'argent intentionnel, et la corruption active ou passive intentionnelle de fonctionnaires étrangers, d'imputer aux personnes morales une responsabilité pénale, civile ou administrative, d'assurer la saisie des biens acquis par des moyens délictueux, d'améliorer la coopération internationale dans ces domaines et de multiplier les mesures de prévention.

La convention est complétée par les protocoles additionnels relatifs à la traite des personnes, au trafic illicite de migrants et aux armes à feu. Le protocole portant sur les armes à feu ne fait pas l'objet du présent message.

Le protocole additionnel relatif à la traite des personnes est destiné à lutter contre la traite d'êtres humains ayant pour but l'exploitation des victimes, en particulier des femmes et des enfants. L'exploitation peut être sexuelle ou d'une autre nature (travail, prélèvement d'organes). Le caractère punissable de la traite, la prévention, la protection des victimes et la coopération entre les Etats parties sont les princi-

paux éléments de ce protocole. Précisons encore que ce dernier vise les infractions transnationales commanditées ou commises par des groupements criminels organisés.

Les Etats qui ont ratifié le protocole additionnel contre le trafic illicite de migrants s'engagent notamment à rendre punissables le transport illégal des migrants à travers les frontières contre obtention d'un avantage matériel et la fabrication ou l'obtention de documents frauduleux à cet effet. Ils sont en outre tenus de prendre des mesures dans les domaines de l'échange d'informations, de la sécurité aux frontières et du contrôle des documents, de la prévention, de la formation, du perfectionnement et de la coopération technique. Finalement, ils s'engagent à protéger les migrants victimes d'un tel trafic, à accepter le retour de leurs nationaux et des personnes qui avaient le droit de résider en permanence sur leur territoire.

Le droit suisse en vigueur satisfait déjà dans une très large mesure aux exigences de la Convention contre la criminalité transnationale organisée et de ses deux protocoles additionnels contre la traite des personnes et contre le trafic illicite de migrants. A l'entrée en vigueur de la révision de la disposition pénale relative à la traite des êtres humains (art. 182 P-CP), la Suisse disposera de toutes les normes requises par les instruments en question. Relevons encore que la législation suisse contient aujourd'hui déjà plusieurs dispositions facultatives, mais souhaitées par la convention. En adhérant à la convention et à ses deux protocoles additionnels, la Suisse contribue à accroître l'efficacité de la lutte contre le crime organisé menée à l'échelle internationale. Notre pays a du reste intérêt à ce que les normes en vigueur sur son territoire – notamment en matière de lutte contre le blanchiment d'argent ou la corruption transfrontalière – soient respectées aussi dans d'autres pays, entre autres dans une optique économique, afin que la concurrence étrangère soit soumise aux mêmes contraintes que les entreprises suisses.

Table des matières

Condensé	6270
1 Introduction	6275
1.1 Criminalité transnationale organisée, traite de personnes et trafic illicite de migrants: situation et mesures prises par la Suisse	6275
1.1.1 Crime organisé	6275
1.1.2 Traite d'êtres humains	6280
1.1.3 Trafic illicite de migrants	6282
1.2 Le rôle des Nations Unies dans la lutte contre la criminalité transnationale organisée	6284
1.3 Les conventions internationales concernant la criminalité transnationale organisée	6285
1.3.1 Conventions adoptées au sein des Nations Unies	6285
1.3.2 Conventions régionales	6286
1.3.3 Recommandations du Conseil de l'Europe	6287
1.4 La Suisse et l'adhésion à la convention et aux protocoles additionnels	6287
2 Convention contre la criminalité transnationale organisée	6288
2.1 Partie générale	6288
2.1.1 Historique	6288
2.1.2 Participation de la Suisse à la préparation de la convention	6289
2.1.3 Contenu et portée de la convention	6289
2.1.4 Rapport entre la convention et ses protocoles additionnels	6290
2.1.5 Résultats de la procédure de consultation	6290
2.2 Partie spéciale: les principales dispositions de la convention et leur rapport avec le droit suisse	6291
2.2.1 Objet (art. 1)	6291
2.2.2 Terminologie (art. 2)	6291
2.2.3 Champ d'application (art. 3)	6293
2.2.4 Protection de la souveraineté (art. 4)	6293
2.2.5 Incrimination de la participation à un groupe criminel organisé (art. 5)	6294
2.2.6 Blanchiment d'argent: incrimination et mesures de lutte (art. 6 et 7)	6295
2.2.7 Incrimination de la corruption et mesures contre la corruption (art. 8 et 9)	6299
2.2.8 Responsabilité des personnes morales (art. 10)	6300
2.2.9 Poursuites judiciaires, jugement et sanctions (art. 11)	6302
2.2.10 Confiscation et saisie (art. 12)	6303
2.2.11 Coopération internationale aux fins de confiscation (art. 13)	6304
2.2.12 Disposition du produit du crime ou des biens confisqués (art. 14)	6305
2.2.13 Compétence (art. 15)	6306
2.2.14 Extradition (art. 16)	6306
2.2.15 Transfèrement des personnes condamnées (art. 17)	6308
2.2.16 Entraide judiciaire (art. 18)	6309
2.2.17 Enquêtes conjointes (art. 19)	6310

2.2.18	Techniques d'enquête spéciales (art. 20)	6311
2.2.19	Incrimination de l'entrave au bon fonctionnement de la justice (art. 23)	6312
2.2.20	Protection des témoins (art. 24)	6312
2.2.21	Octroi d'une assistance et d'une protection aux victimes (art. 25)	6313
2.2.22	Mesures propres à renforcer la coopération avec les autorités de poursuite pénale (art. 26)	6314
2.2.23	Collaboration entre les services de détection et de répression (art. 27)	6316
2.2.24	Collecte, échange et analyse d'informations sur la nature de la criminalité organisée (art. 28)	6317
2.2.25	Formation et assistance technique (art. 29)	6317
2.2.26	Autres mesures: application de la convention par le développement économique et l'assistance technique (art. 30)	6318
2.2.27	Prévention (art. 31)	6319
2.2.28	Conférence des Parties à la Convention (art. 32)	6320
2.2.29	Application de la convention (art. 34)	6320
2.2.30	Dispositions finales (art. 35 à 41)	6320
3	Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants	6321
3.1	Partie générale: portée, historique et contenu du protocole additionnel	6321
3.2	Partie spéciale: les dispositions les plus importantes du protocole additionnel et leur relation avec le droit suisse	6322
3.2.1	Relation avec la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (art. 1)	6322
3.2.2	Objet (art. 2)	6322
3.2.3	Terminologie (art. 3)	6322
3.2.4	Champ d'application (art. 4)	6328
3.2.5	Incrimination (art. 5)	6328
3.2.6	Assistance et protection accordées aux victimes de la traite des personnes (art. 6)	6328
3.2.7	Statut des victimes de la traite des personnes dans les Etats d'accueil (art. 7)	6329
3.2.8	Rapatriement des victimes de la traite des personnes (art. 8)	6330
3.2.9	Prévention de la traite des personnes (art. 9)	6331
3.2.10	Echange d'informations et formation (art. 10)	6331
3.2.11	Mesures aux frontières (art. 11)	6332
3.2.12	Sécurité et contrôle des documents (art. 12)	6333
3.2.13	Légitimité et validité des documents (art. 13)	6334
3.2.14	Dispositions finales (art. 14 à 20)	6334
4	Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer	6334
4.1	Partie générale: portée, historique et contenu du protocole additionnel	6334
4.2	Partie spéciale: les dispositions les plus importantes du protocole et leur relation avec le droit suisse	6335
4.2.1	Relation avec la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (art. 1)	6335

4.2.2	Objet (art. 2)	6335
4.2.3	Terminologie (art. 3)	6336
4.2.4	Champ d'application (art. 4)	6336
4.2.5	Responsabilité pénale des migrants (art. 5)	6336
4.2.6	Incrimination (art. 6)	6336
4.2.7	Trafic illicite de migrants par mer (art. 7 à 9)	6338
4.2.8	Information (art. 10)	6339
4.2.9	Mesures aux frontières (art. 11)	6339
4.2.10	Sécurité et contrôle des documents (art. 12)	6339
4.2.11	Légitimité et validité des documents (art. 13)	6339
4.2.12	Formation et coopération technique (art. 14)	6340
4.2.13	Autres mesures de prévention (art. 15)	6340
4.2.14	Mesures de protection et d'assistance (art. 16)	6341
4.2.15	Retour des migrants objet d'un trafic illicite (art. 18)	6342
4.2.16	Dispositions finales (art. 19 à 25)	6343
5	Conséquences	6344
5.1	Conséquences financières et effets sur l'état du personnel	6344
5.2	Conséquences économiques	6345
6	Programme de la législation	6345
7	Aspects juridiques	6345
7.1	Constitutionnalité	6345
7.2	Rapport avec le droit européen	6346
Arrêté fédéral concernant l'approbation de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, de son Protocole additionnel visant à prévenir, à réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, ainsi que de son Protocole additionnel contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer (Projet)		6347
Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée		6349
Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants		6379
Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée		6389

Message

1 Introduction

1.1 Criminalité transnationale organisée, traite de personnes et trafic illicite de migrants: situation et mesures prises par la Suisse

1.1.1 Crime organisé

1.1.1.1 Situation sur le plan international

Profitant de l'accroissement de la mobilité et de la performance des moyens de communication modernes et encouragés par l'ouverture de l'économie et par la globalisation de la demande, le crime organisé ne s'arrête plus aux frontières et produit des effets qui sont de plus en plus souvent ressentis au niveau international. Cette évolution de la criminalité reflète les mutations intervenues dans le monde: nous avons d'une part assisté à la fin de la guerre froide et à l'effondrement des systèmes politiques et juridiques qui en a résulté dans divers pays d'Europe de l'Est, mais aussi d'Asie centrale et d'Afrique. Parallèlement à ces bouleversements, on constate d'autre part une accélération du processus de mondialisation. De la conjugaison de ces deux phénomènes ont émergé des menaces d'un type nouveau, car elles ne sont plus de nature militaire. Conscients de ce danger inédit, les chefs de gouvernement de l'Union européenne ont, lors de leur sommet de 1995 qui s'est tenu à Cannes, revendiqué pour la première fois une redéfinition de la notion de sécurité, devenue trop restrictive à leur sens. En plus de mesures antiterroristes, ils ont exigé explicitement un renforcement de la coopération en matière de lutte contre la criminalité transnationale organisée.

Jusqu'à présent, le crime organisé était essentiellement le fait de cinq grandes structures: la plus ancienne est la Triade, l'organisation criminelle chinoise, la plus connue la Mafia italienne (avec ses organisations apparentées telles que la Camorra ou la N'drangheta); puis il y a les yakusa japonais, les cartels de la drogue en Amérique latine et, finalement, la Mafia russe, terme générique qui recouvre différents groupements provenant des Etats membres de la Communauté des Etats Indépendants (CEI) ou d'autres Etats d'Europe centrale et orientale. Ces organisations ont de très nombreux points communs: leurs structures sont souvent similaires, de même que leurs méthodes de travail.

Depuis peu, des changements structurels semblent néanmoins se dessiner. La criminalité transnationale organisée paraît en effet connaître des mutations analogues à celles qui ont changé le visage du terrorisme: les grands syndicats et les groupements mafieux, strictement hiérarchisés, ont apparemment cédé le pas à des réseaux de petites cellules spécialisées. Cette nouvelle forme d'organisation permet aux criminels de réagir plus rapidement aux mesures de répression étatiques et à l'évolution du marché. A quelques exceptions près, les connexions internationales et la division du travail par-delà les frontières sont venues relativiser les liens familiaux et ethniques qui caractérisaient le crime organisé. Aujourd'hui, les groupements de type mafieux ont tendance à se répartir leurs champs d'action non plus selon des critères géographiques, comme c'était très clairement le cas autrefois en Italie du Sud, en Colombie ou à Chicago, par exemple, mais plutôt en fonction de leurs

activités spécifiques. Les cartels colombiens se sont ainsi spécialisés dans l'exportation de cocaïne, les groupes afghans dans la production d'héroïne, les mafieux italiens dans le racket, alors que les groupements nigériens, turcs, kurdes, albanais ou russes agissent de préférence comme intermédiaires dans le trafic illicite de stupéfiants et de migrants. Cette division fonctionnelle du travail réduit les zones de friction entre les organisations criminelles. Des conflits continuent néanmoins d'éclater lorsque de nouveaux groupes tentent de s'implanter dans des marchés déjà sous contrôle d'une autre organisation mafieuse. On a ainsi vu des groupements se faire la guerre lorsque des réseaux albanais ont cherché à étendre leurs activités au trafic d'héroïne européen, jusque-là contrôlé par des organisations kurdes et turques, ou lorsque la Mafia russe a commencé à marcher sur les plates-bandes de la Mafia italienne.

La criminalité transnationale organisée est particulièrement dangereuse d'une part parce qu'elle tente d'infiltrer, de contrôler et de corrompre les gouvernements et d'autre part en raison de son implication dans les ventes d'armes aux criminels en tous genres et aux groupes terroristes.

Il est très difficile de se faire une idée précise de l'ampleur prise par le crime organisé. Comme ces activités sont illégales, donc sous le sceau du secret, il est quasiment impossible d'obtenir des chiffres fiables à ce sujet. Le crime organisé exploite des sources de revenus spécifiques en enfreignant la loi. Parmi ses activités de prédilection, on trouve la production et le commerce de stupéfiants, la traite d'êtres humains et le trafic illicite de migrants, le trafic d'armes, d'objets d'art et de cigarettes, les falsifications en tous genres et l'escroquerie. A lui seul, le volume mondial du trafic illégal de stupéfiants est estimé à quelque 600 milliards de francs par année. Quant au blanchiment d'argent, qui est une autre activité de base du crime organisé, les experts estiment que la somme des capitaux provenant d'activités délictueuses ou criminelles blanchis chaque année à travers le monde représente entre 1200 et 3000 milliards de francs¹. Même si, en réalité, le chiffre d'affaires du crime organisé ne correspondait qu'aux estimations les plus prudentes, son poids dans l'économie internationale reste impressionnant. Il serait d'ailleurs erroné de réduire le danger à une déstabilisation potentielle de l'économie, car les effets négatifs vont bien plus loin et touchent de nombreux domaines de notre société.

1.1.1.2 Situation au niveau national

Le crime organisé et ses activités transnationales représentent une menace pour la communauté internationale et donc aussi pour notre pays. S'il n'existe à l'heure actuelle aucun signe d'infiltration des institutions politiques ou de l'économie de la Suisse par des organisations criminelles internationales, celles-ci ne cessent d'essayer de déposer chez nous des fonds provenant d'activités illicites. On sait par ailleurs que plusieurs groupements étrangers relevant du crime organisé sont aujourd'hui présents en Suisse. La complexité et le degré d'imbrication internationale des activités criminelles sont très bien reflétés par l'entraide judiciaire internationale: la Suisse reçoit régulièrement des demandes d'entraide judiciaires de la part

¹ Ces chiffres, de même que d'autres informations ou appréciations de la situation figurant dans la suite du présent rapport, proviennent en partie de sources confidentielles ou sont tirés de rapports d'analyse stratégique confidentiels du DFJP datant des années 2001 et 2002.

d'autorités de poursuite pénale étrangères, notamment lorsqu'il s'agit d'affaires internationales d'une certaine envergure. Il existe des cas pratiques d'entraide judiciaire et d'extradition en relation avec l'art. 260^{ter} CP (organisation criminelle)². Il est fréquent que les demandes d'entraide judiciaire se rapportent également à d'autres comportements criminels tels que le trafic de stupéfiants, le trafic d'armes ou le blanchiment d'argent. La Suisse a accordé l'entraide dans de tels cas à plusieurs reprises. On peut ainsi citer un cas dans lequel l'entraide³ et l'extradition⁴ ont été accordées à l'Italie, notamment pour appartenance à une organisation criminelle. Par ailleurs, la Suisse a aussi, par exemple, extradé vers l'Italie des dirigeants de l'organisation terroriste des Brigades rouges⁵ pour des comportements sanctionnés par l'art. 260^{ter} CP. Le tribunal fédéral a précisé à ce sujet que cette disposition est également applicable aux groupements terroristes⁶. De même, la Suisse a aussi notamment accordé l'extradition à l'Espagne d'un membre actif de l'ETA, sur la base de ce même art. 260^{ter} CP.

On a constaté que certains groupes ethniques, d'origine albanaise notamment, étaient impliqués dans le crime organisé et jouaient un rôle majeur dans l'évolution de la criminalité en Suisse. Ces groupes déploient des activités illicites dans différents domaines, ils disposent de réseaux mobiles mais performants et souvent assez strictement organisés. Ces structures à caractère national ou ethnique s'articulent généralement autour de deux ou trois niveaux hiérarchiques. De plus, ils sont souvent organisés en réseaux, au sein desquels ils coopèrent et ce sont les structures faïtières qui contrôlent les activités internationales. Des opérations transfrontalières peuvent aussi être menées par de petits groupes moins hiérarchisés et organisés de manière plus souple. Ils concentrent leurs activités sur le trafic de stupéfiants et contrôlent à peu près 80% du trafic d'héroïne. Lorsqu'ils ne transportent pas de drogue, ils utilisent leurs réseaux pour la traite d'êtres humains ou la contrebande. Différentes procédures ont révélé que certaines agences de voyage en mains albanaises étaient impliquées dans des opérations de blanchiment d'argent. Il s'agit essentiellement de fonds provenant du trafic de stupéfiants qui sont ainsi recyclés pour être réinvestis dans leur pays d'origine. On est aussi en possession d'indices laissant supposer que des groupements criminels albanais sont impliqués dans des opérations de trafic d'armes.

Les organisations et les groupes criminels originaires de Russie ou de la CEI ne viennent pas principalement en Suisse pour déployer des activités criminelles de base, mais ils utilisent surtout la place financière suisse comme plaque tournante pour blanchir de l'argent. En outre, 120 000 à 200 000 femmes en provenance d'Europe de l'Est sont chaque année victimes de réseaux de traite des femmes. Le nombre de jeunes femmes russes ou ukrainiennes arrivées en Suisse munies d'un visa d'artiste pour travailler dans une boîte de nuit ou dans un cabaret a augmenté constamment ces dernières années. De même, beaucoup entrent dans notre pays avec un visa de touriste. De nombreux indices laissent à penser que bon nombre d'entre

² RS 311.0

³ Voir notamment les ATF 1A.326 et 327/2000, qui se réfèrent à l'ATF 1A. 328/2000 pour les développements particuliers relatifs à la double incrimination (admise par le TF) concernant l'art. 260^{ter} CP.

⁴ ATF 1A. 328/2000.

⁵ ATF 128 II 355 et 125 II 569.

⁶ ATF 125 II 569, consid. 5c p. 574.

elles sont victimes d'une organisation de traite des femmes qui les oblige ensuite à se prostituer.

Les activités de groupements criminels en provenance d'Afrique occidentale et centrale sont elles aussi en augmentation. Ces organisations aux ramifications mondiales sont dynamiques, très souples et intégrées dans des réseaux collaborant de manière très étroite. En Suisse, les groupes venus d'Afrique occidentale opèrent essentiellement dans le domaine du trafic de drogue et contrôlent la vente de cocaïne dans la rue. Cependant, ils sont aussi impliqués dans des délits d'escroquerie, pour lesquels ils falsifient des documents en tous genres. Les groupements en provenance d'Afrique centrale, quant à eux, se sont spécialisés dans l'escroquerie basée sur l'utilisation frauduleuse d'informations.

Bien qu'on ne constate pas d'infiltration directe de notre pays par des organisations criminelles, on court toujours le risque de voir ces dernières abuser des services d'excellente qualité fournis par la place financière suisse.

1.1.1.3 Mesures prises par la Suisse

Cela fait longtemps que la prévention et la lutte contre la criminalité transnationale organisée et ses phénomènes connexes sont considérées par la Suisse comme une tâche prioritaire. Toutefois, pour enrayer ces nouvelles formes de criminalité, il ne suffit pas d'adapter la législation – mission que la Suisse a accomplie de manière remarquable; encore faut-il améliorer la coordination des mesures prises tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des frontières et acquérir les connaissances très pointues qui sont nécessaires, surtout dans le domaine financier.

C'est dans les années 80 que la Confédération a commencé de s'armer contre le crime organisé. En 1990, le code pénal a été doté de dispositions sur le blanchiment d'argent⁷. En 1994, un second train de mesures contre le blanchiment d'argent et la criminalité organisée a été adopté, permettant de réprimer la participation et le soutien aux organisations criminelles⁸, de faciliter sensiblement l'administration de la preuve en vue de confiscations⁹ et de créer une disposition légale autorisant les intermédiaires financiers à communiquer aux autorités compétentes les indices fondant le soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime¹⁰. Au début de l'année 1995 est entrée en vigueur la révision totale du droit pénal concernant la protection du patrimoine, qui s'applique aussi aux infractions de type nouveau telles que la cybercriminalité. Depuis le 1^{er} avril 1998, la Confédération applique en outre les dispositions de la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier¹¹, qui soumet l'ensemble du secteur financier à des normes de diligence uniformes destinées à lutter contre le blanchiment d'argent (obligation de vérifier l'identité des cocontractants, obligation d'établir et de conserver des documents, etc.). S'ils ont des raisons de penser qu'ils pourraient être en présence d'opérations de blanchiment d'argent, les intermédiaires financiers ont l'obligation d'en informer le Bureau de communication en matière de

⁷ Art. 305^{bis} et 305^{ter} CP.

⁸ Art. 260^{ter} CP.

⁹ Art. 58 ss CP.

¹⁰ Art. 305^{ter}, al. 2, CP.

¹¹ LBA, RS 955.0

blanchiment d'argent, qui doit à son tour avertir les autorités de poursuite pénale. Avec la loi fédérale du 7 octobre 1994 sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération¹² et l'Office central de lutte contre le crime organisé qu'elle a institué sur cette base, la Confédération s'est donné de nouveaux moyens d'information, d'analyse et de coordination qui lui permettent de soutenir les cantons dans leur lutte contre le crime organisé. Le système JANUS¹³ est une banque de données qui apporte aux cantons un soutien rapide et efficace dans leurs enquêtes en matière de trafic illicite de stupéfiants. Enfin, le 1^{er} janvier 2005, la nouvelle loi fédérale sur l'investigation secrète est entrée en vigueur¹⁴.

Sur le plan international, la Suisse a toujours collaboré activement aux mesures de lutte contre le blanchiment d'argent. Elle a pris part dès le début aux travaux du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI) et elle poursuit son engagement au sein de cet organisme. Notre pays – tous s'accordent à le reconnaître – a suivi comme il se doit les recommandations de ce groupe chargé par les pays du G7 de lutter contre le blanchiment d'argent. Lors de la séance plénière de Berlin, qui a eu lieu du 18 au 20 juin 2003, les participants ont approuvé la révision totale des quarante recommandations. On a ainsi placé plus haut la barre des normes internationalement reconnues en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Du point de vue de la Suisse, le résultat de ces négociations est favorable dans l'ensemble. En 1993, notre pays a également ratifié la Convention n° 141 du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime¹⁵. La Suisse envoie aussi à l'étranger des attachés de police¹⁶, qui sont chargés d'apporter leur soutien aux autorités suisses, au pays dans lequel ils sont envoyés et aux organisations internationales (p.ex. Interpol) dans les grosses affaires de criminalité internationale. Ces dernières années, notre pays a en outre continuellement renforcé ses mesures de prévention et de répression de la corruption. Ces efforts ont notamment abouti à l'entrée en vigueur, le 1^{er} mai 2000, des nouvelles dispositions pénales en matière de corruption¹⁷, qui rendent par exemple punissable la corruption active d'agents publics étrangers. Cette révision a permis à la Suisse d'adhérer, le 31 mai 2000, à la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. La Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption, quant à elle, a été signée par le Conseil fédéral le 26 février 2001, et le protocole additionnel à cette convention a été signé le 3 juin 2004. Le 10 novembre 2004, le Conseil fédéral a approuvé le message relatif à la ratification de cette convention et du protocole additionnel et, le parlement a approuvé l'adhésion à ces instruments internationaux le 7 octobre 2005¹⁸. Enfin, la révision totale de la loi du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale¹⁹, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1997, a permis d'améliorer notablement la coopération internationale dans le domaine de la lutte contre le crime organisé.

¹² LOC, RS 360.

¹³ Ordonnance du 30 novembre 2001 sur le système informatisé de la Police judiciaire fédérale (ordonnance JANUS), RS 360.2.

¹⁴ RO 2004 1409.

¹⁵ Convention du Conseil de l'Europe n° 141, RS 0.311.53.

¹⁶ Des attachés de police sont stationnés à Prague, à Rome, à Washington (2), à Wiesbaden et auprès d'Interpol à Lyon. Il est prévu d'envoyer un attaché de police en Thaïlande.

¹⁷ Articles 322^{ter} à 322^{octies} CP.

¹⁸ FF 2004 6549 ss.

¹⁹ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale, EIMP, RS 351.1.

1.1.2 Traite d'êtres humains

1.1.2.1 Situation sur le plan international

Depuis plusieurs années, la traite d'êtres humains est un sujet brûlant dans le domaine des droits de l'homme. Dans un monde en voie de globalisation, dont les populations évoluent de façon asymétrique, de plus en plus de personnes fuient la pauvreté et la violence dans l'espoir de trouver ailleurs une existence meilleure. Les principaux facteurs responsables de ces mouvements de population sont d'une part, la pauvreté et le chômage dans les pays d'origine et, d'autre part, la demande de main d'œuvre bon marché et de femmes destinées à l'industrie du sexe dans les pays de destination.

Selon un rapport des Nations Unies (octobre 2002), le nombre de personnes vivant hors de leur pays natal a doublé depuis 1975 pour atteindre 175 millions. C'est l'Europe qui attire le plus d'immigrants: au cours du dernier quart du siècle passé, ils ont été 56 millions à s'y installer.

1.1.2.2 Situation au niveau national

Selon les estimations de l'Organisation Internationale pour les Migrations (OIM), le nombre de victimes de la traite d'êtres humains qui arrivent en Suisse chaque année se situe entre 1500 et 3000. Ces personnes sont amenées en Europe occidentale par des organisations criminelles opérant à l'échelle internationale ou par de petits groupements à caractère familial ou ethnique. Dans le pays d'origine, les trafiquants recrutent leurs victimes – des femmes, le plus souvent, mais aussi des enfants – dans la famille (nièces, cousines etc.), dans leur entourage, dans des clubs ou par petites annonces. En Suisse, ils sont en contact avec des parents ou des compatriotes établis dans notre pays qui opèrent dans le milieu de la prostitution ou qui connaissent des gérants de clubs, de saunas ou de cabarets. Dans certains cas, le nombre de personnes victimes de traite par ces petits groupements est étonnamment élevé: entre 1998 et 2000, un couple vivant au Tessin – une Lettone et un Italien – ont fait entrer au Tessin quelque septante femmes originaires des pays de l'Est avec l'aide d'un intermédiaire italien. Une enquête menée dans plusieurs cantons alémaniques a permis d'établir clairement qu'une organisation criminelle opérant à l'échelle internationale était impliquée dans la traite d'êtres humains à destination de la Suisse. Exclusivement active dans la traite d'êtres humains au départ, cette organisation criminelle a peu à peu étendu ses opérations à l'importation d'héroïne et de cocaïne. Les bénéfices tirés de la traite sont investis dans l'immobilier. Dans les pays d'origine, l'organisation recrute ses victimes par petites annonces, par le bouche à oreille, par des connaissances ou par des agences de voyage. Elle a ainsi approvisionné en femmes une trentaine de lieux tels que bars, restaurants, saunas, salons de massage et cabarets dans six cantons alémaniques.

D'après, l'OIM, quelque 48 % des 175 millions de migrants dans le monde sont des femmes. Cette proportion est même plus forte dans certaines régions (phénomène qu'on qualifie de féminisation de la migration). De plus en plus de femmes émigrent seules, afin de subvenir à leurs besoins. Lorsqu'elles se trouvent en situation illégale, elles sont des proies faciles pour les trafiquants et les employeurs prêts à les exploi-

ter. Elles courent plus de risques que les hommes d'être exploitées sexuellement ou d'être réduites au travail forcé.

Loin de faiblir, l'afflux en Suisse de femmes en provenance d'Europe de l'Est a plus que doublé entre 1993 et 2000. Certaines de ces femmes sont en situation irrégulière et beaucoup travaillent dans la prostitution. La plupart du temps, les trafiquants choisissent soigneusement leurs victimes et les recrutent directement dans leur pays d'origine ou par petites annonces. Si certaines n'ignorent pas qu'elles sont destinées à la prostitution, elles sont souvent trompées sur le montant des gains potentiels et sur leurs conditions de travail.

1.1.2.3 Mesures prises par la Suisse

La législation suisse autorise la prostitution. Par contre, elle interdit l'exploitation de l'activité sexuelle et l'encouragement à la prostitution. L'art. 195 CP rend ainsi punissable le fait de pousser une personne mineure à la prostitution ou de profiter d'un rapport de dépendance pour pousser autrui à la prostitution. Pour que l'auteur de l'acte soit punissable, il faut qu'il ait exercé une certaine pression sur la personne qui se prostitue et que celle-ci n'ait pas eu la possibilité de se soustraire tout simplement à cette pression.

Le fait de se livrer à la traite de personnes en vue d'exploiter leur activité sexuelle est également réprimé. En effet, aux termes de l'art. 196 CP, est punissable toute personne qui se livre à la traite d'êtres humains pour satisfaire les passions d'autrui. Conformément aux interprétations qui ont été faites jusqu'ici des dispositions pénales et compte tenu des textes juridiques internationaux, se livrer à la traite d'êtres humains signifie proposer, se procurer, vendre ou reprendre des personnes, ou encore mener des négociations ou servir d'intermédiaire dans ce genre d'opération²⁰. L'art. 196 CP ne s'applique pas aux autres formes de traite d'êtres humains, par exemple en vue de l'exploitation de leur travail ou pour le prélèvement d'organes. Ces formes de traite tombent dans le champ d'application d'autres infractions du code pénal, comme la contrainte ou les lésions corporelles, ou alors des normes pénales d'autres domaines de la législation comme le droit des étrangers, le droit du travail ou le droit de la santé. Ces dispositions pénales ne touchent cependant pas le cœur du problème, à savoir le placement et la prise en charge de personnes en tant que marchandise, mais s'appliquent uniquement à certaines conséquences de la traite d'êtres humains et ne prévoient donc que des peines relativement légères.

Peu satisfaisante, cette situation appelle une révision de l'art. 196 CP. L'art. 182 P-CP proposé dans le cadre de la ratification du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants²¹ met l'accent sur l'exploitation des personnes à des fins commerciales et ne se limite donc plus à l'exploitation sexuelle. Le champ d'application des nouvelles dispositions s'étend à tous les actes visant à l'exploitation sexuelle de personnes, à l'exploitation de leur travail ou au

²⁰ Basler Kommentar StGB II. Schwaibold/Meng, N 10 ad art. 196.

²¹ Message du 11 mars 2005 relatif au Protocole facultatif du 25 mai 2000 à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et sur la modification correspondante de la norme pénale relative à la traite des êtres humains, FF 2005 2639.

prélèvement d'organes à des fins commerciales, que l'auteur soit impliqué directement ou en qualité d'intermédiaire. Le nouvel article est adapté aux besoins actuels en matière de protection des victimes de la traite d'êtres humains (cf. ch. 3.2.3)²².

1.1.3 Trafic illicite de migrants

1.1.3.1 Situation sur le plan international

L'augmentation de la pression migratoire qui s'exerce sur les régions développées économiquement qui garantissent le respect des droits de l'homme et qui accordent un droit d'asile, conjuguée avec une diminution des opportunités légales d'immigration, fait prospérer le marché de l'immigration illégale à travers le monde. La demande croissante venant de la part de personnes désireuses d'entrer dans un pays est exploitée de manière très efficace par des organisations criminelles de passeurs. Leur activité consiste à proposer aux personnes intéressées des moyens illégaux d'entrer dans le pays de leur choix et à leur montrer comment détourner les dispositions légales en matière d'asile. Il arrive même qu'elles démarchent activement des clients pour leur proposer leurs services illicites. Ce phénomène a pour conséquence de faire augmenter tant le nombre des requérants d'asile que celui des populations clandestines. Sur les 33 millions de migrants que comptent les Etats-Unis, par exemple, 8,5 millions séjournent dans le pays illégalement. En Europe, l'OCDE estime le nombre des sans-papiers à trois millions, sur les 56 millions d'immigrants qu'elle compte depuis 1975.

Si les passeurs contribuent à permettre l'entrée illégale de personnes qui ne parviendraient sans doute pas à passer la frontière sans leur aide (comme l'illustre le terme anglais *facilitators*), ils n'ont rien en commun avec les personnes désintéressées qui aidaient au passage du rideau de fer à l'époque de la guerre froide ou qui opèrent aujourd'hui encore entre les deux Corée. Il s'agit en effet le plus souvent de criminels sans scrupules, qui sont parfois même impliqués dans des opérations de traite d'êtres humains. Il arrive en effet que la dépendance dans laquelle se trouvent les migrants par rapport aux passeurs et leur exploitation par ces derniers ne cessent pas après le passage de la frontière, notamment lorsque les migrants doivent encore de l'argent aux passeurs. Ceux-ci profitent en effet de la détresse des migrants en leur faisant du chantage, en usant de violence, par la contrainte, en faisant enlever des membres de leur famille ou en les faisant travailler comme des esclaves. Les prix demandés par les trafiquants varient fortement en fonction du pays d'origine des migrants, de la destination et de la difficulté de l'opération. Selon les estimations de l'Organisation Internationale pour les Migrations (OIM), le chiffre d'affaires réalisé avec le trafic illicite de migrants est compris entre 6 et 9 milliards d'euros par année. Les coûts, directs ou indirects, de ce trafic – notamment en termes de dépenses sociales dans les pays choisis par les immigrants – n'ont guère été calculés jusqu'ici. Ils devraient cependant être d'autant plus élevés que l'immigration illégale se concentre sur un très petit nombre de pays.

La forme la plus brutale et la plus lucrative de trafic illicite de migrants est celle contrôlée par les Snakeheads chinois. Ce nom provient du fait que les passeurs sont comparés à la tête d'un serpent, dont le corps est composé des migrants. Leur prix

²² Pour ce qui est des mesures ne relevant pas du droit pénal, nous renvoyons au rapport sur la traite d'êtres humains en Suisse, DFJP 2001.

pour un transport de la Chine vers l'Amérique du Nord peut atteindre 78 000 dollars américains. En contrepartie, ils garantissent ce qu'ils appellent un passage réussi. Cela signifie que si le voyage doit être interrompu ou si les clients sont renvoyés dans leur pays, ces derniers sont pourvus de nouveaux documents falsifiés et réexpédiés vers le pays de leurs rêves par des voies de plus en plus inhabituelles, jusqu'à ce qu'ils arrivent à destination. Ces opérations ne sont toutefois pas toujours sans risque comme l'a montré le cas des 58 Chinois retrouvés asphyxiés dans un camion à Douvre en juin 2000. Depuis lors, pratiquement tous les pays européens, le Canada, les Etats-Unis et l'Australie ont alourdi de manière draconienne les peines encourues par les passeurs. L'Union européenne, par exemple, a décidé le 28 novembre 2002 que ses Etats membres devaient fixer à huit ans de réclusion la peine maximale prévue pour les formes qualifiées de trafic illicite de migrants²³. Parmi les mesures prises par d'autres pays, il faut citer – outre l'aggravation des peines encourues par les passeurs organisés en bandes – la création de services centraux chargés de coordonner les mesures de prévention du trafic de migrants et de lutte contre ce fléau. En Suisse, cette tâche est assumée par le nouveau Service central de coordination en matière de lutte contre la traite d'êtres humains et le trafic de migrants²⁴.

1.1.3.2 Situation au niveau national

En raison de sa situation géographique et du fait qu'elle n'est pas membre de l'Union européenne, ce qui lui vaut d'être exclue de la Convention de Dublin sur le pays de premier asile, de l'espace Schengen et de l'échange d'informations européen dans le cadre du CIREFI, la Suisse est un pays qui attire le trafic d'immigrants clandestins. Sans compter que la complicité en matière d'entrée et de séjour illicite y est encore considérée comme un simple délit et donc passible de peines relativement clémentes (cf. ch. 4.2.6).

En 2004, le corps des garde-frontière (Cgfr) a empêché 6943 entrées clandestines en Suisse, ce qui représente près de 8,5 % de moins que l'année précédente. Durant cette même période, 326 passeurs ont été interpellés, soit environ 7,7 % de moins qu'en 2002. Le nombre de personnes refoulées à l'aéroport de Zurich a reculé, passant de 1403 en 2003 à 1205 l'année passée. Compte tenu du fait qu'à peine 5 % des requérants d'asile arrivent en Suisse par avion, l'évolution du nombre des demandes d'asile montre clairement que la surveillance aux frontières n'a pas permis d'enrayer l'activité des passeurs. Selon une enquête menée par le Forum suisse pour l'étude des migrations de l'Université de Neuchâtel, tous les requérants d'asile interrogés (174) ont bénéficié des services de passeurs pour entrer en Suisse. D'autres études menées dans différents pays européens viennent confirmer le rapport étroit existant entre les bandes de passeurs et l'afflux de requérants d'asile ou d'autres immigrants clandestins.

²³ Journal officiel L328 du 5 décembre 2002, p. 1–3.

²⁴ SCOTT; ce service central est composé de représentants du DFJP (OFJ, ODM, MP, OFP), du DFAE (DP IV, DDC), du DFF (Cgfr), du DFI (Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes) et des cantons (CCPCS, CAPS, ACPE, CSOL-LAVI, Conférence des déléguées à l'égalité). Il sert à la Confédération et aux cantons de plate-forme d'analyse, d'information et de coordination en matière de lutte contre la traite d'êtres humains et le trafic de migrants ainsi que d'organe de contact et de coordination dans le cadre de la collaboration internationale dans ces domaines.

Tant qu'on ne parviendra pas à reconnaître les liens potentiels entre les cas isolés de passage clandestin de la frontière, il sera difficile de démanteler les organisations ou les réseaux de passeurs et la lutte contre les complices professionnels des immigrés clandestins en Suisse restera peu efficace. Si l'on veut relever la trace du crime organisé dans ce domaine, il est indispensable d'une part de mener les enquêtes à l'échelle nationale – une opération qui doit être coordonnée, voire conduite par la Police judiciaire fédérale – et d'autre part d'assurer l'échange d'informations au niveau international ainsi qu'une coopération tant bilatérale que multilatérale avec les Etats, mais aussi avec les organisations internationales.

1.1.3.3 Mesures prises par la Suisse

En droit suisse, le trafic illicite de migrants est punissable aux termes de l'art. 23, al. 2, de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers²⁵. Dans le cadre des délibérations concernant la nouvelle loi sur les étrangers, on étudie actuellement l'opportunité d'une criminalisation du trafic de migrants lorsqu'il est le fait d'organisations criminelles et d'une adaptation du montant de la peine aux normes internationales (cf. ch. 4.2.6).

En Suisse – la comparaison internationale le fait apparaître clairement – la lutte contre le trafic organisé de migrants n'en est encore qu'à ses balbutiements. Si l'on fait l'inventaire des ressources et des instruments dont les forces de police et les services de renseignement disposent dans ce domaine, force est de constater que les informations recueillies sont encore insuffisamment exploitées. Les tâches premières du nouveau Service central de coordination en matière de lutte contre la traite des êtres humains et le trafic de migrants doivent être de faire le point sur le phénomène du trafic de migrants en Suisse, d'améliorer les échanges d'informations et de formuler des recommandations afin de prendre des mesures concrètes dans les domaines de la prévention, de la poursuite pénale et de la protection des victimes.

1.2 Le rôle des Nations Unies dans la lutte contre la criminalité transnationale organisée

La montée en puissance de la criminalité internationale s'est traduite par une prise de conscience de la communauté internationale. Cette dernière a reconnu la nécessité d'une action concertée dans la lutte contre le crime organisé et d'une coopération internationale en la matière.

Les Nations Unies ont reconnu l'importance de la prévention du crime dès les premières années de leur création. Dès 1948, elles mettaient sur pied leur premier office de lutte contre le crime international. Aujourd'hui, le Centre pour la prévention du crime international des Nations Unies est responsable de la prévention en matière de criminalité, de la mise en oeuvre de la justice pénale et des réformes en matière de droit pénal. Il porte une attention particulière au crime organisé, à la corruption et au trafic illicite d'êtres humains. Le Centre est intégré à l'Office des Nations Unies pour le contrôle des drogues et la prévention du crime, basé à Vienne. Il a créé un

²⁵ LSEE, RS 142.20

programme dont le but est d'assister les Etats membres dans leur lutte contre le crime organisé.

La Convention contre la criminalité transnationale organisée et ses protocoles additionnels sont le fruit des efforts déployés par les Nations Unies pour endiguer les activités de la criminalité organisée par-delà les frontières nationales. Elle vise à combattre de manière globale et plus efficace cette forme de criminalité, dont les activités sont liées notamment au blanchiment d'argent, à la corruption, au trafic de drogue, d'armes ou d'êtres humains. Elle fixe un standard minimum aux Etats parties, lesquels s'engagent notamment à collaborer à l'échelon international et à prendre les mesures qui s'imposent pour réprimer le crime organisé.

1.3 Les conventions internationales concernant la criminalité transnationale organisée

La Convention contre la criminalité transnationale organisée et ses protocoles additionnels constituent le premier instrument international en la matière, aussi bien sur le plan mondial que régional. La répression de certains délits liés à la criminalité organisée a néanmoins déjà fait l'objet de plusieurs conventions internationales²⁶. Le présent message fait état des plus récentes d'entre elles. La liste n'est pas exhaustive.

1.3.1 Conventions adoptées au sein des Nations Unies

Sur le plan universel, peuvent être citées:

- la Convention du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme²⁷;
- la Convention du 20 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes²⁸.

La nouvelle Convention sur la lutte contre la corruption, ouverte à la signature dès le 9 décembre 2003, a été signée par la Suisse.

Une Convention générale sur le terrorisme international est actuellement en cours de négociations aux Nations Unies.

Les principales conventions spécifiques aux droits de l'homme sont énumérées sous ch. 4.2.14.

²⁶ Pour ce qui est des conventions internationales relatives à la traite d'êtres humains et au trafic illicite de migrants, cf. ch. 4.2.14.

²⁷ FF **2002** 5014, ratifiée par la Suisse le 23 septembre 2003.

²⁸ FF **1996** 557

1.3.2 Conventions régionales

- Convention européenne d’extradition du 13 décembre 1957²⁹.
- Protocole additionnel du 15 octobre 1975 à la Convention européenne d’extradition³⁰.
- Deuxième Protocole additionnel du 17 mars 1978 à la Convention européenne d’extradition³¹.
- Convention européenne d’entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959³².
- Protocole additionnel à la Convention européenne d’entraide judiciaire en matière pénale du 17 mars 1978³³.
- Deuxième Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention européenne d’entraide judiciaire en matière pénale³⁴.
- Convention du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime³⁵.
- Convention européenne du 24 novembre 1983 relative au dédommagement des victimes d’infractions violentes³⁶.
- Convention du 21 mars 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées³⁷.
- Protocole additionnel du 18 décembre 1997 à la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées³⁸.
- Convention européenne sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001³⁹.
- Convention pénale sur la corruption du 27 janvier 1999⁴⁰ et Protocole additionnel du 15 mai 2003⁴¹.
- Convention de l’Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE) sur la lutte contre la corruption d’agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de 1997⁴²;
- Convention interaméricaine de l’organisation des Etats Américains (OAS) contre le terrorisme de 2002.

²⁹ RS **0.353.1**

³⁰ RS **0.353.11**

³¹ RS **0.353.12**

³² RS **0.351.1**

³³ STE 099, signé par la Suisse le 17 novembre 1981.

³⁴ SR **0.351.12**

³⁵ RS **0.311.53**

³⁶ RS **0.312.5**

³⁷ RS **0.343**

³⁸ RS **0.343.1**

³⁹ STE 185, signée par la Suisse le 23 novembre 2001.

⁴⁰ STE 173, signée par la Suisse le 26 février 2001.

⁴¹ STE 191, signée par la Suisse le 3 juin 2004.

⁴² Ratifiée par la Suisse le 31 mai 2000; message du 19 avril 1999 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (révision des dispositions pénales applicables à la corruption) et l’adhésion de la Suisse à la Convention sur la lutte contre la corruption d’agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

De même, les deux protocoles accompagnant la convention sont compatibles avec les instruments adoptés par le Conseil de l'Europe dans les domaines de la traite des personnes et du trafic illicite des migrants, qui sont les suivants:

- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950⁴³, et ses protocoles.
- Charte sociale européenne du 18 octobre 1961⁴⁴.
- Convention du 10 décembre 1984⁴⁵ contre la torture et autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants.

1.3.3 Recommandations du Conseil de l'Europe

- Recommandation N° R (1991) 11 sur l'exploitation sexuelle, la pornographie et la prostitution ainsi que sur le trafic d'enfants et de jeunes adultes.
- Recommandation N° R (1996) 8 sur la politique criminelle dans une Europe en transformation.
- Recommandation N° R (1997) 13 sur l'intimidation des témoins et les droits de la défense.
- Recommandation N° R (2000) 11 sur la lutte contre la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle.
- Recommandation N° 1065 (1987) relative à la traite des enfants et autres formes d'exploitation des enfants.
- Recommandation N° 1211 (1993) relative aux migrations clandestines: passeurs et employeurs de migrants clandestins.
- Résolution 1099 (1996) relative à l'exploitation sexuelle des enfants.
- Recommandation N° 1325 (1997) relative à la traite des femmes et à la prostitution forcée dans les Etats membres du Conseil de l'Europe.

1.4 La Suisse et l'adhésion à la convention et aux protocoles additionnels

La Suisse considère depuis longtemps la lutte contre la criminalité transnationale organisée comme l'une de ses préoccupations majeures. Son emplacement central en Europe lui vaut d'être un lieu de passage. En outre, elle dispose d'une place financière internationalement reconnue. Malgré les règles prudentielles applicables au milieu bancaire et le nouveau système législatif institué pour lutter contre le crime organisé et le blanchiment d'argent, il ne peut être exclu que la place financière suisse, comme tant d'autres places financières, soit utilisée de manière occasionnelle pour financer des actes liés à une telle forme de criminalité.

⁴³ RS **0.101**

⁴⁴ STE 035, signée par la Suisse le 6 mai 1976.

⁴⁵ RS **0.105**

La Suisse salue dès lors le renforcement de la coopération internationale et l'harmonisation du droit dans ce domaine. Le 12 décembre 2000, la Conseillère fédérale Ruth Metzler a signé au nom de la Suisse cette convention, que le Conseil fédéral a approuvée le 27 novembre 2000. En complément à cette convention, deux protocoles additionnels, à savoir le protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, et celui contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, ont également été signés par notre pays le 2 avril 2002. La traite d'êtres humains est une réalité même en Suisse et notre pays sert fréquemment de destination finale au trafic de migrants. De ce fait, la Suisse a largement intérêt à bénéficier du soutien international dans sa lutte contre le trafic de personnes et contre les réseaux de passeurs, tout en étant elle-même disposée à fournir son aide à d'autres Etats.

2 Convention contre la criminalité transnationale organisée

2.1 Partie générale

2.1.1 Historique

En adoptant la Résolution 53/111 du 9 décembre 1998, l'Assemblée générale de l'ONU a institué un comité inter-étatique ad hoc chargé d'élaborer une convention internationale contre la criminalité transfrontalière organisée⁴⁶ et trois protocoles additionnels, contre la traite des personnes⁴⁷, le trafic illicite de migrants⁴⁸ et les armes à feu⁴⁹. Le comité ad hoc était ouvert à tous les Etats membres de l'ONU et à toutes ses organisations spécialisées. Bien que n'étant alors pas encore membre de l'ONU, la Suisse a elle aussi été invitée à prendre part aux négociations. Elle y a répondu favorablement et participé activement aux travaux dès le début.

Le premier projet de convention a été présenté par la Pologne, qui a organisé une première réunion d'experts à Varsovie en février 1998. A la fin du mois d'août 1998, une rencontre préparatoire informelle a eu lieu à Buenos Aires sur invitation de l'Argentine. Le projet revu et modifié a servi de base aux travaux du comité ad hoc.

⁴⁶ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (UN.Doc. A/55/383); ci-après: la convention. Signée par 147 Etats et ratifiée par 112 Etats, elle est entrée en vigueur le 29 septembre 2003.

⁴⁷ Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transfrontalière organisée (UN.Doc. A/55/383 annexe II); ci-après: protocole additionnel contre la traite des personnes. Il a été signé par la Suisse le 2 avril 2002. Le protocole a été signé par 117 Etats et ratifié par 93 Etats. Il est entré en vigueur le 25 décembre 2003.

⁴⁸ Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (UN.Doc. A/55/383 annexe III); ci-après: protocole additionnel contre le trafic illicite de migrants. Il a été signé par la Suisse le 2 avril 2002. Le protocole a été signé par 112 Etats et ratifié par 82 Etats. Il est entré en vigueur le 28 janvier 2004.

⁴⁹ Protocole contre la fabrication et le trafic illicite des armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (UN.Doc. A/55/383 annexe IV); ci-après: protocole additionnel contre les armes à feu. Il n'a été ni signé ni ratifié par la Suisse. Le protocole a été signé par 52 Etats et ratifié par 44 Etats. Il n'est pas encore en vigueur.

Entre le 19 janvier 1999 et le 27 octobre 2000, le comité ad hoc s'est réuni en séance ordinaire à Vienne à onze reprises. Outre les quelque 100 à 120 délégations, de nombreux observateurs étaient présents à ces séances, représentant des ONG ou des organisations inter-étatiques.

2.1.2 Participation de la Suisse à la préparation de la convention

Etant donné que l'instrument en préparation ne pouvait que servir les intérêts de la Suisse, la délégation suisse a participé activement à l'élaboration de la convention et de ses protocoles additionnels. Elle a œuvré en faveur d'une solution qui soit la plus efficace possible dans la lutte contre la criminalité transnationale organisée et a présenté différentes propositions dans ce sens. D'entente avec d'autres Etats européens, elle a notamment milité en faveur d'une punissabilité très large de l'appartenance à une organisation criminelle et du blanchiment d'argent, de même que pour une intensification de la collaboration entre les Etats parties.

La version de la convention qui a été adoptée est un compromis entre les différentes conceptions du problème qui ont été présentées au cours des négociations. Le contenu de la convention est compatible tant avec les intérêts de la Suisse qu'avec sa législation.

2.1.3 Contenu et portée de la convention

Le but fondamental de la convention est d'obtenir un renforcement de la collaboration internationale aux fins d'enrayer la criminalité transnationale organisée et de la combattre plus efficacement. Une des conditions essentielles à l'atteinte de l'objectif fixé était d'obtenir la création au niveau national de bases minimales communes en termes de mesures et de dispositions légales afin de permettre aux Etats parties d'aborder le problème de la lutte contre le crime organisé de manière efficace. La convention vise donc aussi à réduire les différences entre les législations nationales des Etats parties. On espère qu'elle encouragera et aidera les Etats dont les mesures sont encore insuffisantes dans ce domaine à rattraper leur retard, mais aussi que les pays seront nombreux à aller au-delà de l'absolu minimum exigé par la convention et ses protocoles additionnels soit sur le plan bilatéral, soit au niveau régional.

L'énoncé de l'objet de la convention (article premier) est suivi de toute une série de définitions (art. 2) et de dispositions relatives au champ d'application (art. 3) et à la protection de la souveraineté (art. 4). Viennent ensuite des normes plus ou moins contraignantes sur l'incrimination de la participation à un groupe criminel organisé (art. 5), sur l'incrimination du blanchiment d'argent (art. 6), sur les autres mesures à prendre dans la lutte contre le blanchiment d'argent (art. 7), sur l'incrimination de la corruption et la prise de mesures contre la corruption (art. 8 et 9), de même que sur la responsabilité des personnes morales (art. 10). Les dispositions qui suivent régissent la confiscation et la saisie (art. 12 à 14), la compétence (art. 15), l'extradition (art. 16), le transfert des personnes condamnées (art. 17) et l'entraide judiciaire (art. 18). Avant les dispositions finales, on trouve encore des articles relatifs à l'incrimination de l'entrave au bon fonctionnement de la justice (art. 23), à la protection des témoins et des victimes (art. 24 et 25), à la coopération dans le domaine de

la poursuite pénale (art. 26 et 27), à l'assistance technique (art. 29) et à la prévention (art. 31). Enfin, conformément aux dispositions sur l'entrée en vigueur, quarante adhésions ou ratifications sont nécessaires pour que la convention entre en force.

Pour ce qui est du contenu des protocoles additionnels contre la traite des personnes et le trafic illicite de migrants, cf. ch. 3.1 et 4.1.

La convention et ses protocoles additionnels incarnent une évolution importante du droit pénal international et constituent les fondements sur lesquels la communauté internationale pourra désormais construire sa lutte contre le crime organisé. Ces instruments ont d'autant plus d'importance qu'ils sont les premiers, au niveau mondial, à recouvrir toutes les mesures de prévention de la criminalité transnationale organisée et de lutte contre ce fléau. On peut donc affirmer sans crainte que la convention et ses protocoles additionnels marquent le début d'une ère nouvelle dans la coopération internationale contre la criminalité transnationale organisée. La ratification et la mise en œuvre de ces instruments sont dès lors prioritaires pour la communauté internationale.

Pour la Suisse, ces instruments de lutte contre le crime organisé sont d'une importance capitale: notre pays a en effet intérêt à ce que les normes en vigueur sur son territoire – notamment en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et la corruption transfrontalière – soient respectées par le plus d'Etats possible, entre autres dans une optique économique, afin que la concurrence étrangère soit soumise aux mêmes contraintes que les entreprises suisses. La Suisse doit aussi se montrer particulièrement vigilante et efficace dans la prévention de la criminalité transnationale organisée et dans sa lutte contre les réseaux criminels afin de protéger sa place financière.

2.1.4 Rapport entre la convention et ses protocoles additionnels

Pour pouvoir adhérer aux protocoles additionnels, il faut d'abord avoir ratifié la convention (art. 37 de la convention). Les Etats peuvent donc être partie uniquement à la convention, mais ils ne peuvent pas adhérer à un ou à plusieurs protocoles additionnels sans être partie à la convention. Ces protocoles doivent donc être lus et interprétés dans le contexte de la convention dont ils dépendent. Cette convention contient en effet des dispositions générales (p. ex. coopération, assistance technique ou entraide judiciaire) qui, par principe, s'appliquent aussi aux protocoles additionnels. Ceux-ci sont complétés par des dispositions spéciales.

2.1.5 Résultats de la procédure de consultation

Par décision du 15 décembre 2003, le Conseil fédéral a autorisé le Département fédéral de justice et police (DFJP) à ouvrir une procédure de consultation sur le rapport explicatif et l'avant-projet d'adhésion à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, à son protocole additionnel visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, et à son protocole additionnel contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer. Suite à cette décision, le DFJP a invité les cantons, les partis représentés au Conseil fédéral, les associations et les organisations intéressées, ainsi

que les tribunaux fédéraux, à donner leur avis sur ce projet avant la fin du mois de mars 2004.

53 réponses sont parvenues au DFJP (de la part de 25 cantons, de 2 partis représentés au Conseil fédéral, du Parti chrétien-social, de 4 organisations économiques et de 21 organisations et institutions intéressées)⁵⁰.

L'adhésion de la Suisse à la convention des Nations Unies et aux deux protocoles additionnels est approuvée à une exception près⁵¹. La révision de l'art. 196 CP (art. 182 P-CP) – révision qui s'inscrit dans le cadre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants – est également approuvée sans exception par les partisans d'une adhésion à convention et à ses protocoles. La majorité des participants à la consultation considère que la révision proposée (art. 182 P-CP) est juste dans son principe. Une minorité trouve toutefois que le projet ne va pas assez loin. Le principal souhait est que la définition de l'infraction soit exprimée de manière plus précise⁵² et que la protection des victimes mineures de la traite des personnes soit renforcée⁵³.

2.2 Partie spéciale: les principales dispositions de la convention et leur rapport avec le droit suisse

2.2.1 Objet (art. 1)

Selon l'*art. 1*, l'objet de la convention est de promouvoir la coopération au niveau international afin de prévenir et de combattre plus efficacement la criminalité transnationale organisée.

2.2.2 Terminologie (art. 2)

A la *let. a*, l'expression *groupe criminel organisé* désigne un groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert. Quant au fond, cette définition correspond à celle de l'art. 260^{ter} CP (organisation criminelle)⁵⁴. Aux termes de la convention, ce groupe doit avoir pour but de commettre des infractions graves visées par la convention pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel. Aux termes de la *let. b*, est considéré comme *infraction grave* au sens de la convention tout acte

⁵⁰ Cf. pour les détails: Résumé des résultats de la procédure de consultation sur le rapport et l'avant-projet, Office fédéral de la justice, Août 2004.

⁵¹ UDC.

⁵² Cantons de Zurich et de Thurgovie, Société suisse de droit pénal, Christlicher Friedensdienst, Schweizerische Konferenz der Interventionsstellen und Interventionsprojekte gegen häusliche Gewalt, Centre d'information pour les femmes d'Afrique, d'Asie, d'Amérique latine et l'Europe de l'Est, Organisation faïtière suisse des maisons d'accueil pour femmes, Terre des hommes Suisse, Unicef.

⁵³ Femmes juristes suisses, pro juventute, Terre des hommes Suisse, Unicef.

⁵⁴ Message concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (Révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle, droit de communication du financier) du 30 juin 1993, FF 1993 III 269.

constituant une infraction passible d'une peine privative de liberté de quatre ans au moins. Le droit pénal suisse, quant à lui, définit les activités des organisations criminelles en se fondant sur le type d'infraction commis: il doit s'agir d'actes qui sont considérés comme des crimes en droit suisse et qui sont donc punis de peines de réclusion (art. 9, al. 1, CP et les infractions visées par le CP et par le droit pénal accessoire) ou, selon le système prévu dans la version révisée de la partie générale du code pénal⁵⁵, d'actes punis de peines privatives de liberté de plus de trois ans (art. 10 nCP). En clair, il doit s'agir soit d'un crime violent, par exemple d'une infraction contre la vie ou l'intégrité corporelle, d'une extorsion, d'un enlèvement ou d'une prise d'otage, soit d'un acte visant un enrichissement par des moyens criminels⁵⁶. Parmi les infractions visées, citons notamment les crimes tombant sous le coup du titre deuxième de la partie spéciale du code pénal, par exemple les enlèvements ayant pour but l'obtention d'une rançon ou la prise d'otages (art. 184 et 185), l'encouragement à la prostitution et la traite d'êtres humains (art. 195 et 196) ou les crimes relevant du faux-monnayage ou du faux dans les titres, selon les titres dixième et onzième de la partie spéciale du code pénal. La définition de l'art. 260^{ter} CP va donc plus loin que celle de la convention dans la mesure où elle inclut aussi des infractions punies d'une peine maximale inférieure, de même que des infractions qui ne visent pas à l'obtention d'un avantage financier ou matériel.

La *let. c* vient préciser l'expression *groupe structuré*, qui est un élément de définition du groupe criminel organisé: s'il faut que le groupe ne se soit pas constitué au hasard, il n'est pas nécessaire qu'il ait des rôles formellement définis pour ses membres, une continuité dans sa composition et une structure élaborée.

Le terme *biens*, à la *let. d*, désigne tous les types d'avoirs, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, matériels ou immatériels, et les actes juridiques ou documents attestant la propriété de ces avoirs ou les droits y relatifs. L'expression *valeurs patrimoniales* au sens de l'art. 59, ch. 1, CP, recouvre tous les avantages économiques, qu'ils représentent une augmentation d'actifs ou une diminution de passifs. Cette définition englobe donc aussi les droits réels restreints, les créances, les droits immatériels et les autres avantages économiques susceptibles d'être estimés, ou le cas échéant, chiffrés dans le cadre d'une décision de créance compensatrice⁵⁷. Elle comprend par conséquent tous les éléments contenus dans la définition de la convention.

En vertu de la *let. e*, l'expression *produit du crime* désigne tout bien provenant directement ou indirectement de la commission d'une infraction ou obtenu directement ou indirectement en la commettant.

Par *gel* ou *saisie* au sens de la *let. f*, la convention comprend l'interdiction temporaire du transfert, de la conversion, de la disposition ou du mouvement de biens ou le fait d'assumer temporairement la garde ou le contrôle de biens sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente.

La *let. g* définit par *confiscation* la dépossession permanente de biens sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente. Ce terme s'applique à des sanctions prises contre le patrimoine qui, dans le contexte du droit national, représentent des peines ou des mesures. Ce qui est décisif, c'est leur lien avec un acte pénalement

⁵⁵ Révision du code pénal (partie générale) du 13 décembre 2002, FF **2002** 7658.

⁵⁶ FF **1993** III 288

⁵⁷ FF **1993** III 299 avec renvois.

répréhensible. S'il n'est pas nécessaire que la confiscation ait été ordonnée dans le cadre de la procédure de jugement, elle peut aussi avoir été décidée dans le contexte d'une ordonnance de non-lieu ou d'une procédure de confiscation menée séparément, il est indispensable que la procédure en question soit conduite par un tribunal indépendant au sens de l'art. 6, par. 1, CEDH.

L'expression *infraction principale* au sens de la *lettre h* désigne toute infraction à la suite de laquelle un produit est généré, ce dernier étant susceptible de devenir l'objet d'une infraction au sens de l'art. 6 de la convention. C'est donc l'acte qui a permis l'obtention du produit visé à l'art. 6 et qui conditionne le blanchiment d'argent.

En vertu de la *let. i*, on entend par *livraison surveillée* la méthode qui consiste à permettre le passage par le territoire d'un ou de plusieurs Etats d'expéditions illicites ou suspectées de l'être, au su et sous le contrôle des autorités compétentes de ces Etats, en vue d'enquêter sur une infraction et d'identifier les personnes impliquées dans sa commission.

Organisation régionale d'intégration économique, à la *let. j*, désigne toute organisation constituée par des Etats souverains d'une région donnée, à laquelle ses Etats membres ont transféré des compétences en ce qui concerne les questions régies par la convention et qui a été dûment mandatée pour signer, ratifier, accepter, approuver la convention ou y adhérer.

2.2.3 Champ d'application (art. 3)

Selon l'*art. 3, par. 1*, la convention s'applique, sauf disposition contraire, à la prévention, aux enquêtes et aux poursuites concernant les infractions établies conformément aux art. 5 (participation à un groupe criminel organisé), 6 (blanchiment du produit du crime), 8 (corruption) et 23 (entrave au bon fonctionnement de la justice) ainsi que les infractions graves telles qu'elles sont définies à l'art. 2, à condition que ces infractions soient de nature transnationale et qu'un groupe criminel organisé y soit impliqué (pour ce qui est des infractions mentionnées, cf. ch. 2.2.5., 2.2.6.1., 2.2.7., 2.2.19.; en ce qui concerne les expressions «infractions graves» et «groupe criminel organisé», cf. ch. 2.2.2.).

Une infraction est considérée comme étant de nature transnationale au sens du *par. 2* si elle est commise dans plus d'un Etat (let. a), si elle est commise dans un seul Etat, mais qu'une partie substantielle de sa préparation, de sa planification, de sa conduite ou de son contrôle a lieu dans un autre Etat (let. b), si elle est commise dans un seul Etat, mais qu'elle implique un groupe criminel organisé qui se livre à des activités criminelles dans plus d'un Etat (let. c) ou si elle est commise dans un seul Etat, mais qu'elle a des effets substantiels dans un autre Etat (let. d).

2.2.4 Protection de la souveraineté (art. 4)

Cet article rappelle les principes de l'égalité souveraine des Etats, de l'intégrité territoriale et de la non-ingérence dans les affaires intérieures. Il y est aussi précisé qu'aucun Etat n'est habilité à exercer sur le territoire d'un autre Etat des compétences ou des fonctions qui sont exclusivement réservées aux autorités de cet autre Etat par son droit interne.

2.2.5

Incrimination de la participation à un groupe criminel organisé (art. 5)

En vertu du *par. 1*, les Etats parties sont tenus de conférer à la participation à un groupe criminel organisé le caractère d'infraction pénale.

D'après la *let. a*, ils doivent définir la participation intentionnelle à l'un ou l'autre des actes suivants ou aux deux comme un acte pénalement répréhensible à part entière:

- le fait de s'entendre avec une ou plusieurs personnes en vue de commettre une infraction grave à une fin liée directement ou indirectement à l'obtention d'un avantage financier ou d'un autre avantage matériel (i),
- la participation active d'une personne ayant connaissance soit du but et de l'activité criminelle générale d'un groupe criminel organisé, soit de son intention de commettre les infractions en question aux activités criminelles du groupe criminel organisé ou à d'autres activités du groupe criminel organisé lorsque cette personne sait que sa participation contribuera à la réalisation du but criminel susmentionné (ii).

La *let. b* stipule que les Etats parties doivent également conférer le caractère d'infraction pénale au fait d'organiser, de diriger, de faciliter, d'encourager ou de favoriser au moyen d'une aide ou de conseils la commission d'une infraction grave impliquant un groupe criminel organisé.

Le fait d'être l'auteur d'une infraction ou d'y participer (instigation et complicité) est régi par les dispositions de la partie générale du code pénal (*par. 1 a ii a* et *par. 1 b*). Pour qu'il y ait complicité (aide ou conseils favorisant la commission d'une infraction grave selon la convention) au sens du droit suisse, il doit exister un lien de causalité entre la contribution du complice et la réalisation de l'infraction⁵⁸. Si ce lien fait défaut, ce sont les dispositions de l'art. 260^{ter} CP qui s'appliquent. Celui-ci vise en effet le soutien ou la participation à une organisation criminelle sans exiger l'existence d'un lien de causalité (*par. 1 a ii b*). L'art. 260^{ter} CP s'applique donc dans tous les cas où l'on ne sera pas parvenu à apporter la preuve d'infractions plus graves (participation, tentative ou actes préparatoires punissables en rapport avec un crime commis par une organisation criminelle). Ces dispositions viennent ainsi élargir le champ des actes punissables au-delà de la participation à une infraction spécifique, englobant désormais la participation et le soutien aux activités criminelles de l'organisation⁵⁹.

L'option contenue au *par. 1 a i* en relation avec le *par. 3* est pertinente uniquement dans le cas des législations reconnaissant l'entente en vue de commettre une infraction comme crime à part entière. Comme l'entente ne constitue pas un acte incriminé par le droit suisse et comme la convention ne l'oblige pas à y remédier, ces dispositions restent sans conséquence sur la législation suisse.

⁵⁸ Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, Berne 1996, 13 N 113.

⁵⁹ Message du 30 juin 1993 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle, droit de communication du financier), FF 1993 III 290.

La disposition du *par. 2*, selon laquelle la connaissance, l'intention, le but, la motivation ou l'entente visés au *par. 1* peuvent être déduits de circonstances factuelles objectives ne pose elle non plus aucun problème.

2.2.6 Blanchiment d'argent: incrimination et mesures de lutte (art. 6 et 7)

2.2.6.1 Incrimination du blanchiment du produit du crime (art. 6)

En vertu de l'*art. 6, par. 1*, les Etats parties sont tenus, conformément aux principes fondamentaux de leur droit interne, de conférer au blanchiment d'argent le caractère d'infraction pénale si l'acte a été commis intentionnellement. Définissant les transactions portant sur des biens issus de l'infraction principale qui doivent être incriminées, la convention distingue trois variantes (*let. a i, a ii, b i*), en incluant dans une très large mesure les actes de participation (*let. b ii*). Alors que les dispositions des lettres *a i* et *a ii* sont absolument contraignantes, celles des *let. b i* et *b ii* s'appliquent sous réserve des concepts fondamentaux de chaque système juridique national.

En vertu du *par. 1, let. a i*, les Etats doivent punir la conversion ou le transfert de biens dont celui qui s'y livre sait qu'ils sont le produit du crime, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne impliquée dans la commission de l'infraction principale à échapper aux conséquences juridiques de ses actes. Selon la *let. a ii*, doivent aussi être incriminés la dissimulation ou le déguisement de la nature véritable, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété de biens dont l'auteur sait qu'ils sont le produit du crime.

La notion assez large de valeur patrimoniale utilisée à l'*art. 305^{bis} CP* recouvre au moins la définition contenue dans la convention⁶⁰. Dans les deux cas, il est nécessaire de prouver l'origine criminelle des biens. Il reste donc à voir si la définition de l'acte au sens de l'*art. 305^{bis} CP* satisfait aux exigences de la convention. Elle comprend en tous cas la variante au sens de la lettre *a ii* (dissimulation intentionnelle). Le modèle suisse, il est vrai, diffère légèrement de la variante décrite à la *let. a i*: alors que la convention admet n'importe quel type de transaction, à condition que l'acte ait été commis intentionnellement, le droit suisse se contente du dol éventuel dans la commission d'une transaction qualifiée (entrave à la découverte ou à la confiscation de valeurs patrimoniales). Comme le but du blanchiment d'argent sert toutefois des transactions qui peuvent être dissimulées, force est de constater que la formulation suisse est plus précise que celle de la convention. De plus, elle contient moins d'éléments subjectifs que la formulation de la convention. Dans l'ensemble, nos dispositions répondent aux exigences tant de la *let. a i* que de la *let. a ii* de l'*art. 6, par. 1*.

La variante du *par. 1, let. b i*, qui s'applique sous réserve des concepts fondamentaux du système juridique national, élargit considérablement l'éventail des actes

⁶⁰ Message du 12 juin 1989 concernant la modification du code pénal suisse (législation sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières), FF 1989 II 981s.

punissables en rapport avec le blanchiment d'argent. Selon cette disposition, est déjà pénalement répréhensible le seul fait d'acquérir, de détenir ou d'utiliser des biens dont on avait conscience, au moment de leur réception, qu'ils étaient le produit du crime. Tous les cas de réception de valeurs acquises par des moyens criminels ne permettent cependant pas automatiquement de conclure à l'existence d'un acte d'entrave au sens de l'art. 305^{bis}, ch. 1, CP. Quant au fond, les comportements décrits à l'art. 6, par. 1, let. b i, sont de toute manière plus proches du recel (art. 160 CP) que du blanchiment d'argent, même si l'on relève là aussi des lacunes, d'une part si l'objet ne provient pas d'une infraction contre le patrimoine et d'autre part s'il s'agit d'un objet de remplacement. En ce qui concerne la let. bi, la Suisse doit donc user de la marge de manœuvre laissée par la disposition du fait de la réserve formulée pour tenir compte des concepts fondamentaux des systèmes juridiques nationaux⁶¹.

Le par. 1, let. bii, a pour but d'assurer que la tentative et la participation aux actes spécifiés aux let. a i, a ii et b i seront elles aussi punies. La formulation parfois redondante de la disposition – certains termes paraissent faire double emploi – s'explique par le fait que les actes de participation, notamment, sont l'objet de définitions et de techniques de réglementation divergentes dans les différents systèmes juridiques. La réserve concernant les concepts fondamentaux des systèmes juridiques est donc particulièrement importante dans l'optique de la transposition des dispositions de l'art. 6, par. 1, let. b ii dans les législations nationales des Etats parties.

Le par. 2, let. a, invite les Etats parties à appliquer le par. 1 à l'éventail le plus large possible d'infractions principales (infractions préalables). Selon les exigences minimales contraignantes formulées à la let. b, tous les Etats parties incluent dans le catalogue des infractions principales l'ensemble des infractions graves définies à l'art. 2 et toutes les infractions au sens des art. 5, 8 et 23. Conformément à l'art. 305^{bis} CP, un acte ne peut être punissable aux termes des dispositions sur le blanchiment d'argent que si les valeurs patrimoniales en cause sont le produit d'un crime. Les infractions graves au sens de l'art. 2 de la convention, la participation à une organisation criminelle et la corruption telles qu'elles sont définies dans la convention, sont sans exception considérées comme des crimes en droit suisse et peuvent de ce fait être reconnues comme des infractions principales ayant motivé le blanchiment d'argent. Pour ce qui est de l'entrave au bon fonctionnement de la justice au sens de l'art. 23 de la convention, il paraît important de préciser que seuls peuvent être considérés comme infractions principales des actes pouvant permettre l'obtention délictueuse de valeurs patrimoniales. Cette condition est clairement remplie par les actes décrits à la let. a de l'art. 23 (obtention de faux témoignages, empêchement de témoignages ou de la présentation d'éléments de preuve). Ces comportements sont tous considérés comme des crimes par le droit suisse et entrent donc en ligne de compte comme infractions principales (cf. ch. 2.2.19.).

Selon la *let. c*, le blanchiment d'argent doit pouvoir être puni même si l'infraction principale – elle doit être punissable dans les deux Etats – ne relève pas de la com-

⁶¹ Cf. art. 6, par. 1c, de la Convention n° 141 du Conseil de l'Europe. La Suisse s'est là aussi référée à une réserve analogue concernant les concepts fondamentaux des systèmes juridiques pour tirer parti de la souplesse de la convention dans ce domaine, position qui n'a jamais été contestée à ce jour.

pétence judiciaire de l'Etat partie. Cette condition est remplie aux termes de l'art. 305^{bis}, ch. 3, CP.

A la *let. d*, la convention oblige en outre les Etats parties à remettre au Secrétaire général de l'ONU une copie ou une description des lois qui donnent effet à l'art. 6 ainsi qu'une copie ou une description de toutes les modifications apportées ultérieurement à ces lois.

Globalement, on peut admettre que la législation suisse satisfait aux exigences de l'art. 6 de la convention.

2.2.6.2 Mesures de lutte contre le blanchiment d'argent (art. 7)

Selon l'art. 7, *par. 1, let. a*, les Etats parties doivent, dans les limites de leurs compétences, instituer un régime interne complet de réglementation et de contrôle des banques et des institutions financières non bancaires ainsi que, le cas échéant, des autres entités particulièrement exposées au blanchiment d'argent, en mettant l'accent sur l'identification des clients, l'enregistrement des opérations et la déclaration des opérations suspectes.

La Suisse a mis en place un large dispositif de prévention et de lutte contre le blanchiment d'argent qui répond aux standards internationaux du Conseil de l'Europe⁶², du Groupe Egmont⁶³ et du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire. Cela vaut aujourd'hui également dans une grande mesure pour les 40 recommandations révisées du Groupe d'action financière de lutte contre le blanchiment de capitaux (GAFI)⁶⁴. Un projet de mise en œuvre complète de ces standards a été mis en procédure de consultation⁶⁵. La loi sur le blanchiment d'argent (LBA) a précisément pour but de réglementer la lutte contre le blanchiment d'argent au sens de l'art. 305^{bis} CP et de garantir la vigilance en matière d'opérations financières. Elle s'applique à tous les intermédiaires financiers en Suisse: d'une part aux établissements soumis à la surveillance de la Commission fédérale des banques⁶⁶, à certaines assurances, aux maisons de jeux et d'autre part à toutes les autres personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt, aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers, en particulier les gérants de fortune. La LBA oblige les intermédiaires financiers à identifier leurs clients et les ayants droit économiques

⁶² Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, conclue le 8 novembre 1990 à Strasbourg et entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} septembre 1993; RS **0.311.53**.

⁶³ Le *Groupe Egmont* est un groupe de travail informel dont l'objectif est de créer des conditions permettant un échange sûr, rapide et légal d'informations destinées à la lutte contre le blanchiment d'argent. Il se compose de 94 membres, dont la Suisse.

⁶⁴ Le GAFI est un organisme intergouvernemental fondé lors du sommet du G7 à Paris en 1989. Il compte 31 pays membres, dont la Suisse, et deux organisations internationales (l'Union européenne et le Conseil de coopération du Golfe). Sa mission consiste à identifier les méthodes de blanchiment d'argent, ainsi qu'à concevoir et à promouvoir des stratégies de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Les recommandations du GAFI relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme sont au nombre de 40 et il existe 9 recommandations spéciales relatives à la lutte contre le financement du terrorisme.

⁶⁵ Rapport et message relatifs à la mise en œuvre des Recommandations révisées du GAFI.

⁶⁶ La CFB surveille notamment les banques, les courtiers en valeurs mobilières et les directions de fonds de placement.

des valeurs patrimoniales qui leur sont confiées («know your customer»), et à conserver les documents relatifs aux transactions, aux enquêtes effectuées en vertu l'art. 6 LBA et aux vérifications effectuées («paper trail»). En cas de soupçon fondé de blanchiment d'argent, les intermédiaires financiers ont l'obligation d'aviser immédiatement le Bureau de communication en matière de blanchiment (MROS)⁶⁷ et de bloquer sans délai les avoirs suspects. Les autorités de surveillance instituées par des lois spéciales (Commission fédérale des banques, Office fédéral des assurances privées, Commission fédérale des maisons de jeu), l'autorité de contrôle et le bureau de communication peuvent se transmettre toutes les informations et tous les documents nécessaires à l'application de la loi sur le blanchiment d'argent.

Les Etats parties, conformément au *par. 1, let. b*, s'assurent que leurs autorités administratives, leurs autorités de poursuite pénale et leurs autres autorités chargées de la lutte contre le blanchiment d'argent sont en mesure de coopérer et d'échanger des informations aux niveaux national et international. Ils sont aussi invités à envisager la création d'un centre national de collecte, d'analyse et de diffusion d'informations concernant d'éventuelles opérations de blanchiment d'argent. D'une manière générale, la coopération avec les autorités judiciaires et les autorités de poursuite pénale étrangères est garantie par notre législation sur l'entraide judiciaire. Se fondant sur la loi sur le blanchiment d'argent, la Suisse a en outre créé le bureau de communication en matière de blanchiment (MROS). Ce service travaille conformément aux principes établis par le Groupe Egmont et répond donc pleinement aux exigences facultatives du *par. 1, let. b*. Dans le contexte des opérations de lutte contre le blanchiment d'argent (art. 32 LBA), le bureau est autorisé à échanger des données personnelles avec les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers (*financial intelligence units*, FIU). L'autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le MROS peuvent en outre s'échanger toutes les informations et tous les documents nécessaires à l'application de la loi sur le blanchiment d'argent (art. 29 LBA). Enfin, l'échange d'informations entre le bureau de communication et les autorités de poursuite pénale en Suisse ou à l'étranger est lui aussi expressément prévu (art. 32 LBA, en relation avec l'art. 13, al. 2, de la loi sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération et l'art. 11 de l'ordonnance du 25 août 2004 sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent⁶⁸).

Parallèlement au MROS et à la section de la Police judiciaire fédérale (PJF) chargée de la répression du blanchiment d'argent, il existe à l'Office fédéral de la police un Service d'analyse et de prévention (SAP), qui se préoccupe lui aussi du blanchiment d'argent. Spécialisé dans l'analyse et l'étude systématique des affaires concrètes, ce service a pour but d'établir une typologie des cas enregistrés, de rassembler et d'analyser les jugements prononcés et d'être à l'affût des nouveaux développements en matière de blanchiment d'argent. Ces trois services entretiennent une collaboration étroite en travaillant sur des problèmes concrets.

Pour ce qui est du transfert d'espèces d'un pays à l'autre, la convention (*par. 2*) suggère aux Etats de mettre en œuvre des mesures réalisables tout en précisant que celles-ci doivent être assujetties à des garanties strictes visant à assurer que l'infor-

⁶⁷ Le bureau de communication, également connu sous sa dénomination anglaise, *Money Laundering Reporting Office Switzerland*, ou MROS, fait partie du Département fédéral de justice et police.

⁶⁸ OBCBA, RS 955.23

mation sera utilisée à bon escient et que les mesures n'entraveront en aucune façon la circulation des capitaux licites. En Suisse, l'importation, l'exportation et le transit de marchandises sont en principe assujettis au contrôle douanier⁶⁹. L'argent liquide est franc de droits de douane et de TVA et l'importation, l'exportation et le transit d'espèces ne sont soumis à aucune restriction (pas d'obligation de déclaration des devises⁷⁰). Toutefois, les autorités douanières procèdent à des contrôles ponctuels. A chaque fois, cependant, qu'un contrôle douanier permet de découvrir des indices laissant soupçonner que des actes pénalement répréhensibles ont été commis (p. ex. dans le contexte d'un crime ou d'une opération de blanchiment d'argent), les agents responsables font, aujourd'hui déjà, appel à la police. Les cas peuvent également être annoncés à l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

Au *par. 3*, les Etats parties sont en outre invités, lors de l'institution d'un régime interne de réglementation et de contrôle, à prendre exemple sur les initiatives lancées par les organisations régionales, interrégionales et multilatérales dans ce domaine. Dans le cadre des travaux préparatoires, il avait été précisé que cette disposition se rapportait plus particulièrement aux recommandations du GAFI, auxquelles la Suisse satisfait en sa qualité de membre fondateur de cet organisme.

La convention prévoit au *par. 4* que les Etats parties s'efforcent de développer des mesures de coopération à tous les niveaux entre les autorités de lutte contre le blanchiment d'argent. La Suisse a déjà satisfait pleinement à cette exigence (cf. commentaire de l'art. 18 au ch. 2.2.16).

En résumé, on peut affirmer que la législation suisse en vigueur répond aux exigences de l'art. 7.

2.2.7 Incrimination de la corruption et mesures contre la corruption (art. 8 et 9)

Selon l'art. 8, *par. 1*, les Etats parties s'engagent à punir la corruption active ou passive de leurs propres agents publics. Aux termes du *par. 2*, ils peuvent en revanche se contenter d'envisager de punir la corruption d'agents publics étrangers ou internationaux. La convention définit la corruption comme le fait de promettre, d'offrir, ou d'accorder – de solliciter ou d'accepter, lorsqu'il s'agit de corruption passive – un avantage indu à un agent public afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles.

Ces dernières années, la Suisse a constamment renforcé ses moyens de prévention et de répression de la corruption. Sa principale arme dans ce domaine se présente sous la forme des nouvelles dispositions pénales contre la corruption, entrées en vigueur le 1^{er} mai 2000 (art. 322^{ter}–322^{octies} CP), qui lui permettent de punir la corruption active ou passive d'agents publics étrangers. Cette révision a permis à la Suisse d'adhérer, le 31 mai 2000, à la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationa-

⁶⁹ Art. 6, al. 1, de la loi fédérale du 1^{er} octobre 1925 sur les douanes, RS 631.0.

⁷⁰ Art. 14, ch. 3, loi fédérale sur les douanes et art. 74, ch. 2, loi sur la taxe à la valeur ajoutée, RS 641.20.

les. Le 1^{er} janvier 2001, enfin, est entrée en vigueur la loi fédérale sur l'interdiction de déduire fiscalement les commissions occultes⁷¹.

Dans le domaine de la lutte contre la corruption, la législation suisse comporte encore des lacunes, qui doivent être comblées en prévision de la ratification de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du protocole additionnel y relatif⁷². La corruption passive d'agents publics étrangers, en particulier, n'est pas encore sanctionnée par le code pénal. Ce thème ainsi que le renforcement des mesures contre la corruption dans le secteur privé sont au centre du projet de préparation de la ratification. Comme les Etats parties à la convention qui est l'objet du présent rapport s'engagent toutefois uniquement à rendre punissable la corruption active ou passive de leurs propres agents publics, la législation en vigueur suffit aux exigences de la convention et va même déjà plus loin.

Aux termes de l'art. 9, les Etats doivent en outre adopter des mesures d'ordre législatif, administratif ou autre destinées à lutter contre la corruption. Ils s'engagent ainsi, conformément à leur système juridique, à prendre notamment des mesures propres à promouvoir l'intégrité des agents publics, à empêcher et à punir leur corruption (*par. 1*) ou à leur donner une indépendance suffisante (*par. 2*).

Au cours des dernières années, le Conseil fédéral et le Parlement ont adopté différentes mesures destinées à renforcer la prévention et la répression de la corruption. La plus remarquable, comme nous l'avons déjà relevé, a été l'adoption des nouvelles dispositions pénales contre la corruption, entrées en vigueur le 1^{er} mai 2000. Mais il en est encore d'autres, qui méritent elles aussi d'être citées dans ce contexte, à commencer par la loi fédérale sur l'interdiction de déduire fiscalement les commissions occultes, en vigueur depuis le début de l'année 2001. Il convient de citer encore l'analyse globale des risques de corruption et des mesures de sécurité dans l'ensemble de l'administration fédérale, réalisée en 1998, ainsi que le code de conduite des agents de la Confédération. Pour ce qui est de la procédure pénale, il faut mentionner encore le renforcement, au début de l'année 2002, du rôle de la Confédération dans la poursuite du crime organisé et de la criminalité économique. Aux termes de l'art. 340^{bis} CP, la nouvelle juridiction de la Confédération s'étend en effet aussi à certaines affaires de corruption.

En Suisse, l'indépendance de la justice, exigée au *par. 2*, est garantie à tous les niveaux.

2.2.8 Responsabilité des personnes morales (art. 10)

En vertu de l'art. 10 de la convention, les Etats s'engagent à établir la responsabilité des personnes morales qui participent à des infractions pénales graves impliquant un groupe criminel organisé et qui commettent des infractions aux termes des art. 5, 6, 8 et 23 de la convention (*par. 1*). Cette responsabilité peut être au choix pénale, civile ou administrative (*par. 2*). Les personnes morales tenues pour responsables au sens de l'art. 10 de la convention doivent en tous les cas être l'objet de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris de sanctions pécuniaires (*par. 4*). En outre, la responsabilité des entreprises doit être sans préjudice de la responsabi-

⁷¹ RO 2000 2147

⁷² Cf. le message du Conseil fédéral dans FF 2004 6549ss.

té pénale des personnes physiques qui ont commis les infractions (*par.* 3). Les Etats parties sont au contraire appelés à aménager la responsabilité des personnes morales indépendamment de la responsabilité des personnes physiques.

Cette disposition de la convention vient s'inscrire dans une tendance générale du droit pénal à établir la responsabilité des personnes morales, qui apparaît, par exemple, dans la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales⁷³. Cette tendance s'est aussi imposée au moins partiellement dans certains domaines de la législation de l'Union européenne⁷⁴. Différents pays de tradition juridique continentale (Belgique, Danemark, Finlande, France, Islande, Norvège, Pays-Bas), de tradition juridique asiatique (Japon, Corée), de même que la plupart des Etats de tradition juridique anglo-saxonne (Australie, Angleterre et Pays de Galles, Canada, Nouvelle-Zélande, Etats-Unis), ont déjà dans leur législation des dispositions régissant la responsabilité pénale des entreprises⁷⁵.

Les Chambres fédérales ont introduit la responsabilité pénale des entreprises dans le contexte de la révision de la partie générale du code pénal, sous la forme de nouveaux art. 102 ss CP⁷⁶. Aux fins d'assurer que les dispositions nécessaires à la mise en œuvre de la Convention de l'ONU pour la répression du financement du terrorisme pourront entrer en vigueur à temps, la responsabilité des entreprises (avec liste des infractions complétée) a été incluse dans le projet de ratification de cette convention⁷⁷, que le Parlement a adopté au printemps 2003⁷⁸. Dès son entrée en vigueur, le 1^{er} octobre 2003⁷⁹, les dispositions relatives à la responsabilité pénale des entreprises ont trouvé leur place dans la partie générale du code pénal sous la forme des art. 100^{quater} et 100^{quinquies} CP.

Au moyen du nouvel art. 100^{quater}, on a introduit une responsabilité pénale générale, mais subsidiaire, des personnes morales lorsqu'une infraction ne peut être imputée à aucune personne physique déterminée en raison d'un manque d'organisation de l'entreprise (*al.* 1). Indépendamment de la punissabilité des personnes physiques, la responsabilité pénale de l'entreprise est prioritaire si celle-ci a commis des infractions graves relevant, par exemple, de la participation à une organisation criminelle, du blanchiment d'argent ou de la corruption, et s'il doit lui être reproché de ne pas

⁷³ Ratifiée par la Suisse le 31 mai 2000; il en va de même, p.ex. de la Convention de l'ONU pour la répression du financement du terrorisme, FF **2002** 5085 ss, de la Convention pénale du Conseil de l'Europe du 27.1.2001 contre la corruption (ETS 173), signée par la Suisse le 26.2.2001 ou encore de la Convention du Conseil de l'Europe du 23 novembre 2001 sur la cybercriminalité (ETS 185), signée par la Suisse le 23.11.2001.

⁷⁴ Cf. p. ex. règlement CE sur les cartels n° 17 de 1962; règlement CE 2988/95 du 18 novembre 1995 relatif à la protection des intérêts financiers des CE, Journal officiel L 312 du 23 décembre 1995, p. 1-4.

⁷⁵ Cf. OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions (CIME): Corporate Liability Rules in the Common Law Jurisdictions of Australia, Canada, England and Wales, New Zealand and the United States, Doc. DAFFE/IME/BR (2000)22 du 14.9.2000, et Corporate Liability Rules in Civil Law Jurisdictions, Doc. DAFFE/IME/BR (2000)23 du 25.9.2000.

⁷⁶ FF **2002** 7658

⁷⁷ Message du 26 juin 2002 relatif aux Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme et pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, FF **2002** 5014 ss

⁷⁸ FF **2003** 2532 ss

⁷⁹ RO **2003** 3043

avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction (*al. 2*).

En établissant la responsabilité primaire des entreprises qui participent à des infractions pénales graves impliquant un groupe criminel organisé et qui commettent des infractions aux termes des art. 5, 6 et 8 de la convention (participation à une organisation criminelle, blanchiment d'argent et corruption), la Suisse satisfait pleinement aux exigences de l'art. 10, les infractions correspondantes figurant au catalogue de l'art. 100^{quater}, al. 2. Il ne reste donc plus qu'à savoir si les dispositions sur la responsabilité subsidiaire de l'entreprise sont suffisantes en ce qui concerne le champ d'application de l'art. 23 (incrimination de l'entrave au bon fonctionnement de la justice). A première vue, la responsabilité subsidiaire de l'entreprise telle qu'elle est prévue à l'art. 100^{quater}, al. 1, ne semble pas correspondre tout à fait aux intentions de la convention dans la mesure où elle ne permet pas de sanctionner à la fois l'entreprise et la personne physique ayant commis l'infraction. La responsabilité des personnes morales doit toutefois être régie selon la convention en accord avec les principes juridiques des Etats parties. Si l'on tient compte du fait que la signification pratique de l'art. 23 ne devrait pas être très grande en ce sens que la participation d'une entreprise dans des affaires d'entrave à la justice avec violence, menaces ou intimidations n'est guère probable, on peut en conclure que les dispositions de l'art. 100^{quater} CP satisfont, dans l'ensemble, aux exigences de la convention.

2.2.9 Poursuites judiciaires, jugement et sanctions (art. 11)

Aux termes du *par. 1*, les Etats parties doivent rendre la commission d'infractions établies conformément aux art. 5, 6, 8 et 23 passible de sanctions tenant compte de la gravité de l'infraction.

Selon le *par. 2*, chaque Etat partie accordant à ses autorités de poursuite pénale un pouvoir discrétionnaire s'efforce de faire en sorte que l'application du principe d'opportunité ne porte pas atteinte à l'efficacité de la justice pénale. L'efficacité de l'enquête en matière pénale et l'effet dissuasif des sanctions doivent être assurés. Selon la Cour de cassation du Tribunal fédéral, la sécurité du droit et l'égalité devant la loi appellent le respect du principe de légalité, de sorte que ce dernier ne peut être mis en veilleuse qu'à titre exceptionnel et dans des cas strictement définis⁸⁰. On peut donc affirmer que l'efficacité de la justice pénale n'est pas menacée, même lorsque cette dernière est régie par un code de procédure pénale admettant une application mesurée du principe d'opportunité.

Le *par. 4* oblige les Etats parties à garder à l'esprit la gravité des infractions visées au *par. 1* lorsqu'ils envisagent l'éventualité d'une libération conditionnelle de l'auteur. L'art. 38 CP ne permet la libération conditionnelle que si l'autorité compétente a lieu de penser que la personne condamnée aura une conduite irréprochable si elle est remise en liberté et si elle a déjà purgé au moins deux tiers de sa peine. Cette dernière condition prend indirectement en compte la gravité de l'infraction. Dans le cadre de la révision de la partie générale du code pénal, il est en outre prévu que la libération conditionnelle d'une personne purgeant une peine privative de liberté pour avoir commis une infraction grave ne puisse être décidée qu'après consultation de représentants des autorités de poursuite pénale et d'exécution des

⁸⁰ ATF 109 IV 49 s.

peines et d'un psychiatre. L'avis du psychiatre, en particulier, peut être assimilé à un pronostic clinique. Sont considérées comme graves les infractions par lesquelles l'auteur a voulu causer un grave dommage physique, psychique ou matériel⁸¹. Les exigences de la convention sont donc là aussi remplies.

Au *par. 5*, les Etats parties sont invités à prévoir de longs délais de prescription pour les infractions au sens du *par. 1* et à prolonger encore ces délais dans les cas où l'auteur présumé s'est soustrait à la justice. Depuis le 1^{er} octobre 2002, date à laquelle la révision de l'art. 70 CP (délais de prescription de l'action pénale) est entrée en vigueur, l'action pénale se prescrit par 30 ans si l'infraction est passible d'une peine de réclusion à vie, par 15 ans si elle est passible d'une peine d'emprisonnement de plus de trois ans ou d'une peine de réclusion, et par sept ans si elle est passible d'une autre peine. La législation suisse satisfait ainsi aux exigences de la convention.

2.2.10 Confiscation et saisie (art. 12)

Aux par. 1 et 2, l'art. 12 exige des Etats parties qu'ils confisquent les objets utilisés ou destinés à être utilisés pour une infraction visée par la convention ainsi que le produit de ces infractions ou des biens dont la valeur correspond à celle de ce produit. Ils doivent en outre adopter toutes les mesures nécessaires pour permettre l'identification, la localisation, le gel ou la saisie de tous ces objets, biens ou produits en vue d'une confiscation éventuelle.

Avec les art. 58 ss du code pénal, le droit pénal suisse s'est doté de dispositions efficaces en matière de confiscation, qui répondent aux normes établies par la convention. Elles permettent, en vue d'une confiscation ultérieure, la saisie des objets au sens de l'art. 58 CP ainsi que des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction (art. 59, ch. 1, CP).

Les possibilités de confiscation et de saisie sont particulièrement étendues lorsqu'il est question de valeurs patrimoniales en possession d'organisations criminelles. Dans ce cas, le juge peut en effet – en vertu des art. 59, al. 3, et 260^{bis} CP – prononcer la confiscation de toutes les valeurs sur lesquelles une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition. Les valeurs appartenant à une personne qui a participé ou apporté son soutien à une organisation criminelle sont présumées soumises, jusqu'à preuve du contraire, au pouvoir de disposition de l'organisation. L'objectif visé à travers ces dispositions qui facilitent la confiscation est de donner plus de latitude aux autorités pour confisquer les avoirs d'organisations criminelles et de leur permettre de mettre la main sur les fonds de roulement des groupements criminels. On espère aussi en retirer un effet préventif en privant les organisations criminelles de leurs bases financières. Voilà pourquoi les possibilités de confiscation de valeurs patrimoniales en possession d'organisations criminelles ou de personnes ayant participé ou apporté leur soutien à une telle organisation ont été conçues de manière aussi large: si la confiscation a pour but de permettre l'obtention de moyens de preuve, toute la fortune d'une organisation peut être saisie.

⁸¹ Art. 75a nCP, FF 2002 7658

Si le produit du crime a été transformé ou converti, en partie ou en totalité, en d'autres biens, ces derniers peuvent, selon le *par. 3*, faire l'objet des mesures pré-citées en lieu et place dudit produit. Si le produit du crime a été mêlé à des biens acquis légitimement, ces biens peuvent, selon le *par. 4*, être confisqués à concurrence de la valeur estimée du produit qui y a été mêlé. En vertu du *par. 5*, les revenus tirés du produit du crime peuvent être l'objet des mêmes mesures que le produit du crime. Aux termes du droit pénal suisse (art. 59, ch. 2, par. 1, CP), le juge peut, lorsque les valeurs patrimoniales à confisquer ne sont plus disponibles, ordonner leur remplacement par une créance compensatrice de l'Etat d'un montant équivalent. La créance compensatrice inclut, le cas échéant, le rendement produit par les valeurs à confisquer ou la créance compensatrice entre le moment de l'obtention des biens et celui de la décision de confiscation ou de la décision de remplacement par une créance compensatrice⁸². Ces dispositions satisfont aux mesures exigées par la convention.

En vertu du *par. 6*, les Etats parties sont tenus d'assurer la production et la sécurité des documents bancaires, financiers ou commerciaux devant être saisis ou confisqués. Ils ne peuvent pas invoquer le secret bancaire pour se soustraire à cette obligation. Le secret bancaire suisse⁸³ s'applique sous réserve expresse des dispositions fédérales et cantonales concernant l'obligation de témoigner et de fournir des renseignements aux autorités⁸⁴ et les procédures applicables régissent de manière conséquente les moyens requis de production des documents.

Le *par. 7* suggère aux Etats de renverser le fardeau de la preuve en cas de doute quant à l'origine licite de valeurs patrimoniales. A l'art. 59, ch. 3, CP, cette suggestion a été prise en compte lorsqu'il y a implication d'organisations criminelles.

2.2.11 Coopération internationale aux fins de confiscation (art. 13)

Les plus importantes règles ci-après sont énoncées à l'*art. 13* régissant la coopération internationale aux fins de confiscation. Deux formes de coopération aussi étendues que possible aux fins de confiscation sont prévues, dans les limites du droit interne (*par. 1*). La première exige, sur demande de l'Etat requérant, une décision de confiscation prononcée par les autorités compétentes de l'Etat requis ainsi que l'exécution d'une telle décision si celle-ci intervient. La seconde forme de coopération impose, dans les limites de la demande, l'exécution des décisions de confiscations étrangères par les autorités nationales de l'Etat requis conformément à l'art. 12, par. 1, de la convention (confiscation relative aux infractions visées par la convention). La Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment du produit du crime⁸⁵ régit déjà ces deux formes de coopération en matière de confiscation. Le droit pénal fixe les conditions auxquelles la confiscation est assujettie. Dans le domaine de la coopération judiciaire pénale, au sens de l'art. 74 EIMP, la remise de moyens de preuves saisis a lieu, sur demande, aux conditions fixées dans la décision

⁸² Niklaus Schmid, Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, Zurich, 1998, N 110 ad art. 59 CP.

⁸³ Art. 47 de la loi sur les banques; RS **952.0**

⁸⁴ ATF **115** Ib 83 cons. b ou 112 III 9.

⁸⁵ Art. 13 de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, RS **0.311.53**.

de clôture (art. 80d EIMP). Par ailleurs, l'art. 74a EIMP autorise, également sur demande, la remise d'objets ou de valeurs en vue de leur confiscation ou de leur restitution, en général sur décision définitive et exécutoire de l'Etat requérant. Il convient ici de mentionner aussi la loi fédérale sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées⁸⁶, qui réglemente notamment le partage des valeurs patrimoniales confisquées entre la Suisse et les Etats étrangers⁸⁷.

Le *par. 2* prévoit que l'Etat partie requis prend les mesures nécessaires en vue d'une éventuelle confiscation ultérieure (identification, localisation, gel de comptes, saisie; *art. 13, par. 2*). A ce stade de la procédure, une décision de confiscation n'est pas encore nécessaire. Le *par. 3* contient par ailleurs une liste d'indications que les demandes de confiscation doivent mentionner et qui s'ajoutent aux informations qu'une demande d'entraide – application *mutatis mutandis* de l'art. 18, par. 15, de la convention – doit déjà contenir. La disposition du *par. 3* porte sur les informations nécessaires concernant une décision de confiscation prononcée par une autorité suisse (*let. a*), une décision de confiscation prononcée par une autorité étrangère et exécutée par une autorité suisse (*let. b*), ou une demande de mesures nécessaires précédant une éventuelle confiscation ultérieure (*let. c*).

Les décisions ou mesures prises par l'Etat partie requis en application des *par. 1* et *2* sont assujetties à son droit interne ou aux instruments internationaux le liant à l'Etat partie requérant (*par. 4*). L'art. 13 donne aussi la possibilité aux Etats parties de refuser une demande de coopération – relative à cette disposition – qui se rapporte à une infraction non visée par la convention (*par. 7*). L'interprétation de la réglementation fixée à l'art. 13 ne saurait porter atteinte aux droits des tiers de bonne foi (*par. 8*) et les Etats parties sont encouragés à conclure des instruments renforçant l'efficacité de la coopération au sens de l'art. 13 (*par. 9*).

2.2.12 Disposition du produit du crime ou des biens confisqués (art. 14)

L'art. 14, *par. 1*, régit la disposition du produit du crime ou des biens confisqués selon l'art. 12 ou 13, par. 1; le droit national est déterminant en la matière (cf., pour le droit suisse, le commentaire de l'art. 13, par. 1, sous 2.2.11). Le *par. 2* encourage les Etats parties, sur demande de l'Etat requérant, à restituer à titre prioritaire le produit du crime ou des biens confisqués en vue d'indemnisation des victimes ou de restitution au légitime propriétaire (*art. 14, par. 2*) et prévoit en outre que les Etats parties envisagent, sur demande de l'Etat requérant, de conclure des instruments internationaux prévoyant deux manières de disposer de la valeur du produit du crime ou des biens confisqués:

- a. le versement total ou partiel au compte établi selon l'art. 30, par. 2, *let. c*, de la convention (*par. 3, let. a*);
- b. le partage systématique ou au cas par cas avec d'autres Etats (*par. 3, let. b*), ce que la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment prévoit à son art. 15 («sharing»).

⁸⁶ RO 2004 3503, en vigueur depuis le 1^{er} août 2004.

⁸⁷ Dans la convention sur le blanchiment (RS 0.311.53) a été évoquée pour la première fois, à l'art. 15 de cet instrument, une base en matière de partage des biens confisqués.

La loi fédérale sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées⁸⁸ a pour but de réglementer le partage de biens confisqués entre la Confédération, les cantons et les Etats étrangers. Elle contient notamment une autorisation expresse de conclure des conventions internationales de partage.

2.2.13 Compétence (art. 15)

La convention distingue entre compétence obligatoire et compétence facultative des Etats parties par rapport aux infractions au sens des art. 5, 6, 8 et 23 de la convention.

Aux termes du *par. 1*, relèvent obligatoirement de la compétence d'un Etat partie les infractions commises sur son territoire (principe de territorialité), les infractions commises à bord d'un navire qui bat son pavillon ou à bord d'un aéronef immatriculé conformément à son droit interne au moment où l'infraction a été commise (principe du pavillon). Dans ces cas, la compétence des tribunaux suisses peut être établie sans aucun problème: la compétence à raison des infractions commises sur le territoire suisse résulte de l'art. 3 CP; dans le cas des infractions commises à bord de bateaux sous pavillon suisse, la compétence des autorités suisses est clairement établie par l'art. 4, ch. 2, de la loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse⁸⁹; l'art. 97, al. 1, de la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation⁹⁰ contient une disposition analogue s'appliquant aux infractions commises à bord d'un avion.

Les Etats parties peuvent en outre, à titre facultatif, établir leur compétence dans les quatre cas de figure décrits au *par. 2*, par exemple lorsque l'auteur de l'infraction est un de leurs ressortissants. En vertu du principe de la personnalité active, contenu à l'art. 6 CP, les crimes et les délits commis à l'étranger par une personne de nationalité suisse peuvent eux aussi relever de la juridiction pénale suisse. La compétence des tribunaux suisses est donc en principe également établie dans les autres cas.

Selon le *par. 3*, la Suisse doit aussi pouvoir établir sa compétence dans le cas où l'auteur présumé d'une infraction se trouve sur son territoire et où elle ne l'extrade pas parce qu'il a la nationalité suisse. Cette obligation de poursuivre pénalement l'auteur d'un crime ou d'un délit qui n'est pas extradé parce qu'il possède la nationalité de l'Etat dans lequel il séjourne (*aut dedere, aut iudicare*) est soulignée encore une fois à l'art. 16, par. 10, de la convention. Appliquant le principe de la personnalité active, la Suisse satisfait à cette exigence.

2.2.14 Extradition (art. 16)

L'*art. 16* régit l'extradition dans le domaine de compétence de la convention. L'extradition suppose soit une infraction au sens des art. 5, 6, 8 ou 23 (art. 3, par. 1, let. a), soit une infraction grave selon l'art. 2 (art. 3, par. 1, let. b). Dans les deux cas, un groupe criminel organisé est impliqué et les infractions sont de nature transna-

⁸⁸ FF 2002 423 ss, RO 2004 3503, en vigueur depuis le 1^{er} août 2004.

⁸⁹ Loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse, RS 747.30.

⁹⁰ Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation, RS 748.0.

tionale. La double incrimination par le droit interne des deux parties est également prévue (*art. 16, par. 1*).

Il convient ici de relever que les infractions mentionnées dans les articles précités de la convention sont, en droit suisse, passibles au minimum d'emprisonnement, donc l'extradition peut être accordée en ce qui concerne la peine minimale requise en la matière que réserve le par. 7. Les Etats parties peuvent, lorsque certaines infractions graves de la demande d'extradition ne sont pas visées par l'art. 16, appliquer cette disposition à toutes les infractions graves (*art. 16, par. 2*), dans la mesure où l'une des infractions donne lieu à extradition et qu'aucun motif de refuser l'extradition n'apparaisse (*art. 36, al. 2, et art. 2 ss EIMP*).

L'art. 16 contient aussi une clause usuelle prévoyant que les infractions auxquelles s'applique cette disposition donnent lieu de plein droit à extradition dans les traités d'extradition en vigueur et à venir entre Etats parties; il prévoit également que l'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'Etat partie requis ou par les traités applicables, notamment aux conditions relatives à la peine minimale et selon les motifs possibles de refus de l'extradition⁹¹. Les conditions relatives à la peine minimale ne posent pas de problème pour la Suisse, car les infractions régies par la convention sont toutes passibles au moins d'emprisonnement, voire de réclusion, (cf. *art. 35, ch. 1, let. a EIMP (par. 7)*).

Les Etats parties doivent s'efforcer d'accélérer la procédure d'extradition et de simplifier les exigences en matière de preuve, sous réserve du droit interne⁹² (*par. 8*). La procédure d'extradition simplifiée moyennant accord de l'Etat requis et consentement de la personne concernée, prévue en droit suisse (*art. 54 EIMP*), représente un exemple en la matière.

Les Etats parties peuvent, sous réserve du droit interne et des traités applicables, placer la personne poursuivie en application de la convention en détention provisoire ou prendre toute mesure propre à assurer sa présence dans la procédure (*par. 9*). La Suisse connaît l'arrestation à titre de mesure provisoire (*art. 44 ss EIMP*).

L'art. 16 reconnaît également le principe *aut dedere aut judicare* concernant les ressortissants qui ne sont pas extradés pour ce motif (*art. 7 EIMP*), l'efficacité des poursuites étant assurée par une obligation de coopérer et par des poursuites sans retard excessif conduites de la même manière que pour toute infraction grave selon le droit interne (*art. 16, par. 10*).

L'art. 16 prévoit une procédure garantissant un traitement équitable aux personnes poursuivies pour la commission d'une infraction relevant de la convention (*par. 13*), ce qui est réalisé en droit suisse. Cette disposition permet d'exiger de telles garanties des autres Etats concernés.

L'art. 16 contient également une clause de non-discrimination permettant de refuser l'extradition des personnes à propos desquelles des raisons sérieuses laissent à penser qu'elles seront poursuivies, punies ou qu'il leur sera porté préjudice dans leur Etat d'origine en raison de leur race, de leur religion, de leur origine ethnique ou de leurs opinions politiques (*par. 14*).

⁹¹ Par exemple *art. 2 ss EIMP*.

⁹² Les voies de recours internes à l'Etat sont en conséquence réservées, la disposition n'est pas directement applicable.

Une clause de *défiscalisation* est contenue à l'art. 16, selon laquelle l'extradition ne peut être refusée au seul motif que l'infraction est considérée comme touchant aussi à des questions fiscales (*par. 15*). Cette réglementation reflète la tendance actuelle (cf. art. 13 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme). Il convient à cet égard de préciser que ladite réglementation est valable uniquement dans le domaine d'application de la convention, à savoir les infractions au sens des art. 5, 6, 8 et 23. Or, le droit suisse ne considère pas la participation à un groupement criminel, le blanchiment d'argent, la corruption ou les crimes et les délits entravant le bon fonctionnement de la justice comme des infractions de nature fiscale. Pour ce type d'infractions, l'extradition est donc déjà possible en vertu du droit en vigueur. En ce qui concerne l'obligation générale d'extrader les auteurs présumés d'infractions graves lorsqu'il y a implication d'un groupement criminel organisé et que l'infraction est d'ampleur transnationale, une collaboration est déjà possible en vertu du droit en vigueur. Même si l'organisation criminelle s'est aussi rendue coupable d'une infraction fiscale, cela n'est pas problématique, car le par. 1 de l'art. 16 limite le champ d'application aux infractions visées par la convention, lesquelles donnent lieu à extradition. D'autre part, l'art. 16, par. 7, subordonne l'extradition aux conditions prévues par le droit interne de l'Etat partie requis ou par les traités d'extradition, donc le principe de la spécialité figurera au besoin dans la décision rendue. La Suisse peut ainsi autoriser l'extradition d'un suspect pour participation à un groupement criminel, mais pas pour l'infraction de contrebande en tant que telle, ce qui ne pose pas problème dans la mesure où par exemple la contrebande de cigarettes ou de diamants ne constitue pas une infraction au sens de la convention (cf. p. ex. le cas dans lequel le Tribunal fédéral a rappelé sa jurisprudence constante, retenant que lorsque la personne recherchée est poursuivie simultanément pour des délits de droit commun et pour des délits connexes à raison desquels l'extradition ne peut être accordée, tel que les infractions fiscales, l'extradition est accordée à la condition que la personne ne sera pas punie en raison des délits connexes, ni sa peine alourdie de ce chef⁹³). La contrebande de drogues et d'autres marchandises dangereuses (p. ex. des armes) et le trafic de personnes sont évidemment, et en règle générale, des infractions justifiant l'extradition.

La ratification de la présente convention ne nécessite donc aucune modification des bases légales existantes.

2.2.15 Transfèrement des personnes condamnées (art. 17)

L'art. 17 – disposition potestative – invite les Etats parties à envisager de conclure, dans le domaine d'application de la convention, des accords relatifs au transfèrement des personnes condamnées, et à permettre ainsi que ces personnes puissent purger le reste de leur peine dans leur Etat d'origine. La Suisse est déjà partie⁹⁴ à des instruments en la matière.

⁹³ ATF 1A. 328/2000, consid. 3b, p. 14.

⁹⁴ Peut notamment être citée la Convention du 18 décembre 1997 sur le transfèrement des personnes condamnées; RS **0.343**.

L'art. 18 régit l'entraide judiciaire concernant les infractions couvertes par la convention. A l'instar de quasiment tous les instruments internationaux, la convention statue l'obligation générale de s'accorder, entre Etats Parties, l'entraide judiciaire la plus large possible (*par. 1*). Cela vaut également – et sous réserve des lois et des traités applicables – lorsque la procédure pénale concerne une personne morale, ce qui est réalisé pour la Suisse (*par. 2*). La convention prévoit une liste de mesures pour lesquelles l'entraide peut être demandée, qui comprend aussi l'entraide compatible avec le droit interne de l'Etat partie requis (*par. 3, let. i*).

La convention favorise la transmission spontanée d'informations dans les limites du droit interne, soit sans demande préalable (*par. 4 et 5*), ce qui est aussi prévu dans d'autres conventions⁹⁵ et par le droit suisse (art. 67a EIMP).

Les obligations découlant d'autres instruments internationaux régissant l'entraide judiciaire demeurent applicables et ne sont pas affectées (*par. 6*).

Le secret bancaire ne peut pas être invoqué pour refuser l'entraide judiciaire (*par. 8*). Il convient de relever à cet égard qu'en Suisse, le secret bancaire n'est pas opposable à l'entraide judiciaire en matière pénale et ne saurait faire échec à la mise en œuvre d'un traité qui, en application de l'art. 1, al. 1, EIMP, l'emporte sur le droit interne⁹⁶. Par conséquent, ce que requiert cette disposition est déjà en vigueur selon le droit suisse applicable.

La double incrimination est expressément ancrée dans la convention, les Etats pouvant toutefois accorder l'entraide selon leur pouvoir d'appréciation, lorsqu'ils le jugent approprié, même si cette double incrimination n'est pas réalisée (*par. 9*).

Le transfèrement de personnes condamnées⁹⁷ dont la présence est requise concernant une procédure pénale au sens de la convention est régi aux *par. 10 à 12*. Un tel transfèrement nécessite le consentement de la personne concernée et l'accord des Etats en cause, ces derniers pouvant l'assortir de conditions (*par. 10*). L'art. 58 EIMP va plus loin, en ce sens qu'il autorise aussi un transfèrement sans consentement de la personne concernée. Les modalités du transfèrement sont réglées (notamment détention par principe; *par. 11*) et la personne transférée ne saurait, sans consentement, subir des restrictions à sa liberté pour un motif antérieur au transfèrement.

Les Etats parties désignent une autorité centrale – faisant l'objet d'une notification au Secrétaire général de l'ONU – qui reçoit et exécute ou fait exécuter rapidement les demandes d'entraide (*par. 13*; en Suisse, il s'agit de l'Office fédéral de la justice). Il n'en demeure pas moins que la voie diplomatique est réservée et qu'en cas d'urgence les Etats peuvent convenir de communiquer par le canal d'Interpol.

La convention régit la forme (par principe écrite, la langue acceptable étant notifiée au Secrétaire général de l'ONU; *par. 14*) et le contenu des demandes d'entraide (renseignements qu'elles doivent contenir; *par. 15*). L'Etat requis peut demander, le cas échéant, un complément d'information (*par. 16*), ce qui correspond à la pratique en vigueur en la matière (cf. art. 78, al. 3 EIMP). Les demandes sont exécutées selon le droit interne de l'Etat partie requis, voire si possible conformément aux procé-

⁹⁵ Notamment à l'art. 10 de la Convention sur le blanchiment d'argent.

⁹⁶ ATF 123 II 160, consid. 7.

⁹⁷ Il s'agit ici de personnes qui ne sont pas elles-mêmes accusées dans l'Etat requérant.

dures spécifiées dans la demande (*par. 17*). L'audition par conférence vidéo est également prévue à certaines conditions (*par. 18*).

Le principe de la spécialité est inscrit expressément dans la convention (*par. 19*), les exigences qui y sont prévues sont plus strictes que dans l'art. 67 EIMP.

Dans la mesure où l'exécution de la demande ne requiert pas une divulgation des informations, la convention donne la possibilité à l'Etat partie requérant d'exiger de l'Etat partie requis qu'il traite la demande et sa teneur de manière confidentielle. Si l'Etat partie requis ne peut satisfaire à cette condition, il doit en informer l'Etat partie requérant. Cette clause complète l'art. 18, par. 5, qui est également applicable si les Etats parties sont liés par un traité (*par. 7*).

La convention prévoit une série de motifs de refus possibles de l'entraide judiciaire dont, notamment, les intérêts essentiels souvent consacrés dans les instruments internationaux ou le droit interne régissant l'entraide empêchant l'exécution (*par. 21, b et d*). Un refus d'entraide doit toujours être motivé (*par. 23*).

La clause de *défiscalisation* prévue en matière d'extradition (art. 16, par. 15) se retrouve en matière d'entraide judiciaire (*par. 22*). Tel qu'en ce qui concerne l'extradition, ce texte ne pose pas problème. Il est donc renvoyé aux développements présentés à l'art. 16, par. 15 (voir ch. 2.2.14). En matière d'entraide judiciaire aussi, il convient de réserver le principe de la spécialité (*par. 19*).

L'entraide peut être différée si elle entrave une enquête, des poursuites ou une procédure judiciaire pendante dans l'Etat requis (*par. 25*). Mais avant de refuser une demande ou d'en différer l'exécution, l'Etat partie requis consulte l'Etat requérant et étudie la possibilité d'accorder l'entraide sous certaines conditions; si ces dernières sont acceptées par l'Etat requérant, il s'y conforme (*par. 26*).

Le sauf-conduit pour témoin, expert ou autre personne qui consent à déposer ou à collaborer dans l'Etat partie requis et, par conséquent, jouit momentanément de l'immunité de poursuites pénales, est également prévu de manière usuelle par la Convention (*par. 27*).

Les frais d'exécution de la demande d'entraide sont également régis de manière usuelle (*par. 28*).

2.2.17 Enquêtes conjointes (art. 19)

Les conventions en matière de coopération policière et parfois judiciaire que la Suisse a signées avec ses voisins et avec la Hongrie sont des bases légales permettant l'échange d'informations policières et la collaboration étroite préconisée à

l'art. 1998. Dans tous les cas où la coopération n'est pas fondée sur des accords bilatéraux ou multilatéraux, elle a lieu par des voies détournées: les pays intéressés enquêtent en parallèle et procèdent ensuite à l'échange des informations obtenues par les autorités de police dans le cadre des moyens légaux. Un accord de coopération bilatérale a été conclu entre la Suisse et l'organe de police européen Europol. Il prévoit entre autres une assistance et des conseils mutuels dans le contexte des enquêtes.

2.2.18 Techniques d'enquête spéciales (art. 20)

Selon l'*art. 20*, chaque Etat partie doit, compte tenu de ses possibilités et conformément à son droit interne, prendre les mesures nécessaires pour permettre le recours approprié aux livraisons surveillées et à d'autres techniques d'enquête spéciales telles que la surveillance électronique ou d'autres formes de surveillance, de même qu'aux opérations d'infiltration.

Le 1^{er} janvier 2002, la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication⁹⁹ est entrée en vigueur. Elle permet, à certaines conditions, la prise de mesures de surveillance en vue de la poursuite des infractions pénales énumérées. Depuis que cette liste a été complétée dans le cadre des mesures de lutte contre le terrorisme¹⁰⁰ adoptées le 21 mars 2003, elle comprend toutes les infractions pénales visées par la convention.

La loi fédérale sur l'investigation secrète (LFIS)¹⁰¹, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005, règle les investigations secrètes dans les procédures pénales fédérales et cantonales. Ce type d'opérations d'investigation sera notamment autorisé en vue de l'élucidation de crimes graves qui relèvent de la juridiction fédérale et dont la gravité justifie ce genre de méthodes. Tel est notamment le cas des infractions pénales dont on pense qu'elles ont été commises par une organisation criminelle. Conformément à l'accord passé avec l'Allemagne, ces investigations secrètes pourront

⁹⁸ La constitution de groupes mixtes de contrôle, d'observation et d'investigation est expressément prévue à l'art. 20 de l'Accord du 27 avril 1999 entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne relatif à la coopération transfrontalière en matière policière et judiciaire (en vigueur depuis le 1^{er} mars 2002), RS **0.360.136.1**, de même qu'à l'art. 13 de l'Accord du 27 avril 1999 entre la Confédération suisse, la République d'Autriche et la Principauté de Liechtenstein concernant la coopération transfrontalière des autorités compétentes en matière de sécurité et de douane (en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2001), RS **0.360.163.1**. L'accord du 11 mai 1998 passé avec la France (RS **0.360.349.1**) permet le détachement d'agents chargés, entre autres, de prendre part à des enquêtes communes (art. 18 ss, Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française relatif à la coopération transfrontalière en matière judiciaire, policière et douanière, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2000). A son art. 20, le deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (SR **0.351.12**), que la Suisse a signé le 15 février 2002 et qui est entré en vigueur pour la Suisse le 15 février 2005, prévoit la possibilité d'instituer des groupes d'enquête communs. Enfin, la Suisse siège dans plusieurs groupes de travail composés de représentants des autorités de poursuite pénale de différents pays dont le but est de procéder à des échanges de vues et d'informations pratiques au niveau international.

⁹⁹ LSCPT, RS **780.1**

¹⁰⁰ RO **2003** 3043, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2003, cf. le message du Conseil fédéral, FF **2002** 5085 ss.

¹⁰¹ RO **2004** 1409, FF **1998** 3689, et plus particulièrement 3765.

aussi être étendues au territoire allemand¹⁰². En collaboration avec certains de ses voisins, la Suisse peut avoir recours à l'instrument des livraisons surveillées à l'échelle transfrontalière¹⁰³ aussi. Dans les limites autorisées par la loi, les instruments d'enquête tels que la surveillance électronique ou l'observation sont aujourd'hui déjà utilisés par les autorités de poursuite pénale.

2.2.19 Incrimination de l'entrave au bon fonctionnement de la justice (art. 23)

En vertu de l'*art. 23*, les Etats sont tenus de rendre pénalement répréhensible l'entrave au bon fonctionnement de la justice. Doivent ainsi être punissables: le fait de recourir à la force physique, à des menaces ou à l'intimidation ou de promettre, d'offrir ou d'accorder un avantage indu pour obtenir un faux témoignage ou empêcher un témoignage ou la présentation d'éléments de preuve (*let. a*), de même que le fait de recourir à la force physique, à des menaces ou à l'intimidation pour empêcher un agent de justice ou un membre de la police d'exercer les devoirs de sa charge (*let. b*).

On trouve dans le droit pénal suisse plusieurs infractions répondant à la définition de l'entrave au bon fonctionnement de la justice donnée dans la convention. Les actes au sens de la *let. a* tombent sous le coup des dispositions relatives aux crimes et aux délits contre l'administration de la justice et plus particulièrement de l'*art. 307 CP* (faux témoignage, faux rapport, fausse traduction en justice). Selon les moyens utilisés, il peut aussi s'agir de crimes ou de délits contre la vie et l'intégrité corporelle, contre la liberté ou encore d'infractions aux dispositions en matière de corruption. Les actes au sens de la *let. b* sont, eux, régis par l'*art. 285 CP* (violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires). Dans le cas de l'*art. 285*, les deux catégories d'infractions sont considérées comme des crimes uniquement s'il y a eu violence physique ou matérielle.

2.2.20 Protection des témoins (art. 24)

Les dispositions de l'*art. 24, par. 1*, obligent d'une manière générale les Etats à prendre des mesures appropriées pour assurer aux témoins, à leurs parents et à d'autres personnes qui leur sont proches une protection efficace contre des actes éventuels de représailles ou d'intimidation. Selon le *par. 2, let. a*, ces mesures peuvent consister en une protection physique de ces personnes, par exemple sous la forme d'une procédure permettant de leur trouver un nouveau domicile et de garder secrets tant leur identité que le lieu où elles se trouvent. Selon le *par. 2, let. b*, elles peuvent aussi consister en une protection des témoins durant leur déposition, par le recours à des techniques de communication telles que les liaisons vidéo ou à d'autres moyens adéquats.

¹⁰² Cf. art. 17 et 18 de l'accord mentionné plus haut entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne relatif à la coopération transfrontalière en matière policière et judiciaire.

¹⁰³ Cf. art. 19 et 12 dans les accords susmentionnés avec l'Allemagne d'une part et avec l'Autriche et la Principauté de Liechtenstein d'autre part.

Des mesures de protection des témoins telles qu'elles sont décrites au *par. 2, let. b*, sont prévues dans la plupart des procédures pénales cantonales. Celles-ci sont en revanche moins explicites en ce qui concerne les mesures extra-procédurales au sens du *par. 2, let. a*. Selon le droit de procédure en vigueur, les mesures suivantes peuvent être prises pour protéger les témoins d'un danger potentiel: droit de refuser de témoigner, protection de la personne (notamment protection policière rapprochée avant, pendant et après le procès), mesures de dissimulation durant la procédure (notamment le huis-clos, la non-divulgaration des noms et des adresses dans la procédure ainsi que dans le dossier et l'utilisation d'un écran optique et acoustique durant la déposition). Au niveau fédéral, la loi sur l'aide aux victimes¹⁰⁴ prévoit des mesures de protection de la personnalité sous la forme du huis-clos, de précautions visant à ne pas mettre en présence le prévenu et la victime, et en autorisant la victime à se faire accompagner et à refuser de déposer. Contrairement à la plupart des autres Etats, la Suisse ne connaît pas de programmes permettant de protéger les témoins après la fin du procès. Etant donné, cependant, que les Etats ne doivent pas forcément mettre en œuvre toutes les mesures proposées au *par. 2* pour satisfaire aux exigences du *par. 1*, on peut en conclure que la législation suisse remplit les conditions posées par la convention.

L'avant-projet de code de procédure pénale fédérale contient des dispositions spéciales destinées à protéger les témoins, les personnes entendues aux fins de renseignement, les prévenus, les experts et les traducteurs, et oblige les autorités judiciaires à prendre des mesures appropriées lorsque la vie ou l'intégrité corporelle de ces personnes est menacée ou si celles-ci risquent de subir un autre préjudice grave. Ces mesures permettent notamment de vérifier les identités et de procéder aux auditions en l'absence des parties, de faire en sorte que le témoin puisse garder l'anonymat et d'utiliser un écran ou de modifier sa voix pour le protéger durant le procès¹⁰⁵. Pour des raisons juridiques et pratiques, il n'est par contre toujours pas prévu de mettre en place des programmes destinés à protéger les témoins après la fin du procès.

La loi fédérale sur l'investigation secrète (LFIS)¹⁰⁶ prévoit également des mesures destinées à protéger les agents infiltrés.

2.2.21 Octroi d'une assistance et d'une protection aux victimes (art. 25)

En vertu de l'*art. 25, par. 1*, de la convention, chaque Etat partie prend, dans les limites de ses moyens, des mesures appropriées pour prêter assistance et accorder protection aux victimes des infractions visées par la convention, en particulier lorsqu'elles sont menacées de représailles ou intimidées. Selon la législation suisse en matière d'aide aux victimes, sont considérées comme victimes les personnes qui ont

¹⁰⁴ Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions, LAVI, RS 312.5. La loi sur l'aide aux victimes est en voie de révision. Ses dispositions relatives à la procédure pénale, jusqu'ici régie au niveau cantonal, vont être remaniées et intégrées dans la nouvelle procédure pénale fédérale unifiée. Les deux autres volets principaux de cette loi (conseils ainsi qu'indemnisation et réparation morale) feront eux aussi l'objet d'une révision complète.

¹⁰⁵ Cf. art. 160 à 162 AP-CPP, mais aussi les dispositions destinées à protéger les parties à la procédure proposées dans le message du 22 janvier 2003 concernant la modification de la procédure pénale militaire (protection des témoins), FF 2003 693 ss.

¹⁰⁶ RO 2004 1409, FF 1998 3689, et plus particulièrement 3765.

été directement atteintes dans leur intégrité physique, psychique ou sexuelle par une infraction (art. 124 Cst. et art. 2 LAVI). Le droit suisse d'aide aux victimes repose sur le principe de territorialité. Cela signifie qu'il aide et protège avant tout les personnes qui ont été victimes d'un crime commis en Suisse. En droit suisse, les victimes sont considérées comme une catégorie spéciale de lésés qui bénéficie d'un traitement privilégié. D'abord, les victimes jouissent d'une protection particulière et de droits spéciaux dans le cadre de la procédure pénale. Ensuite, en dehors de cette procédure, elles peuvent avoir recours à un service de consultation, qui les aidera à surmonter le traumatisme causé par l'infraction. En cas de besoin, le service de consultation a aussi pour tâche de leur trouver un logement provisoire. A certaines conditions bien définies, finalement, l'Etat accorde aux victimes une indemnisation et une réparation morale. L'aide financière est cependant subsidiaire et n'est accordée que si la victime ne reçoit pas d'autre indemnité. Les personnes touchées par une infraction qui ne sont pas considérées comme des victimes au sens de la LAVI ont droit à l'assistance et à la protection prévues dans les dispositions générales du droit applicable, par exemple dans les dispositions relatives à la responsabilité civile, au droit de l'enfant, à la procédure pénale, à la police ou à l'aide sociale. En ce qui concerne les mesures de protection des témoins, nous renvoyons au commentaire de l'art. 24.

Selon le *par. 2*, les Etats établissent les procédures appropriées pour permettre aux victimes d'obtenir réparation. Tous les cantons admettent l'introduction d'une procédure civile dans le cadre de la procédure pénale, ce qui permet à la personne lésée de demander réparation à l'auteur sur le plan civil. Si la personne lésée est considérée comme une victime au sens de la LAVI, les prétentions civiles doivent être tranchées au moins sur le fond dans le cadre de la procédure pénale. Les services de consultation prennent en charge les coûts de l'aide d'urgence et les autres frais d'assistance (p. ex. frais de médecin, d'avocat ou de procédure) dans la mesure où cela semble indiqué au vu de la situation personnelle de la victime. En vertu de l'art. 60 CP, les victimes qui ont subi un dommage matériel en raison d'un crime ou d'un délit peuvent, à certaines conditions, se voir allouer par le juge le montant de l'amende payée par le condamné, les valeurs patrimoniales ou les objets de valeur confisqués, ou le produit de leur réalisation.

Au *par. 3*, les Etats parties sont invités, sous réserve de leur droit interne, à faire en sorte que les avis et les préoccupations des victimes soient pris en compte dans le cadre de la procédure pénale. Ce type de participation à la procédure pénale est possible dans tous les cantons. Les victimes au sens de la LAVI bénéficient en outre des mesures de protection et des droits de procédure spéciaux mentionnés plus haut.

Le droit suisse accorde donc aux victimes d'infractions un statut satisfaisant aux exigences de l'art. 25 de la convention.

2.2.22 Mesures propres à renforcer la coopération avec les autorités de poursuite pénale (art. 26)

Il est prescrit aux Etats parties de prendre les mesures appropriées pour inciter les membres de groupes criminels organisés à coopérer avec la justice. Cette obligation est formulée de manière générale. Il appartient à chaque Etat partie de choisir les mesures qu'il entend mettre en place pour atteindre le but visé, conformément à son droit interne. La coopération doit permettre de récolter des preuves contre les mem-

bres du groupe et de démanteler l'ensemble de l'organisation (*let. a*), et de priver le groupe criminel de ses ressources et du produit de ses crimes (*let. b*). L'énumération figurant à la *let. a* n'est pas exhaustive.

Les Etats parties doivent, aux termes du *par. 2*, envisager de prévoir la possibilité d'alléger la peine. Cette formulation non impérative a été préférée à une formulation plus contraignante, étant donné qu'une telle atténuation n'est pas possible dans tous les Etats parties. Les travaux préparatoires précisent que les termes «alléger la peine» peuvent viser non seulement l'allègement prescrit (peine prévue), mais également l'allègement de facto (peine appliquée).

Cette possibilité d'atténuation existe déjà dans le droit suisse actuel. Le Tribunal fédéral a en effet retenu dans un arrêt de 1995 en matière de stupéfiants¹⁰⁷ que des aveux complets et une collaboration efficace avec les enquêteurs pouvaient justifier une réduction de la peine pouvant aller d'un cinquième à un tiers de la peine. Par ailleurs, l'art. 260^{ter} CP (organisation criminelle) prévoit à son ch. 2 que «le juge pourra librement atténuer la peine à l'égard de celui qui se sera efforcé d'empêcher la poursuite de l'activité criminelle de l'organisation». Cette disposition ne déploie toutefois d'effets concrets que dans la phase des débats et ne permet pas de donner des assurances au prévenu de manière anticipée.

Dans le cadre de l'élaboration du code de procédure pénale fédéral¹⁰⁸, il est prévu d'attacher à l'avenir davantage d'importance à la coopération des prévenus dans la procédure. L'avant-projet prévoit une procédure raccourcie (art. 385 à 389 AP), selon laquelle le prévenu peut demander au ministère public de porter son affaire directement devant le tribunal de jugement, s'il reconnaît la qualification juridique des faits et accepte les conséquences civiles de ceux-ci ou en cas de transaction entre les parties.

La formulation non contraignante du *par. 2* est reprise au *par. 3*. Il appartient dès lors à chaque Etat partie de régler lui-même la question de l'immunité. Selon le système suisse actuel, la personne qui coopère peut uniquement prétendre à une atténuation de la peine; elle ne saurait en revanche échapper à toute sanction. Une réglementation du témoin «de la Couronne» au sens stricte, selon laquelle le prévenu deviendrait formellement témoin en cours de procédure et pourrait non seulement bénéficier d'une réduction de peine, mais également échapper à toute condamnation en échange de sa coopération, serait difficilement compatible avec les principes juridiques du droit suisse, tels que les principes de l'égalité et de la légalité. Il existe également des objections quant à la crédibilité des déclarations à charge obtenues de la sorte. De plus, la pratique suisse n'a, à ce jour, pas éprouvé le besoin de recourir à cette institution. Dès lors, l'avant-projet de code de procédure pénale fédéral renonce à introduire une réglementation du témoin de la Couronne.

Il convient cependant de relever que l'art. 260^{ter} CP constitue une ébauche de réglementation du témoin de la Couronne. Toutefois, à la différence d'une réglementation élaborée, cette disposition n'a d'effets concrets que dans la phase des débats et ne permet pas de faire des promesses concrètes au sujet de la peine qui sera prononcée. De surcroît, l'auteur n'échappe pas à toute sanction.

¹⁰⁷ ATF 121 IV 202, consid. 2d/cc, voir également ATF 118 IV 342 consid. 2d.

¹⁰⁸ Voir notamment le rapport explicatif relatif à l'avant-projet d'un code de procédure pénale suisse de juin 2001, p. 29 s. et le rapport «De 29 à l'unité» de la Commission d'experts «Unification de la procédure pénale» de décembre 1997, p. 56 ss.

En résumé, l'art. 26 de la convention est compatible avec le droit suisse en vigueur, dans la mesure où il n'a pas un caractère impératif.

2.2.23 Collaboration entre les services de détection et de répression (art. 27)

Le *par. 1* contient une revendication de principe invitant les Etats parties à renforcer leur collaboration dans le domaine de la poursuite pénale. L'accent y est mis en particulier sur l'échange d'informations entre les Etats parties. Dans le droit suisse en vigueur, les échanges d'informations au niveau international sont régis notamment par l'art. 13, al. 2, de la loi fédérale sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération¹⁰⁹, l'art. 102^{quater} PPF¹¹⁰, les art. 351^{ter} à 351^{quinquies} CP (collaboration avec INTERPOL), et, pour ce qui est de l'entraide judiciaire en matière pénale, les dispositions de l'EIMP¹¹¹.

Les accords bilatéraux conclus avec l'Allemagne, l'Autriche, la Principauté de Liechtenstein, la France, l'Italie, et avec la Hongrie contiennent toutes les bases légales nécessaires à un échange d'informations intense, direct et rapide entre les autorités de police ainsi que, dans certains cas, entre les autorités judiciaires¹¹². Les centres de coopération de Genève et de Chiasso, qui ont leurs bases légales dans les protocoles additionnels aux accords signés avec la France et l'Italie, contribuent très largement à faciliter les échanges d'informations.

La convention exige cependant aussi une amélioration des échanges d'informations dans le cadre des enquêtes menées en commun avec d'autres Etats parties. Il s'agit de permettre l'identification de personnes suspectes et de déterminer leur lieu de séjour et leurs activités, mais aussi de faciliter la localisation d'autres personnes en rapport avec la criminalité transnationale organisée. La Suisse gère de nombreux systèmes d'information servant, entre autres, ces objectifs¹¹³. Outre les domaines déjà mentionnés, les dispositions du *par. 1, let. b*, visent aussi à améliorer la coopération dans les enquêtes sur les valeurs patrimoniales dont on suppose qu'elles sont le produit du crime organisé. Selon le *par. 1, let. c*, la coopération internationale doit aussi inclure la fourniture des pièces ou des quantités de substances nécessaires à des fins d'analyse ou d'enquête. Des radiographies peuvent ainsi servir à l'identification d'une personne, alors que l'analyse de faux billets ou de passeports falsifiés peut faire avancer une enquête. La Suisse a déjà adopté différentes mesures destinées à

¹⁰⁹ RS 360

¹¹⁰ RS 312.0

¹¹¹ RS 351.1

¹¹² Accord du 10 septembre 1998 entre la Confédération suisse et la République italienne relatif à la coopération entre les autorités de police et de douane, en vigueur depuis le 1^{er} mai 2000, RS 0.360.454.1; Accord du 5 février 1999 entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République de Hongrie sur la coopération en matière de lutte contre la criminalité, en vigueur depuis le 14 octobre 2001, RS 0.361.418.1. En ce qui concerne les accords avec l'Allemagne, l'Autriche, la Principauté de Liechtenstein et la France, cf. ch. 2.2.17.

¹¹³ L'Office fédéral de la police enregistre ainsi des données provenant d'autorités fédérales, cantonales ou internationales dans son système automatique d'identification des empreintes digitales (AFIS), qui a pour but de faciliter l'identification de personnes et de cadavres (cf. art. 351^{septies}, al. 1, CP). Le système de recherches informatisées de police (RIPOL) sert entre autres à la recherche du lieu de séjour de personnes disparues, de véhicules et d'objets perdus ou volés (art. 351^{bis}, al. 1, let. a, CP).

améliorer la coordination des enquêtes au niveau international. Les attachés de police suisses à l'étranger et les agents de liaison étrangers en Suisse revêtent une fonction de coordination importante, puisqu'ils aident les autorités à obtenir les informations dont elles ont besoin dans le contexte d'enquêtes de police judiciaire.

Au par. 2, les Etats parties sont invités à conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux prévoyant une coopération directe entre leurs autorités de poursuite pénale ou, lorsque de tels instruments internationaux existent déjà, à les compléter. Pour ce qui est des accords bilatéraux, la Suisse a conclu des accords d'entraide judiciaire et d'extradition avec de nombreux Etats. Au chapitre des traités multilatéraux, il convient de citer la Convention européenne relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime¹¹⁴, la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale¹¹⁵ et la Convention européenne d'extradition¹¹⁶.

2.2.24 Collecte, échange et analyse d'informations sur la nature de la criminalité organisée (art. 28)

En vertu de *l'art. 28*, les Etats parties s'engagent essentiellement à recueillir des informations sur le crime organisé et à les analyser. Le service d'analyse stratégique (SAP) de l'Office fédéral de la police suit de près l'évolution de la criminalité transnationale organisée et rédige des rapports à ce sujet. En ce qui concerne ses activités en rapport avec le crime organisé, ce service est en constante expansion depuis l'introduction, en 2002, des compétences fédérales en matière d'investigation sur le crime organisé (nouvel art. 340^{bis} CP). Les rapports qu'il rédige servent de bases de décision et d'information aux responsables politiques et aux services de police, de même qu'à d'autres autorités de la Confédération et des cantons. Certains sont aussi destinés à l'information du public (p. ex. rapport annuel sur la sécurité intérieure de la Suisse). Ce service a également pour tâche d'assurer les échanges d'information avec les autorités internationales et les services scientifiques (p. ex. dans le cadre de l'analyse des phénomènes violents).

2.2.25 Formation et assistance technique (art. 29)

En vertu de *l'art. 29, par. 1*, les Etats parties s'engagent à organiser des programmes de formation à l'intention du personnel des services de poursuite pénale et à soutenir les autres Etats parties dans ce domaine. Les collaborateurs de la police judiciaire fédérale, qui ont été engagés pour donner effet aux nouvelles compétences de la Confédération relevant du champ d'application de l'art. 340^{bis} CP, ont tous suivi un programme de formation interne d'une durée de trois mois. D'une manière générale, les collaborateurs de la police judiciaire fédérale assistent régulièrement à des cours

¹¹⁴ RS 0.311.53

¹¹⁵ RS 0.351.1

¹¹⁶ RS 0.353.1

de perfectionnement, en Suisse et à l'étranger¹¹⁷. Sans compter les stages à l'étranger et, inversement, l'accueil de stagiaires étrangers en Suisse, qui permettent de comparer et de perfectionner les connaissances acquises.

Dans le cadre du projet OCTN (Organised Crime Training Network for operational managers in South Eastern Europe), la Suisse – avec l'aide de l'Autriche et de la Norvège – assiste d'autres Etats parties à la convention dans la mise sur pied de filières de formation dans le sud-est de l'Europe. Le but de l'opération est d'accroître l'efficacité de la police dans la lutte contre le crime organisé. Pour l'atteindre, on entend d'une part constituer un réseau d'enquêteurs dans le domaine du crime organisé dans les pays du sud-est de l'Europe et d'autre part adapter la formation des agents aux normes en vigueur à l'échelle internationale. Il est prévu que l'Autriche et la Norvège soient elles aussi intégrées dans ce réseau.

2.2.26 Autres mesures: application de la convention par le développement économique et l'assistance technique (art. 30)

Sur la base de l'art. 30, les Etats parties prennent des mesures propres à assurer l'application de la convention par la coopération internationale. Le crime organisé – tous les pays sont d'accord à ce sujet – est un défi qui doit être relevé tant par les pays du Nord que par les pays du Sud. Avec le blanchiment d'argent et la corruption, le phénomène fait en effet sérieusement obstacle au développement, par exemple en provoquant le détournement de ressources, en portant préjudice aux finances publiques et en sapant la sécurité du droit. Il menace aussi de ternir l'image de l'aide au développement en donnant l'impression que l'argent qui y est consacré disparaît comme neige au soleil sans permettre d'atteindre le but recherché. Le Conseil fédéral est conscient du problème et a déjà ordonné des mesures de lutte contre le crime organisé au sens du par. 1 dans son rapport sur les relations Nord-Sud du 7 mars 1994.

Le par. 2, let. a, en appelle à la bonne gestion de l'Etat (*good governance*). Il importe en effet de veiller à créer des conditions générales favorables au développement des pays moins avancés, notamment en augmentant la légitimité et l'efficacité de l'action étatique. La bonne gestion de l'Etat implique la prise de mesures de lutte contre le crime organisé. La coopération suisse au développement y contribue très largement en oeuvrant au renforcement des structures de lutte contre la grande criminalité. L'un de ses objectifs est de favoriser la transparence en renforçant les institutions sur le plan tant personnel que matériel, afin de leur permettre de mieux informer le public sur le phénomène de la criminalité organisée et de prendre les mesures politiques et juridiques qui s'imposent pour combattre ce fléau. C'est sous cette forme que la Suisse conçoit son appui aux pays en développement au sens du par. 2, let. b, et qu'elle les aidera ainsi à appliquer la convention.

¹¹⁷ Mentionnons par exemple les cours organisés par l'Institut suisse de police à Neuchâtel, les cours de la MEPA (MittelEuropäische PolizeiAkademie), ceux d'Interpol (spécialement axés sur les aspects techniques et scientifiques des activités de police), les cours de l'Akademie der Polizei de Bade-Wurtemberg (dans le domaine des bandes et des groupements criminels organisés) ainsi que ceux de la Polizeiführungsakademie à Münster/D.

Au par. 2, let. c, les Etats parties sont invités à verser volontairement des contributions à un compte établi à cet effet auprès des Nations Unies afin d'aider les pays en développement à répondre à leurs besoins aux fins de l'application de la convention. Le Conseil fédéral est disposé à envisager un tel versement.

Cela fait des années que la Suisse participe aux efforts multilatéraux de coopération au développement et d'aide humanitaire et qu'elle est membre de toutes les institutions multilatérales importantes dans le domaine du développement. Elle entretient en outre des contacts étroits avec d'autres pays donateurs. Forte de cet engagement de longue date, elle est évidemment disposée à encourager d'autres Etats à s'associer aux efforts entrepris en conformité avec la convention (*par. 2, let. d*).

2.2.27 Prévention (art. 31)

L'art. 31 encourage les Etats à prendre différentes mesures de prévention de la criminalité organisée transfrontalière, à réduire l'afflux de produits du crime sur les marchés licites (*par. 2*), à promouvoir la réinsertion dans la société des personnes reconnues coupables d'infractions au sens de la convention (*par. 3*), à éviter que les groupes criminels organisés abusent des instruments juridiques et des pratiques administratives (*par. 4*) et à sensibiliser le public (*par. 5*), le cas échéant par le biais d'organisations ou de projets internationaux (*par. 7*).

Pour obtenir un effet préventif, il faut d'abord disposer de bases législatives solides et efficaces. Ces dernières années, la Suisse a renforcé les siennes, notamment dans les domaines du blanchiment d'argent et du crime organisé. Elle s'en est aussi donnée de nouvelles, par exemple pour pouvoir lutter plus efficacement contre la corruption. Toutes les autres mesures visant à combattre la criminalité organisée de manière rigoureuse ont également un effet préventif au sens large, qu'elles touchent les structures, la stratégie ou les opérations de la police. La mesure qu'il convient de mentionner en tout premier lieu dans ce contexte est sans doute le transfert à la Confédération des compétences d'investigation en matière de criminalité organisée, de blanchiment d'argent, de criminalité économique et de corruption¹¹⁸. Il s'agit là d'un pas décisif vers une centralisation et une intensification de la poursuite des infractions commises dans le contexte de la criminalité organisée. Un effet préventif émane sans doute aussi des activités du Bureau de communication en matière de blanchiment (MROS), qui reçoit et analyse les informations relatives à des transactions suspectes. Constatamment renforcée, la coopération intercantonale et internationale en matière de police a elle aussi un effet préventif certain, notamment dans la mesure où elle renforce l'efficacité d'organismes internationaux (Interpol, etc.), où elle permet la conclusion d'accords de coopération entre les polices et où elle aboutit à un renforcement du réseau des attachés de police. Il ne faut pas non plus sous-estimer l'effet préventif des échanges d'informations aux niveaux national et international (coordonnés par la Confédération). De plus, la Suisse s'efforce de faire avancer la prévention en contribuant à l'amélioration de la formation, par exemple dans le cadre de la MEPA (Mitteleuropäische Polizeiakademie) ou – nous l'avons déjà mentionné – dans le contexte du projet OCTN (Organised Crime Training Network for operational managers in South Eastern Europe).

¹¹⁸ Art. 340^{bis} CP.

Pour ce qui est des domaines de l'analyse et de l'information, les services d'analyse stratégique du SAP rédigent des rapports d'analyse stratégique de la prévention se rapportant à différents domaines de la criminalité organisée. Ces rapports ont pour but de sensibiliser les dirigeants politiques, les services de police et d'autres autorités fédérales et cantonales, sans oublier le public (cf. ch. 2.2.24).

2.2.28 Conférence des Parties à la Convention (art. 32)

Une Conférence des Parties à la Convention est instituée pour améliorer la capacité des Etats parties à combattre la criminalité transnationale organisée et pour promouvoir et examiner l'application de la convention (*par. 1*). Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies convoque la conférence au plus tard un an après l'entrée en vigueur de la convention (*par. 2*). Les mécanismes devant permettre d'atteindre les objectifs fixés sont l'objet d'une énumération non exhaustive (*par. 3 et 4*). Comme elle le demande, chaque Etat partie doit communiquer à la conférence des informations sur ses programmes, ses plans et ses pratiques ainsi que sur les mesures législatives et administratives visant à l'application de la convention (*par. 5*).

La première Conférence des Parties à la Convention a eu lieu fin juin 2004 et la deuxième en octobre 2005. Il a été convenu notamment que la surveillance de l'application de la convention et des protocoles additionnels se fera par le biais de questionnaires que les Etats parties devront remplir et que le soutien apporté aux Etats pour la mise en œuvre des instruments devra être intensifié.

2.2.29 Application de la convention (art. 34)

Pour assurer l'exécution de ses obligations en vertu de la convention, chaque Etat partie prend les mesures nécessaires – y compris les mesures législatives et administratives – conformément aux principes fondamentaux de son droit interne (*par. 1*). Les infractions au sens des art. 5, 6, 8 et 23 doivent être considérées comme des actes pénalement répréhensibles en droit interne, indépendamment de leur nature transnationale ou de l'implication d'un groupe criminel organisé, à moins que l'implication d'un groupement criminel organisé au sens de l'art. 5 soit exigée (*par. 2*).

2.2.30 Dispositions finales (art. 35 à 41)

Les *art. 35 à 41* comportent les dispositions finales usuelles concernant le règlement des différends, la signature, la relation avec les protocoles, l'amendement de la convention, l'entrée en vigueur et la dénonciation de la convention.

Règlement des différends (art. 35)

L'*art. 35* établit le mécanisme de règlement des différends concernant l'interprétation ou l'application de la convention. Dans un premier temps, les dissensions sont réglées par voie de négociations (*par. 1*). Dans un deuxième temps, les parties ont recours à l'arbitrage ad hoc, à la demande de l'un des Etats parties (*par. 2*). Faute de

résultat, la convention institue en dernier recours l'arbitrage de la Cour internationale de justice (*par. 2*). Tout Etat peut formuler une réserve au principe de l'arbitrage obligatoire énoncé au *par.2 (par. 3)*. Cette réserve peut toutefois être révoquée en tout temps (*par. 4*).

La formulation de l'*art. 35* correspond à celle qui est utilisée dans les autres conventions négociées au sein des Nations Unies et auxquelles la Suisse est partie (notamment en matière de terrorisme). En outre, la Suisse a adhéré au Statut de la Cour internationale de justice¹¹⁹ et a reconnu, conformément à l'*art. 36* du statut, la juridiction obligatoire de cette cour.

Signature, ratification, entrée en vigueur et dénonciation (art. 36, 38 et 40)

La convention était ouverte à la signature de tous les Etats du 12 décembre 2000 au 12 décembre 2002, au siège des Nations Unies à New York (*art. 36, al. 1*). Elle a, jusqu'ici été signée par 147 Etats et 112 l'ont ratifiée. La Suisse a signé la convention le 12 décembre 2000. Passé le délai, tout Etat peut encore adhérer à la convention (*art. 36, al. 4*). Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion doivent être déposés auprès du Secrétaire général des Nations Unies (*art. 36, al. 3 et 4*).

L'*art. 38* établit que la convention entrera en vigueur 90 jours après le dépôt du 40^e instrument de ratification, d'approbation, d'acceptation ou d'adhésion. Pour les Etats qui ratifieraient ou adhèreraient à la convention après cette date, la convention entrera en vigueur le 30^e jour après le dépôt par l'Etat de son instrument de ratification, d'approbation, d'acceptation ou d'adhésion. La convention est entrée en vigueur le 29 septembre 2003.

En vertu de l'*art. 40*, chaque Etat peut dénoncer en tout temps la convention, en adressant une notification écrite au Secrétaire général des Nations Unies. La dénonciation de la convention entraîne la dénonciation des protocoles additionnels.

Dépositaire et langue (art. 41)

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est le dépositaire de la convention. Les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe font foi.

3 Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants

3.1 Partie générale: portée, historique et contenu du protocole additionnel

La traite d'êtres humains, des femmes en particulier, s'est fortement développée dans le sillage de la mondialisation. Cette évolution s'explique, entre autres, d'une part par la pauvreté et le chômage dans les pays d'origine et d'autre part par la demande de main d'œuvre bon marché et de femmes destinées à l'industrie du sexe dans les pays de destination. Pour la Suisse, qui est l'un des principaux pays de destination de la traite d'êtres humains, le protocole additionnel est un instrument des plus précieux: il permet de franchir une étape de plus dans le développement du

¹¹⁹ RS 0.193.501. Le statut est entré en vigueur pour la Suisse le 28 juillet 1948.

droit pénal international et jette les bases d'une action multilatérale commune dans la lutte contre la traite d'êtres humains. La Suisse a en effet un intérêt particulier à voir augmenter l'efficacité de la lutte contre la traite d'êtres humains du fait de l'adoption de normes internationalement reconnues.

Les premiers projets de protocole additionnel contre la traite d'êtres humains ont été présentés par les Etats-Unis et l'Argentine. Ils ont servi de bases de discussion lors des négociations en assemblée plénière. La Suisse s'est toujours engagée en faveur d'un renforcement de la lutte contre la traite d'êtres humains, mais aussi de la coopération internationale dans ce domaine (cf. ch. 2.1.1 à 2.1.3).

Le protocole additionnel relatif à la traite des personnes est destiné à lutter contre la traite d'êtres humains ayant pour but l'exploitation des victimes, notamment des femmes et des enfants. Il a aussi pour objectif d'aider et de protéger les victimes ainsi que de promouvoir la coopération entre les Etats parties (art. 2). L'exploitation peut être sexuelle ou d'une autre nature (travail, prélèvement d'organes, art. 3, let. a). Le caractère pénalement répréhensible de la traite et de différentes formes de complicité (art. 5), la protection des victimes (art. 6 ss), la prévention (art. 9), la coopération entre les Etats parties (art. 10) et les mesures aux frontières (art. 11 ss) sont les principaux éléments autour desquels s'articule le protocole. Par ailleurs, ce dernier vise aussi les infractions transnationales commanditées ou commises par des groupements criminels organisés et la protection des victimes de tels actes (art. 4).

3.2 Partie spéciale: les dispositions les plus importantes du protocole additionnel et leur relation avec le droit suisse

3.2.1 Relation avec la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (art. 1)

Le protocole complète la convention et doit être interprété conjointement avec elle. Selon le *par. 2*, les dispositions de la convention s'appliquent par analogie au protocole, sauf disposition contraire de ce dernier (cf. ch. 2.1.4)

3.2.2 Objet (art. 2)

Le protocole a pour objet de prévenir et de combattre la traite des personnes, de protéger et d'aider les victimes de la traite et de promouvoir la coopération entre les Etats parties.

3.2.3 Terminologie (art. 3)

3.2.3.1 Caractère répréhensible de la traite d'êtres humains: révision de l'art. 196 CP (traite d'êtres humains)

L'expression traite d'êtres humains désigne le recrutement, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes (*let. a*). Parmi les moyens utilisés, relevons avant tout le recours à la force ou à la contrainte et la menace d'un tel recours à la force,

l'enlèvement, la fraude, la tromperie, l'abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation sexuelle, le travail forcé (recouvrant les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues et la servitude) et le prélèvement d'organes (*let. a*). Le consentement de la victime à l'exploitation au sens de la *let. a* n'a aucune valeur lorsque l'un des moyens énoncés à la *let. a* a été utilisé (*let. b*). La traite d'enfants aux fins d'exploitation est considérée comme «traite des personnes» même si les auteurs ne font appel à aucun des moyens énoncés à la *let. a* (*let. c*). Le terme «enfant» désigne toute personne âgée de moins de 18 ans (*let. d*).

Dans les dispositions du code pénal suisse en vigueur, la traite d'êtres humains est définie de manière plus restrictive que dans le protocole additionnel: l'art. 196 CP ne sanctionne que la traite des êtres humains aux fins de leur exploitation sexuelle (satisfaction des passions d'autrui)¹²⁰. L'art. 196 CP ne s'applique pas aux autres formes de traite d'êtres humains, par exemple en vue de l'exploitation de leur travail ou pour le prélèvement d'organes. Ces formes de traite tombent toutefois sous le coup d'autres dispositions pénales comme la contrainte ou les lésions corporelles. Celles-ci ne visent cependant que certaines conséquences de la traite d'êtres humains et ne touchent pas le cœur du problème, à savoir le fait de considérer des personnes comme de la marchandise qu'on peut acheter et revendre à volonté. Il se peut, le cas échéant, que les dispositions pénales d'autres lois soient applicables (p. ex. dans les domaines du droit des étrangers, du droit du travail ou du droit de la santé). Celles-ci ne prévoient cependant que des peines relativement légères, qui ne correspondent en rien à la gravité de l'infraction commise.

Le droit pénal en vigueur ne satisfait donc pas en tous points aux exigences du protocole. Pour préparer l'adhésion au Protocole facultatif à la Convention sur les droits de l'enfant, relative à la vente d'enfants, à la prostitution des enfants et à la pornographie mettant en scène des enfants, le Conseil fédéral a déjà proposé une révision de l'art. 196 du code pénal (art. 182 P-CP)¹²¹, afin d'étendre son champ d'application à l'exploitation du travail et au prélèvement d'organes et de punir explicitement le recrutement de personnes dans le but de les exploiter. Il entend aussi préciser explicitement que l'auteur d'un acte isolé, qui n'implique qu'une seule victime ou qu'une seule transaction portant sur un ou plusieurs êtres humains, peut lui aussi tomber dans le champ d'application de l'art. 182 P-CP.

Art. 182 P-CP:

¹ Celui qui, en qualité d'offreur, d'intermédiaire ou d'acquéreur, se sera livré à la traite d'un être humain à des fins d'exploitation sexuelle, d'exploitation de son travail ou en vue du prélèvement d'un organe sera puni de la réclusion ou de

¹²⁰ Cf. message du 26 juin 1985 concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire (infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, les mœurs et la famille) FF **1985** II 1104

¹²¹ Message du 11 mars 2005 relatif à l'adhésion de la Suisse au Protocole facultatif du 25 mai 2000 à la Convention relatives aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et sur la modification correspondante de la norme pénale relative à la traite d'êtres humains, FF **2005** 2639.

l'emprisonnement¹²². Le fait de recruter une personne à ces fins est assimilé à la traite.

² Si la victime est une personne mineure ou si l'auteur fait métier de la traite d'êtres humains, la peine sera la réclusion¹²³.

³ Dans tous les cas, l'auteur sera puni en outre de l'amende¹²⁴.

⁴ Est également punissable celui qui aura commis l'infraction à l'étranger. L'art. 6^{bis} 125 est applicable.

3.2.3.2 Systématique

Etant donné que la nouvelle disposition pénale ne protège plus la seule autodétermination sexuelle des personnes concernées, elle figure sous le titre quatrième du code pénal, Crimes ou délits contre la liberté. Le bien juridique protégé est l'autodétermination des personnes. Il y a traite d'êtres humains lorsque des personnes disposent d'êtres humains comme s'il s'agissait d'objets. Il convient de juger toutes les circonstances caractéristiques du cas d'espèce pour déterminer si les éléments constitutifs du crime sont réunis ou non. Souvent, les victimes sont menacées de violence ou d'autres formes de contrainte. Le consentement de la victime n'exclut donc pas l'infraction. Il y a lieu d'examiner si la volonté manifestée correspondait bien à la volonté effective. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral la plus récente, les éléments constitutifs de la traite d'êtres humains sont, en général, remplis lorsque de jeunes femmes venant de l'étranger sont engagées en Suisse pour exercer la prostitution par des personnes tirant profit de leur situation difficile. Leur accord à cette activité est nul et sans effet lorsqu'il est motivé par des conditions économiques difficiles¹²⁶. Le consentement d'un enfant, pour autant qu'il l'a donné, est a priori sans effet. Les seules dispositions du code civil suffisent en effet à empêcher que le consentement d'un mineur aux actes décrits à l'art. 182 P-CP soit valable en droit. Il ne serait cependant pas judicieux de préciser cet état de fait dans le code pénal sous la forme d'une disposition s'appliquant exclusivement aux enfants, car cela pourrait laisser croire, a contrario, que le consentement d'un adulte exclut forcément toute infraction.

¹²² A l'entrée en vigueur de la modification du code pénal du 13 décembre 2002 (FF **2002** 7658), la peine sera libellée comme suit: «... sera puni d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire».

¹²³ A l'entrée en vigueur de la modification du code pénal du 13.12.2002 (FF **2002** 7658), la peine sera libellée comme suit: «... la peine sera une peine privative de liberté d'un an au moins».

¹²⁴ A l'entrée en vigueur de la modification du code pénal du 13.12.2002 (FF **2002** 7658), la peine sera libellée comme suit: «... sera puni en outre d'une peine pécuniaire».

¹²⁵ A l'entrée en vigueur de la modification du code pénal du 13.12.2002 (FF **2002** 7658), la deuxième phrase de l'al. 4 sera libellée comme suit: «... les art. 5 et 6 sont applicables».

¹²⁶ ATF **126** IV 225, **128** IV 117

3.2.3.3

Elargissement de la notion de traite d'êtres humains, art. 182, al. 1, P-CP (nouveau)

L'injustice qu'il s'agit de sanctionner au moyen des nouvelles dispositions réside d'une part dans le fait que l'auteur profite de sa position de force et d'autre part dans le fait qu'il prive sa victime de son droit à l'autodétermination. Si l'on se fonde sur l'interprétation actuelle de la disposition pénale et compte tenu des textes juridiques internationaux, l'expression «traite d'êtres humains» désigne notamment le fait d'offrir, de procurer, de fournir, de vendre ou de recevoir des personnes. La notion de traite englobe aussi d'autres actes comme l'acheminement, le transport ou la livraison¹²⁷. En énumérant explicitement les personnes impliquées dans la traite d'êtres humains, on entend préciser bien clairement que sont punissables toutes les personnes ayant pris part à la transaction comme auteurs, y compris, notamment les acheteurs. Cette précision est destinée à éliminer toutes les incertitudes pouvant surgir dans la pratique. Est considérée comme auteur de l'acte toute personne dont l'acte dépend, autrement dit toute personne jouant un rôle déterminant dans la réalisation de la transaction. Les personnes ayant joué un rôle subordonné dans l'accomplissement de l'acte sont en revanche punissables en vertu des dispositions sur la complicité.

Le bénéficiaire d'une transplantation d'organe, par exemple, n'est pas punissable en vertu de l'art. 182 P-CP s'il ne fait que supposer l'origine de l'organe. Il n'est pas même punissable s'il connaît l'origine de l'organe – ce qui est très invraisemblable – car il n'existe pas de lien de causalité entre le fait qu'il sache et la commission de l'acte. La situation est bien entendu différente si le bénéficiaire de la greffe d'organe a promis une somme d'argent à celui qui lui procurerait l'organe souhaité, car il prend alors part à l'acte, notamment en qualité d'instigateur. De même, le client d'une prostituée n'est pas punissable tant qu'il n'a pas contribué de manière causale à la traite d'un être humain. Ne peuvent en effet être punies que les personnes ayant pris part à l'acte.

Selon la doctrine dominante et la pratique, il suffit déjà que l'auteur s'accommode du but de la traite pour que les éléments constitutifs de l'infraction soient réunis.

Jusqu'à récemment, le simple recrutement (contrairement à l'acquisition) par un propriétaire de bordel d'une prostituée pour son propre établissement ne relevait pas de la disposition sur la traite d'êtres humains¹²⁸. Or, le Tribunal fédéral a maintenant décidé (ATF 128 IV 117) que la norme pénale sur la traite d'êtres humains s'appliquait aussi à l'activité d'un gérant de cabaret qui recruterait et engagerait à l'étranger des prostituées destinées à son bordel en Suisse. Compte tenu de ce changement dans la jurisprudence, vu les dispositions du droit international et eu égard à l'extension proposée du champ d'application à l'exploitation du travail des victimes et au prélèvement d'organes, le Conseil fédéral juge indiqué de punir le recrutement de personnes au même titre que la traite elle-même et de créer à cet effet une disposition expresse qui sera intégrée dans la norme pénale.

Il est prévu que l'art. 182 P-CP s'applique désormais aussi lorsque la traite n'a porté que sur une seule transaction ou si une seule personne en a été la victime. Le comportement délictueux visé par la nouvelle norme ne dépend en effet pas d'une répétition de l'acte ou du nombre des victimes. Les peines applicables sont différenciées

¹²⁷ Cf. commentaire bâlois CP II, Schwaibold/Meng, N 10 ad art. 196 et renvois.

¹²⁸ Idem.

en fonction. Selon l'art. 182, al. 2, P-CP, l'auteur ayant fait de la traite son métier encourt ainsi une peine plus lourde. L'extension du champ d'application permet en outre aux victimes d'un criminel, n'ayant commis qu'un acte de traite isolé, de bénéficier des dispositions de la nouvelle loi sur les étrangers destinées à protéger les victimes de la traite d'êtres humains ainsi qu'à assurer leur disponibilité durant la procédure pénale.

Le but de l'exploitation sexuelle remplace la formulation en vigueur «pour satisfaire les passions d'autrui» qui n'est plus adaptée à notre temps. Les formes de l'exploitation sexuelle sont notamment le fait de pousser une personne à la prostitution et l'exploitation en vue de représentations pornographiques ou de fabrication de matériel pornographique. La traite de personnes destinées au mariage ne tombe en principe pas sous le coup de l'art. 182 P-CP, le mariage n'étant pas reconnu comme une forme d'exploitation. La nouvelle norme pénale pourrait s'y appliquer malgré tout si une personne se retrouve entre les mains de trafiquants ayant prétexté un mariage ou même arrangé un mariage factice pour l'exploiter sexuellement ou d'une autre manière, par exemple en l'obligeant à se prostituer. L'exploitation du travail des victimes, nouvel élément constitutif de la traite d'êtres humains, recouvre notamment le travail ou les services forcés, l'esclavage ou des conditions analogues à l'esclavage. Selon la proposition de la Commission de l'Union européenne portant sur une décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre la traite d'êtres humains¹²⁹, il y a exploitation du travail de la victime lorsqu'une personne est continuellement empêchée d'exercer ses droits fondamentaux en violation de la réglementation du travail ou des dispositions relatives à la rémunération, la santé et la sécurité sur le lieu de travail. Concrètement, il peut s'agir notamment de privation de nourriture, de maltraitance psychique, de chantage, d'isolement, de lésions corporelles, de violences sexuelles ou de menaces de mort. Au même titre que la traite d'êtres humains en vue de l'exploitation de leurs forces de travail, la traite de personnes en vue du prélèvement d'organes est un nouvel élément constitutif de l'infraction.

Il y a concours entre le nouvel art. 182 P-CP et les articles existants visant à protéger l'intégrité corporelle et sexuelle.

La révision proposée de l'art. 196 CP, qui deviendra le nouvel art. 182 P-CP, permettrait de satisfaire à l'exigence, contenue dans le Rapport du DFJP «Traite d'êtres humains en Suisse», d'élargir l'infraction à la traite en vue de l'exploitation du travail et du prélèvement d'organes humains.

3.2.3.4 Cas de traite d'êtres humains qualifiée, art. 182, al. 2, P-CP (nouveau)

La norme pénale s'applique à la traite d'êtres humains en général et n'est donc pas restreinte à la traite d'enfants. Malgré l'étendue du cadre pénal – les auteurs sont passibles d'une peine de réclusion pouvant aller d'une année à vingt ans ou d'une

¹²⁹ Décision-cadre 629/2002 du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains (JO 2002 L 203, 1).

peine d'emprisonnement de trois jours à trois ans ainsi que d'une amende¹³⁰, – il est justifié, étant donné la nature particulièrement abominable de l'injustice inhérente à la traite de personnes mineures ayant besoin d'être protégées, d'augmenter les peines prévues. Désormais, la peine sera forcément la réclusion¹³¹.

La peine prévue est la même si l'auteur agit par métier. Selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, on considère que l'auteur a fait de la traite d'êtres humains son métier s'il agit à titre professionnel, c'est-à-dire en intervenant de manière régulière et pour des sommes importantes ainsi qu'en faisant de nombreuses victimes. Pour que l'infraction soit considérée comme ayant été commise par métier, il faut donc qu'elle ait été commise de manière répétée, que l'auteur la considère comme une activité lucrative dont il espère retirer des revenus et qu'il soit disposé à commettre une multitude d'infractions de ce genre¹³².

3.2.3.5 Actes préparatoires

Le fait de préparer une infraction tombant dans le champ d'application de la norme sur la traite d'êtres humains constitue un acte préparatoire, qui selon le droit en vigueur, est considéré comme une infraction consommée. Comme on se propose maintenant d'élargir sensiblement la norme en étendant son application aux auteurs d'actes isolés, en définissant le but de manière plus large et surtout en considérant la première étape de l'acte, à savoir le recrutement, comme une infraction consommée, il ne paraît plus très judicieux de continuer de punir séparément les actes préparatoires. On préfère leur appliquer les règles générales en matière de tentative et de participation.

3.2.3.6 Amendes, art. 182, al. 3, P-CP

Aux termes de l'al. 3, l'auteur doit aussi être puni d'une amende, comme c'est déjà le cas dans le droit actuel.

3.2.3.7 Principe d'universalité, art. 182, al. 4, P-CP (nouveau)

L'applicabilité par analogie de l'art. 6^{bis} CP soumet la traite d'êtres humains au principe d'universalité; elle garantit qu'un crime commis à l'étranger ne reste pas impuni lorsque son auteur se trouve en Suisse et que son extradition est impossible pour des motifs juridiques ou objectifs. Il ressort cependant des conditions prévues à l'art. 6^{bis} CP que l'extradition prime pour les infractions commises sur territoire étranger par des ressortissants étrangers et qu'il n'est pas nécessaire d'ouvrir et de

¹³⁰ A l'entrée en vigueur de la modification du 13.12.2002 du code pénal (FF **2002** 7658), la peine d'emprisonnement ou de réclusion sera remplacée par «... une peine privative de liberté ou une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins». L'amende sera remplacée par la «... peine pécuniaire».

¹³¹ A l'entrée en vigueur de la modification du 13.12.2002 du code pénal (FF **2002** 7658), l'auteur sera puni «... d'une peine privative de liberté d'un an au plus».

¹³² Cf. commentaire bâlois, CP II, Schwaibold/Meng, N 78ss ad art. 139 et renvois.

mener une procédure par défaut en Suisse. Reste réservé le principe selon lequel l'infraction doit aussi être punissable au lieu de commission (double incrimination). Ce principe ne vaut cependant pas lorsque la victime de la traite de personnes n'est pas encore âgée de 18 ans révolus. Dans ce cas, c'est à l'avenir l'art. 5 nCP qui sera applicable, conformément à la modification du 13 décembre 2002 de la partie générale du code pénal¹³³, qui ne prévoit pas l'exigence de la double incrimination. Une fois la révision du code pénal entrée en vigueur, le renvoi aux art. 5 et 6 nCP établira clairement que l'art. 5 s'applique au cas des personnes mineures, l'art. 6 aux autres cas.

3.2.4 Champ d'application (art. 4)

Sauf disposition contraire, le protocole s'applique à la prévention, aux enquêtes et aux poursuites en rapport avec les infractions au sens de l'art. 5, lorsque ces infractions sont de nature transnationale et qu'un groupe criminel organisé y est impliqué. Le protocole additionnel s'applique aussi à la protection des victimes de ces infractions. Comme les champs d'application de la convention et du Protocole additionnel contre le trafic illicite de migrants, celui du Protocole contre la traite des personnes est restreint en ce sens qu'il vise uniquement les infractions qui sont de nature transnationale et dans lesquelles un groupe criminel organisé est impliqué.

3.2.5 Incrimination (art. 5)

Les Etats parties doivent conférer le caractère d'infraction pénale aux actes énoncés à l'art. 3 qui ont été commis intentionnellement (*par. 1*). Sous réserve des concepts fondamentaux de leurs systèmes juridiques, ils doivent aussi rendre punissables la tentative et la complicité. Ils sont en outre tenus de conférer le caractère d'infraction pénale au fait d'organiser une infraction au sens du par. 1 ou d'inciter une autre personne à en commettre une (*par. 2*). Une fois que la norme sur la traite d'êtres humains aura été révisée (cf. ch. 3.2.3), les règles de la partie générale du code pénal en matière de complicité et de tentative satisferont aux exigences du protocole.

3.2.6 Assistance et protection accordées aux victimes de la traite des personnes (art. 6)

Le *par. 1* exige des Etats parties, dans la mesure où leur droit interne le permet, qu'ils protègent la vie privée et l'identité des victimes de la traite des personnes, notamment en rendant les procédures judiciaires relatives à cette traite non publiques. Toutes les procédures pénales cantonales prévoient la possibilité d'exclure le public de la procédure judiciaire dans l'intérêt de la victime ou de la personne lésée. La vie privée et l'identité des personnes considérées comme des victimes au sens de la LAVI bénéficient de la protection supplémentaire de la législation sur la protection des victimes d'infractions (cf. aussi ch. 2.2.21).

¹³³ FF 2002 7658

Les Etats parties s'assurent qu'ils prévoient bien des mesures permettant de fournir aux victimes de la traite des personnes, lorsqu'il y a lieu, des informations sur les procédures judiciaires et administratives applicables (*par. 2, let. a*). Ils doivent aussi les aider à présenter leurs avis et leurs préoccupations de façon à ne pas porter préjudice aux droits de la défense (*par. 2, let. b*). Pour l'essentiel, le par. 2 correspond à l'art. 25, par. 3, de la convention (cf. par. 2.2.21).

Selon le *par. 3*, les Etats parties envisagent de mettre en œuvre des mesures en vue d'assurer le rétablissement physique, psychique et social des victimes de la traite des personnes. En clair, cela signifie leur trouver un logement adéquat, leur fournir conseils et informations, une assistance médicale, psychologique et matérielle, de même qu'un travail ou une formation. Les personnes qui sont considérées comme des victimes au sens de la LAVI peuvent avoir recours à l'aide spécialisée d'un service de consultation de leur choix et, à certaines conditions, obtenir des aides financières. Les services de consultation les soutiennent aussi au quotidien, par exemple à trouver un logement. A certaines conditions encore, les victimes peuvent en outre prétendre à une indemnisation par l'Etat et une réparation morale.

Conformément au *par. 4*, les Etats parties tiennent compte de l'âge, du sexe et des besoins spécifiques des victimes de la traite des êtres humains, en particulier des besoins spécifiques des enfants. La LAVI accorde aux enfants une protection spéciale en les faisant bénéficier de dispositions de procédure particulières.

Selon le *par. 6*, chaque Etat partie s'assure que son système juridique prévoit des mesures qui offrent aux victimes de la traite des êtres humains la possibilité d'obtenir réparation du préjudice subi. Ce paragraphe correspond à l'art. 25, par. 2, de la convention (cf. ch. 2.2.21).

Dans plusieurs cantons, notamment dans ceux de Zurich et de Berne, des «tables rondes» s'efforcent de mettre sur pied des programmes de coopération entre les autorités de poursuite pénale et les ONG qui s'occupent d'aider et de conseiller les victimes de la traite des êtres humains. Ces discussions ont pour but d'établir des règles contraignantes en ce qui concerne la prise en charge des victimes et la façon dont doit se dérouler la coopération. Ces efforts bénéficient du soutien actif du Service de coordination contre la traite d'êtres humains et le trafic de migrants (SCOTT).

3.2.7 Statut des victimes de la traite des personnes dans les Etats d'accueil (art. 7)

Chaque Etat partie envisage d'adopter des mesures législatives ou d'autres mesures appropriées qui permettent aux victimes de la traite des personnes de rester sur son territoire, à titre temporaire ou permanent. Ce faisant, chaque Etat Partie tient compte des facteurs humanitaires et personnels. Aujourd'hui déjà, l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers¹³⁴ prévoit qu'une autorisation de séjour peut être accordée à des étrangers qui se trouvent dans un cas personnel d'extrême gravité (art. 13, let. f). Cette disposition peut s'appliquer à des personnes victimes de la traite des personnes. Dans le cadre du projet de nouvelle loi sur les

¹³⁴ OLE, RS 823.21

étrangers¹³⁵, le Conseil fédéral a toutefois prévu une disposition expresse pour les victimes de la traite des personnes (art. 30, al. 1, let. e, LEtr). Elles peuvent ainsi bénéficier d'un séjour temporaire ou durable. Un séjour temporaire peut se révéler indispensable en cas d'enquête judiciaire ou de procédure pénale. Si le retour dans le pays de provenance est susceptible de constituer un cas individuel d'extrême gravité, il convient d'examiner l'opportunité d'octroyer une autorisation de séjour durable.

3.2.8 Rapatriement des victimes de la traite des personnes (art. 8)

Cette disposition reprend, à son *par. 1*, le principe internationalement reconnu de l'obligation qu'ont les Etats de réadmettre leurs propres ressortissants, en particulier lorsque ceux-ci sont victimes de la traite des personnes. En adhérant à la Convention contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, les Etats parties s'engagent à accepter et à faciliter, sans retard injustifié ou déraisonnable, le retour de ces personnes en tenant dûment compte de leur sécurité. Le protocole en question va plus loin encore puisqu'il étend ce principe aux personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays de reprise mais qui, au moment de l'entrée sur le territoire du pays demandeur, étaient encore au bénéfice d'un droit de résidence permanente sur le territoire du pays de reprise.

Durant les travaux préparatoires portant sur la formulation de cette clause, les avis exprimés ont souligné que le devoir d'accepter le retour dépendait du droit de résidence au moment de l'entrée sur le territoire du pays d'accueil et non au moment de la demande de reprise, faute de quoi il serait loisible aux Etats concernés de faire obstacle au retour en révoquant dans l'intervalle le titre de séjour ou la citoyenneté des victimes du trafic. De même a-t-il été précisé que l'expression «droit de résider à titre permanent» ne prenait pas en compte les titres de séjour de durée déterminée ou temporaire, comme ceux qui sont souvent accordés aux étudiants, aux travailleurs temporaires ou aux visiteurs.

Les paragraphes suivants de l'art. 8 règlent des questions pratiques. Ils stipulent en particulier que l'Etat partie requis doit vérifier, sans retard injustifié ou déraisonnable, que la victime de la traite des personnes est bien son ressortissant ou qu'elle avait le droit de résider à titre permanent sur son territoire au moment de l'entrée sur le territoire de l'Etat partie d'accueil (par. 3). Si cette personne ne dispose pas des documents nécessaires au retour, l'Etat partie requis s'engage à délivrer les documents de voyage ou les autorisations nécessaires à la réadmission sur son territoire (par. 4). En cas de retour, il faut tenir dûment compte de la sécurité de la personne concernée et de l'état de la procédure judiciaire liée au statut de la victime. La préférence doit être donnée à un retour volontaire (par. 2).

Le rapatriement des victimes de la traite des êtres humains relève aujourd'hui de la compétence des cantons. Dans la nouvelle LEtr (notamment art. 59 – aide au retour et à la réintégration), il est toutefois prévu de conférer à la Confédération la compétence d'accorder aux étrangers une aide au retour et à la réintégration.

¹³⁵ Message du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, LEtr, FF **2002** 3469.

3.2.9 Prévention de la traite des personnes (art. 9)

Les Etats parties prennent différentes mesures en vue de prévenir et de combattre la traite d'êtres humains et de protéger les victimes d'une nouvelle atteinte.

Les mesures que la Suisse prend pour lutter contre la traite d'êtres humains sont de plus en plus souvent tournées vers l'extérieur. Le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) a établi des directives en matière de prévention, qui prévoient l'organisation de campagnes d'information dans les pays d'origine des victimes et dans les pays de transit, à savoir les pays dont proviennent les victimes de la traite des êtres humains qui se sont retrouvées en Suisse et les pays dont on pense que pourraient provenir des victimes potentielles. La Suisse soutient aussi les mesures spécifiquement destinées à protéger les victimes dans les pays d'origine, plus particulièrement en rapport avec l'aide au retour, qui implique un encouragement durable à la réintégration des personnes rapatriées.

En outre, les services des visas des ambassades de Suisse remettent des fiches d'information spéciales aux femmes qui se rendent en Suisse munies d'une autorisation de courte durée (permis L) pour danseuses de cabaret. Il est prévu que les ambassades de Suisse prennent des mesures de prévention plus complètes, notamment dans les pays d'origine de victimes potentielles de la traite des êtres humains. Un premier séminaire-pilote a été organisé en mars 2002 par l'ambassade de Suisse à Moscou. L'ambassade de Kiev a pris le relais. Elle a même élargi le séminaire en y invitant des collaborateurs qui s'occupent des visas dans d'autres ambassades.

Depuis janvier 2003, l'examen et la coordination des différentes mesures de lutte contre la traite des êtres humains prises par la Suisse relèvent de la compétence du Service de coordination contre la traite d'êtres humains et le trafic de migrants (SCOTT).

3.2.10 Echange d'informations et formation (art. 10)

A son *par. 1, l'art. 10* demande aux Etats parties d'assurer l'échange d'informations nécessaire entre les autorités chargées de la lutte contre la traite d'êtres humains.

Il s'agit là de l'une des tâches du SCOTT. Il s'en acquitte en collaboration étroite avec les services de la Confédération et des cantons (cf. note 22).

Dans les limites des dispositions légales, le Service d'analyse et de prévention (SAP) de l'Office fédéral de la police reçoit des informations de la part de services homologues à l'étranger, de services cantonaux et d'autres autorités nationales et, en contrepartie, leur fournit les informations dont il dispose.

La Suisse est membre d'Interpol et participe activement aux groupes de travail que cet organisme a constitués pour lutter contre la traite des femmes. D'une manière générale, elle peut en tout temps se servir des canaux d'Interpol pour se procurer des informations dans les domaines de la traite des êtres humains et du trafic illicite de migrants, pour autant que les renseignements souhaités soient en rapport avec une procédure concrète d'investigation policière. La Suisse peut, à cette condition, demander des informations tant au secrétariat général d'Interpol qu'à n'importe lequel des 181 Etats membres de l'organisation.

Aux termes du par. 2, les Etats parties sont en outre tenus d'assurer ou de renforcer la formation des agents des services de détection, de répression, d'immigration et d'autres services compétents en matière de prévention et de répression de la traite des personnes. L'accent doit être mis sur le traitement que la police réserve aux victimes. Cette tâche relève elle aussi des services représentés au sein du SCOTT.

3.2.11 Mesures aux frontières (art. 11)

Dans la mesure du possible, et sans préjudice des engagements internationaux relatifs à la libre circulation des personnes, les Etats parties renforcent les contrôles aux frontières afin de prévenir et de détecter la traite des personnes. Pour de nombreux immigrants clandestins, l'avion est le moyen de transport le plus efficace pour atteindre leur pays de destination; il est donc particulièrement apprécié des personnes qui s'adonnent à la traite d'êtres humains ou au trafic illicite de migrants. Chaque Etat partie s'engage à adopter les mesures appropriées législatives ou autres, pour prévenir, dans la mesure du possible, l'utilisation des moyens de transport exploités par des transporteurs commerciaux. Il s'agit notamment de l'obligation faite aux compagnies de transport de vérifier que tous les passagers sont en possession des documents de voyage requis pour l'entrée dans l'Etat d'accueil. Par ailleurs, chaque Etat partie prend les mesures nécessaires pour assortir de sanctions l'obligation précitée. Enfin, chaque Etat partie prend les mesures qui permettent de refuser l'entrée de personnes impliquées dans la commission des infractions établies conformément au protocole.

Les aspects du devoir de diligence en matière de contrôle des documents de voyage et d'encadrement des passagers dont les dispositions légales régissant l'immigration ne tiennent pas encore compte feront l'objet de conventions (*Memorandum of Understanding*) passées avec les compagnies aériennes. Dans ces conventions, dont la négociation est en cours, on réglera aussi les modalités de coopération en ce qui concerne l'information, la formation et le rapatriement. Le projet de nouvelle loi sur les étrangers prévoit à son art. 87 que l'entreprise de transport aérien est tenue de prendre toutes les dispositions que l'on peut attendre d'elle pour ne transporter que les personnes disposant des documents de voyage requis lors du transit, de l'entrée en Suisse ou de la sortie de Suisse. A la demande des autorités compétentes, les entreprises de transport aérien sont tenues de prendre en charge immédiatement les personnes qu'elles ont transportées si celles-ci se voient refuser le droit d'entrer en Suisse (art. 88). En cas de violation du devoir de diligence, une amende de 5000 francs au plus par passager peut être prononcée à l'endroit de l'entreprise de transport aérien (art. 89). Enfin, au vu de l'évolution de la situation, le Conseil fédéral se voit attribuer la possibilité de soumettre aux mêmes dispositions d'autres entreprises commerciales de transport (art. 90 P-LEtr).

Depuis le 16 septembre 2002, le corps des gardes-frontière (Cgfr) a interrogé 2002 fois le système automatique d'identification AFIS dans le cadre de contrôles de personnes à la frontière¹³⁶. Il est prévu que certaines représentations suisses à

¹³⁶ Sur les 38 appareils prévus, 29 sont déjà utilisés. Le taux de réussite enregistré jusqu'ici (état au 20 novembre 2002) a été de 36 %, ce qui est énorme: sur 1117 recherches lancées, 407 ont donné un résultat positif. Ce taux de réussite montre que les critères déterminés pour la mise en doute de l'identité d'une personne ont été scrupuleusement respectés.

l'étranger puissent elles aussi, à l'avenir, prendre les empreintes des requérants de visas lorsqu'elles ont de bonnes raisons de douter de leur identité. Les contrôles au moyen du système AFIS sont aussi extrêmement utiles à l'Office fédéral des réfugiés (OFR), car ils facilitent l'établissement de l'identité des requérants et permettent de savoir si la personne a déjà séjourné en Suisse. Le système AFIS accélère ainsi les décisions lorsque le requérant a indiqué une fausse identité ou qu'il a déjà fait l'objet d'une procédure d'asile sous un autre nom.

En plus des progrès techniques réalisés dans le contrôle des personnes, nous tenons à souligner l'importance croissante du contrôle des documents. La vérification des documents de voyage est d'autant plus importante que la levée de l'obligation du visa au 1^{er} août 2000 a eu pour conséquence de multiplier les titres de séjour permettant une entrée légale dans notre pays. Pour reconnaître les falsifications, toujours plus parfaites, de ce nombre croissant de documents de voyage et de titres de séjour admis, le Cgfr doit y consacrer de plus en plus de temps et assurer un perfectionnement continu de ses agents.

Le droit suisse prévoit la possibilité de prononcer des interdictions d'entrée, des refus d'entrée et l'annulation de visas.

3.2.12 Sécurité et contrôle des documents (art. 12)

Chaque Etat partie prend les mesures nécessaires, selon les moyens disponibles, pour faire en sorte que les documents de voyage ou d'identité qu'il délivre soient d'une qualité telle qu'on ne puisse facilement en faire un usage impropre et les falsifier ou les modifier, les reproduire ou les délivrer illicitement. De même, des mesures similaires doivent être prises pour assurer l'intégrité et la sécurité des documents de voyage ou d'identité délivrés par l'Etat partie ou en son nom et pour empêcher qu'ils soient créés, délivrés et utilisés illicitement.

Les documents de voyage délivrés par la Suisse sont d'une excellente qualité et satisfont donc aux exigences de la *let. a*. Avec l'introduction en 2003 des nouveaux documents d'identité (passeports suisses, cartes d'identité, titres de voyage pour réfugiés, passeports pour étrangers et certificats d'identité) fondée sur la loi fédérale du 22 juin 2001 sur les documents d'identité des ressortissants suisses¹³⁷, la qualité des documents se trouve encore améliorée. L'intégrité et la sécurité des documents de voyage au sens de la *let. b* sont garanties par différents contrôles et par le fait qu'on oblige le requérant à se présenter personnellement à l'autorité chargée de traiter la requête.

Ces remarques valent aussi pour le nouveau visa sous forme de vignette, qui répond aux exigences de forme et de sécurité déterminantes posées par l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI). Les livrets pour étrangers, par contre, ne satisfont plus aux normes actuelles en matière de sécurité et leur conception doit être revue. Les mesures nécessaires ont déjà été prises.

¹³⁷ RS 143.1, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2002.

3.2.13 Légitimité et validité des documents (art. 13)

La vérification de la légitimité et de la validité des documents d'identité et de voyage requise à l'art. 13 est déjà une réalité. Pour la Suisse, cette exigence ne pose donc aucun problème.

3.2.14 Dispositions finales (art. 14 à 20)

Les art. 14 à 20 comportent – comme d'ailleurs les dispositions finales de la convention – les dispositions finales usuelles concernant le règlement des différends, la signature, la relation avec les protocoles, l'amendement, l'entrée en vigueur et la dénonciation du protocole (cf. ch. 2.2.30).

Clause de sauvegarde (art. 14)

L'art. 14 contient une clause de sauvegarde, ce qui n'est pas le cas des dispositions finales de la convention. Selon cette clause, aucune disposition du protocole n'a d'incidence sur les droits, les obligations et les responsabilités des Etats et des particuliers en vertu du droit international, y compris du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme. Cela vaut en particulier, lorsqu'ils s'appliquent pour la Convention de 1951 et le Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, ainsi que pour le principe de non-refoulement qui y est énoncé.

Signature, ratification, entrée en vigueur (art. 16 et 17)

Le protocole était ouvert à la signature de tous les Etats du 12 décembre 2000 au 12 décembre 2002, au siège des Nations Unies à New York (art. 16, par. 1). Jusqu'ici, il a été signé par 117 Etats et ratifié par 93 Etats (situation au 26.11.03). La Suisse a signé le protocole le 2 avril 2002. Passé le délai, tout Etat peut encore adhérer au protocole (art. 16, par. 4). Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion doivent être déposés auprès du Secrétaire général des Nations Unies (art. 16, par. 3 et 4). Le protocole est entré en vigueur le 25 décembre 2003.

L'art. 17 établit que le protocole entrera en vigueur 90 jours après le dépôt du 40^e instrument de ratification, d'approbation, d'acceptation ou d'adhésion, mais pas avant l'entrée en vigueur de la convention elle-même. Pour les Etats qui ratifieraient le protocole ou y adhéreraient après cette date, le protocole entrera en vigueur le 30^e jour après le dépôt par l'Etat de son instrument de ratification, d'approbation, d'acceptation ou d'adhésion. Le protocole est entré en vigueur le 25 décembre 2003.

4 Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer

4.1 Partie générale: portée, historique et contenu du protocole additionnel

Le trafic de migrants est un phénomène que l'on retrouve partout dans le monde et qui se manifeste sous des formes toujours nouvelles. Il s'agit d'un type de criminalité qui ignore les frontières nationales et qui est souvent pratiquée à grande échelle.

D'où l'importance de la coopération internationale pour lutter contre ces activités criminelles, qui sont généralement le fait de bandes bien organisées. Régulièrement choisie comme pays de destination ou de transit, la Suisse n'est pas épargnée par le phénomène. Pour de nombreux immigrants clandestins, l'avion est le moyen de transport le plus efficace pour atteindre leur pays de destination; il est donc particulièrement apprécié des personnes qui s'adonnent au trafic illicite de migrants. La Suisse a par conséquent elle aussi intérêt à une meilleure coordination internationale de la lutte contre le trafic illicite de migrants aux fins de la rendre plus efficace.

Le protocole additionnel a comme origine une démarche commune de l'Italie et de l'Autriche qui ont proposé un premier projet de texte. Ce dernier a servi de base de discussion en plénum. La Suisse s'est engagée de manière active dans la lutte contre le trafic de migrants, notamment dans le cadre de la coopération internationale (cf. ch. 2.1.1 à 2.1.3).

Le protocole contient notamment l'obligation d'adopter les mesures nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale à certains actes commis intentionnellement dans le but d'en tirer un avantage financier ou matériel, à savoir le trafic illicite de migrants, la fabrication d'un faux document de voyage ou d'identité (art. 6). De plus, des mesures sont également prévues dans le domaine de l'échange d'informations (art. 10), du contrôle aux frontières (art. 11), de la formation et de la coopération technique (art. 14). Les Etats s'engagent encore une fois à protéger les victimes (art. 16) et à accepter le retour des migrants qui sont leurs ressortissants ou qui ont le droit de résider à titre permanent sur leur territoire (art. 18).

4.2 Partie spéciale: les dispositions les plus importantes du protocole et leur relation avec le droit suisse

4.2.1 Relation avec la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (art. 1)

Le protocole complète la convention et doit être interprété conjointement avec elle. Sauf disposition contraire du protocole, les dispositions de la convention sont également applicables (cf. ch. 2.1.4).

4.2.2 Objet (art. 2)

Le protocole a pour objet de prévenir et de combattre le trafic illicite de migrants, mais aussi de promouvoir la coopération entre Etats Parties, tout en protégeant les droits des migrants. Il s'agit d'un article de compromis qui met en évidence d'une part la volonté des Etats parties de lutter contre le trafic illicite de migrants et d'autre part le fait que les droits des migrants objet du trafic doivent être protégés par les Etats parties.

4.2.3 Terminologie (art. 3)

L'expression «trafic illicite de migrants» (*let. a*) désigne le fait d'assurer l'entrée illégale dans un Etat partie afin d'en tirer un avantage financier ou un autre avantage matériel. De même, l'expression «entrée illégale» (*let. b*) désigne le franchissement de la frontière alors que les conditions pour l'entrée légale dans l'Etat d'accueil ne sont pas satisfaites. Le «document de voyage ou d'identité frauduleux» (*let. c*) est défini comme un document de voyage ou d'identité contrefait ou modifié de manière substantielle par quiconque autre qu'une personne ou une autorité légalement habilitée à établir ou à délivrer ledit document. Il peut s'agir également d'un document de voyage ou d'identité qui a été délivré de manière irrégulière suite à une fausse déclaration, à la corruption ou à la contrainte ou qui est utilisé par une personne autre que le titulaire légitime.

4.2.4 Champ d'application (art. 4)

Le protocole s'applique à la prévention, aux enquêtes et aux poursuites concernant les infractions établies à l'art. 6, lorsque ces infractions sont de nature transnationale et qu'un groupe criminel organisé y est impliqué, et à la protection des droits des personnes qui ont été l'objet de telles infractions. Le champ d'application du protocole est ainsi clairement délimité dans la mesure où il doit s'agir d'infractions transnationales et qu'un groupe criminel doit y être impliqué (voir art. 3 de la convention).

4.2.5 Responsabilité pénale des migrants (art. 5)

Conformément à l'art. 5, les migrants ne sont pas passibles de poursuites pénales en vertu du protocole. Il s'agit d'une disposition de compromis dans la mesure où les migrants ne peuvent pas faire l'objet de poursuites pénales en vertu du protocole du simple fait qu'ils ont fait l'objet d'un des actes mentionnés à l'art. 6. Ils restent toutefois pénalement responsables pour d'autres actes ou infractions qu'ils auraient commis en leur qualité de migrant.

4.2.6 Incrimination (art. 6)

En vertu du *par. 1, let. a*, les Etats parties sont tenus de rendre punissable le trafic illicite de migrants lorsque les actes ont été commis intentionnellement afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel.

En droit suisse, le trafic illicite de migrants est régi par l'art. 23, al. 2, LSEE. Est ainsi puni de l'emprisonnement ou d'une amende pouvant aller jusqu'à 100 000 francs celui qui, pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura facilité ou aidé à préparer l'entrée ou le séjour illégal d'un étranger dans le pays. La même peine est applicable au délinquant agissant sans dessein d'enrichissement, mais dans le cadre d'un groupe ou d'une association de personnes formé dans le but de commettre de tels actes de manière continue.

Selon l'art. 37 de la convention et l'art. 1 du protocole, les protocoles additionnels sont interprétés conjointement avec la convention. Le champ d'application de la convention comprend les infractions au sens des art. 5, 6, 8 et 23 et les infractions graves au sens de l'art. 2, lorsque ces infractions sont de nature transnationale et qu'un groupe criminel organisé y est impliqué (art. 3, par. 1, de la convention). Dans le cadre des discussions qui ont eu lieu lors de la préparation de la convention, on avait envisagé de remplacer le renvoi général aux infractions graves par une liste des infractions pénales visées, sur laquelle l'activité de passeur aurait figuré. Toutefois, comme chaque Etat possède son propre système juridique et que les peines prévues dans le cas des différentes infractions varient d'un pays à l'autre, on a finalement décidé de renoncer à l'idée de la liste. C'est donc aux Etats qu'il appartient de déterminer les crimes et les délits qu'ils entendent considérer comme infractions graves au sens de la convention. Le fait que le trafic illicite de migrants doive être considéré comme un acte principal susceptible de déclencher une opération de blanchiment d'argent et donc comme un crime au sens du droit suisse ne ressort pas non plus de l'art. 6 de la convention, selon lequel les Etats doivent conférer le caractère d'infraction pénale au blanchiment du produit du crime lorsque l'acte a été commis intentionnellement, et définir un éventail d'actes principaux qui soit le plus large possible.

Bien que le protocole additionnel ne l'exige pas expressément, il paraît approprié de classer le trafic illicite de migrants dans la catégorie des crimes. Le tort causé aux victimes du trafic de migrants est relativement important, sans compter les valeurs patrimoniales considérables qui peuvent en résulter et faire l'objet d'opérations de blanchiment. Il serait aussi souhaitable que les actes de ce type commandés ou commis par une organisation criminelle relèvent de la juridiction fédérale (art 340^{bis}, al. 1, CP) et se prescrivent par quinze ans comme tous les autres types de crimes (art. 70, CP). Un alourdissement de la peine s'impose aussi au vu de ce qui se passe en dehors de nos frontières: dans les pays de l'Union européenne, le trafic illicite de migrants peut, dans les cas graves, être sanctionné de peines privatives de liberté de huit ans au maximum¹³⁸. La version révisée des recommandations du GAFI contient une liste d'infractions incluant expressément le trafic de migrants. Comme nous en avons déjà fait mention au ch. 3.2.7, la LSEE et ses dispositions pénales sont actuellement en révision. On s'efforce, dans ce contexte, de prévoir pour la forme qualifiée du trafic illicite de migrants une peine privative de liberté de cinq ans au maximum en combinaison avec une peine pécuniaire¹³⁹.

En vertu du *par. 1, let. b*, les Etats parties doivent conférer le caractère d'infraction pénale à la fabrication d'un document de voyage ou d'identité frauduleux (*let. bi*) et au fait de procurer, de fournir ou de posséder un tel document (*let. bii*) lorsque ces actes ont été commis afin de permettre le trafic illicite de migrants.

Les actes décrits tombent sous le coup de l'art. 23, al. 1, LSEE, dont les dispositions peuvent être considérées comme des normes spéciales du code pénal (art. 251 ss). La disposition de la *let. bii* (possession d'un document frauduleux) doit être interprétée en combinaison avec la phrase d'introduction de la *let. b*. Pour être pénalement répréhensibles, les actes en question doivent ainsi avoir été commis afin de permet-

¹³⁸ Décision-cadre du Conseil (2002/946/JAI) visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, Journal officiel L 328 du 5 décembre 2002, p. 1–3.

¹³⁹ Cf. BO 2004 N 1148 s.

tre le trafic illicite de migrants. Cette disposition indique aussi clairement que la victime des trafiquants n'est pas punissable à ce titre.

Doit aussi être rendu punissable le fait de permettre à une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de demeurer dans l'Etat concerné, sans satisfaire aux conditions nécessaires au séjour légal dans ledit Etat, par les moyens mentionnés à la let. b, par. 1, ou par tous autres moyens illégaux (par. 1, let. c). Ce comportement est couvert par l'art. 23 LSEE.

Selon la *par. 2*, les Etats parties doivent rendre punissables la tentative, la complicité et le fait d'organiser l'une des infractions pénales visées au par. 1. Cette contrainte s'applique sous réserve des concepts fondamentaux du système juridique de chaque Etat. Le fait d'être l'auteur d'une infraction ou d'y participer (instigation et complicité), de même que la nature punissable de la tentative sont régis par la partie générale du code pénal (cf. aussi ch. 2.2.5).

Le par. 3 concerne le caractère de la circonstance aggravante qu'il convient de conférer à certaines infractions lorsqu'elles mettent en danger ou risquent de mettre en danger la vie ou la sécurité des migrants concernés ou lorsqu'ils font l'objet d'un traitement inhumain ou dégradant, y compris l'exploitation. En application des principes fondamentaux de notre droit pénal, le juge peut prendre en compte la gravité de l'acte lorsqu'il fixe la peine (art. 63 CP). La fourchette dont il dispose lui laisse une marge de manœuvre importante. Par ailleurs, les chefs d'accusation, dans les cas qui nous préoccupent, peuvent être multiples; à ceux que nous venons d'évoquer peut par exemple venir s'ajouter celui de la mise en danger de la vie (art. 127 CP).

Dans le contexte de la révision de la LSEE, il est d'ailleurs prévu d'augmenter de manière générale les peines pouvant être prononcées par le juge.

4.2.7 Trafic illicite de migrants par mer (art. 7 à 9)

Les *art. 7 à 9* prévoient la coopération entre Etats aux fins de prévenir et de réprimer le trafic illicite de migrants par mer. L'Etat du pavillon peut notamment autoriser l'Etat requérant à arraisonner ou à visiter le navire. Chaque Etat doit désigner l'autorité habilitée à recevoir de telles demandes d'assistance. L'art. 9 prévoit des clauses de protection en faveur de l'Etat du pavillon dont le navire subirait les mesures précitées.

Le libellé des art. 7 à 9 est repris en tout ou partie de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988 et des mesures transitoires destinées à lutter contre les pratiques dangereuses liées au trafic ou au transport de migrants illégaux par mer, adoptées par l'Organisation Maritime Internationale (OMI). Par ailleurs, les mesures énoncées dans le présent protocole complètent celles prévues par la Convention de Montego Bay de 1982 sur le droit de la mer.

La ratification par la Suisse du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer n'implique pas de modification de la législation sur la navigation maritime sous pavillon suisse. L'office compétent pour recevoir les demandes dont il est question à l'art. 8 du protocole est l'Office suisse de la navigation maritime.

4.2.8 Information (art. 10)

L'*art. 10* du protocole rappelle que l'échange d'informations doit se faire en conformité avec les systèmes juridiques et administratifs propres aux Etats en question. Afin d'atteindre un degré d'efficacité maximale, un effort particulier doit être fourni par les Etats parties qui ont des frontières communes ou qui se situent sur les itinéraires empruntés pour ce trafic. Cette disposition vise notamment les aéroports internationaux qui sont reliés par des vols de ligne. Enfin, l'objectif poursuivi par cet échange se limite à la prévention et à la lutte contre le trafic illicite de migrants.

Le *par. 1* donne une liste non exhaustive des informations sur lesquelles doit porter cet échange. Il s'agit en particulier des informations sur les organisations criminelles qui s'adonnent à ce trafic et à leurs méthodes, des itinéraires suivis du point de départ au lieu de destination, des moyens de transport et des documents d'identité et de voyage utilisés. L'échange d'informations doit également se faire sur les expériences d'ordre législatif et les pratiques réalisées par ces Etats. Afin de renforcer la capacité des Etats parties, les auteurs du protocole accordent une importance particulière à l'échange d'informations sur les mesures scientifiques et techniques permettant de prévenir, de détecter et de réprimer les infractions pénales de l'*art. 6* qui constituent le noyau du texte soumis.

Le *par. 2* stipule que l'Etat partie qui reçoit des informations doit s'en remettre aux restrictions d'usage imposées par l'Etat partie qui les transmet. Il correspond en tous points au texte de l'*art. 10, par. 3*, du protocole visant à prévenir, à réprimer et à punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.

Au sujet de l'échange d'informations, cf. aussi ch. 3.2.10.

4.2.9 Mesures aux frontières (art. 11)

Le contenu du présent article correspond à celui de l'*art. 11* du protocole contre la traite des personnes (cf. ch. 3.2.11).

4.2.10 Sécurité et contrôle des documents (art. 12)

Le contenu du présent article correspond à celui de l'*art. 12* du protocole contre la traite des personnes (cf. ch. 3.2.12).

4.2.11 Légimité et validité des documents (art. 13)

Le contenu du présent article correspond à celui de l'*art. 13* du protocole contre la traite des personnes (cf. ch. 3.2.13).

4.2.12

Formation et coopération technique (art. 14)

Cette disposition considère au *par. 1* que les agents des services d'immigration et les autres agents compétents doivent bénéficier d'une formation spécialisée à la prévention des actes contre lesquels le présent protocole veut lutter, au traitement humain des victimes de tels actes et au respect des droits qui leur sont reconnus par le protocole. Le *par. 2* donne une liste non exhaustive des matières sur lesquelles doit porter cette formation. Il s'agit en particulier de l'amélioration de la sécurité et de la qualité des documents de voyage, de l'usage impropre des documents de voyage ou d'identité et de la reconnaissance et la détection des documents de voyage ou d'identité frauduleux. La formation ainsi dispensée doit également prendre en compte les activités permettant l'identification des groupes criminels organisés, les méthodes de transport des migrants et les moyens de dissimulation, de même que les moyens de détection aux frontières. Le principe de solidarité que reprend le *par. 3* veut que les Etats parties qui bénéficient déjà des connaissances appropriées envisagent de fournir une assistance technique aux Etats qui sont fréquemment les pays d'origine ou de transit des personnes victimes de tels trafics.

Les prescriptions contenues dans cette disposition du protocole sont reprises dans le cadre de la politique migratoire du Conseil fédéral (cf. le commentaire de l'art. 15 du protocole). Des représentants du corps des gardes-frontière (DFF) prennent part régulièrement aux cours de formation organisés par les écoles de police internationales dans le domaine du trafic illicite de migrants (cf. aussi ch. 2.2.25). La mise sur pied d'une formation adaptée aux spécificités suisse dans ce secteur fait partie des tâches du Service de coordination de la lutte contre la traite des êtres humains et contre le trafic illicite de personnes (SCOTT).

4.2.13

Autres mesures de prévention (art. 15)

Parmi les autres mesures de prévention incluses dans ce troisième chapitre, l'*art. 15* enjoint les Etats parties à mettre en place ou à renforcer des programmes d'information afin de sensibiliser le public au caractère illicite et fréquent du trafic de migrants par des groupes criminels organisés et aux risques que ces derniers font courir aux migrants. Au *par. 2*, les Etats parties s'engagent à coopérer dans le domaine de l'information, comme prévu au *par. 5* de l'art. 31 de la convention contre la criminalité transnationale organisée, dans le but d'empêcher les migrants potentiels de devenir des victimes de ce trafic. Le *par. 3* de cet article dispose qu'une bonne prévention du trafic illicite de migrants ne peut toutefois se faire sans que les Etats parties ne s'attaquent à ses causes socio-économiques profondes, telles que la pauvreté et le sous-développement. C'est pourquoi des programmes appropriés de développement et de coopération nationale, régionale et internationale qui tiennent compte des réalités socio-économiques des migrations doivent être promus et renforcés par les Etats parties.

Les mesures de prévention telles qu'elles sont prévues par le protocole additionnel correspondent aux engagements pris par le Conseil fédéral dans le cadre de sa politique migratoire. Les programmes de promotion de la paix, d'aide humanitaire et économique, d'aide sur place et d'aide au retour développés par les différentes instances suisses compétentes vont ainsi dans le sens souhaité. Dans le cadre de la nouvelle loi sur les étrangers, le Conseil fédéral propose qu'une dérogation aux

conditions d'admission en Suisse soit accordée lors de séjours effectués dans le cadre de programmes ou de projets d'aide au développement, de promotion de la paix, de protection des droits de l'homme ou de politique humanitaire (cf. art. 30 du projet de la LEtr). Le dialogue sur les questions de migration que la Suisse recherche avec divers pays d'origine des immigrants clandestins vise le même but.

En outre, la Suisse s'engage déjà de manière active dans la coopération internationale en matière de migrations. Au sein de l'Organisation des Nations Unies, elle porte son effort principal sur la prévention des migrations irrégulières et la gestion des flux migratoires. En réunissant, dans le cadre de son «Initiative de Berne», des représentants des gouvernements de pays d'origine, de transit et de destination des migrants, des instances intergouvernementales, des organisations non gouvernementales et des universitaires compétents en la matière, la Suisse a également lancé un processus global de consultations en vue d'aboutir, par une meilleure coopération étatique, à l'établissement d'un cadre international facilitant une gestion harmonieuse et humaine des migrations internationales.

4.2.14 Mesures de protection et d'assistance (art. 16)

La description des mesures de protection et d'assistance au sens de l'*art. 16* est très générale (cf. aussi l'art. 25 de la convention et l'art. 6 du protocole contre la traite d'êtres humains).

Selon le *par. 1*, les Etats parties doivent garantir aux victimes du trafic illicite de migrants la protection à laquelle elles peuvent prétendre aux termes du droit international applicable. Le protocole additionnel renvoie dès lors aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme que les Etats parties ont ratifiés. Il cite expressément le droit à la vie et le droit de ne pas être soumis à la torture ou à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ces droits, les Etats parties doivent les garantir à l'intérieur de leurs frontières, mais ils doivent aussi observer le principe du non-refoulement, selon lequel un pays ne doit pas expulser, extraditer ou renvoyer un étranger lorsqu'il a de sérieuses raisons d'admettre que ce dernier pourrait être torturé ou soumis à un autre traitement inhumain dans son pays de destination.

La Suisse a ratifié de nombreux traités internationaux qui contribuent, directement ou indirectement, à améliorer le statut des victimes du trafic illicite de migrants. Nous citerons en particulier le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II)¹⁴⁰, la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴¹, la Convention de l'ONU contre la torture¹⁴², la Convention de l'ONU relative au statut des réfugiés¹⁴³, la Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes¹⁴⁴, la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant¹⁴⁵ et les différentes conventions internationales contre la traite des femmes

¹⁴⁰ RS 0.103.2

¹⁴¹ RS 0.101

¹⁴² RS 0.105

¹⁴³ RS 0.142.30

¹⁴⁴ RS 0.108

¹⁴⁵ RS 0.107

et des enfants¹⁴⁶ conclues entre 1904 et 1933. En l'an 2000, la Suisse a en outre signé le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants. Elle considère que la ratification de cette convention est prioritaire.

En application du *par. 5*, les Etats parties doivent, s'ils placent en détention la victime du trafic de migrants, respecter les dispositions de la Convention de Vienne sur les relations consulaires¹⁴⁷. Aux termes de l'art. 36, par. 1, de cette convention, l'Etat qui détient la personne doit l'informer de son droit de contacter les autorités consulaires de son pays. Si la personne incarcérée en fait la demande, les autorités de l'Etat qui la détient doivent avertir de sa détention les autorités consulaires de son pays

4.2.15 Retour des migrants objet d'un trafic illicite (art. 18)

Cette disposition reprend, à son *par. 1*, le principe internationalement reconnu de l'obligation qu'ont les Etats de réadmettre leurs propres ressortissants, en particulier lorsque ceux-ci ont été l'objet d'un trafic illicite. En signant le protocole, les Etats parties s'engagent à accepter et à faciliter, sans retard injustifié ou déraisonnable, le retour de ces personnes. Le protocole en question va plus loin encore puisqu'il étend ce principe aux migrants qui ne possèdent pas la nationalité du pays de reprise, mais qui, au moment du retour, sont encore au bénéfice d'un droit de résidence permanente sur le territoire de ce pays. Dans la situation où les personnes concernées ne bénéficient plus d'un tel droit au moment du retour, mais que celui-ci existait au moment de l'entrée dans le pays demandeur, l'Etat partie de reprise s'engage alors à examiner, sur la base de son droit interne, un éventuel retour facilité (*par. 2*).

Durant les travaux préparatoires portant sur la formulation de cette clause, des avis ont été exprimés selon lesquels il était nécessaire de prévoir un tel retour afin de dissuader les migrants et les groupes criminels organisés et de garantir aux migrants leur droit à retourner vers leur lieu d'origine. De même a-t-il été précisé que ce retour ne pouvait intervenir qu'après vérification de la nationalité ou du droit de résider à titre permanent. Il a également été indiqué qu'il serait contraire au droit international que les Etats parties puissent priver ces personnes de leur nationalité et que l'expression «résider à titre permanent» devait être comprise comme un long terme, mais pas nécessairement indéfiniment.

Les paragraphes suivants de l'art. 18 règlent des questions pratiques. Ils stipulent en particulier que l'Etat partie requis doit vérifier, sans retard injustifié ou déraisonnable, que le migrant est bien son ressortissant ou qu'il a le droit de résider à titre

¹⁴⁶ Arrangement international du 18 mai 1904 en vue d'assurer une protection efficace contre le trafic criminel connu sous le nom de traite des blanches (RS **0.311.31**), Convention internationale du 4 mai 1910 relative à la répression de la traite des blanches (RS **0.311.32**), Convention internationale du 30 septembre 1921 pour la suppression de la traite des femmes et des enfants (RS **0.311.33**), Convention du 11 octobre 1933 relative à la répression de la traite des femmes majeures (RS **0.311.34**). La Suisse n'a pas encore ratifié la Convention de l'ONU pour la répression et l'abolition de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui (GA Res 317 [IV]), destinée à remplacer ces instruments.

¹⁴⁷ RS **0.191.02**

permanent sur son territoire (*par. 3*); lorsque cette personne ne dispose pas des documents nécessaires au retour, l'Etat partie requis s'engage à délivrer les documents de voyage ou les autorisations nécessaires à la réadmission sur son territoire (*par. 4*); toutes les mesures appropriées doivent être prises par les Etats parties concernés afin que ce retour puisse être organisé de manière ordonnée, dans la sécurité et la dignité de la personne qui a été l'objet d'une telle infraction (*par. 5*); dans le cadre de l'application de l'art. 18, les Etats parties concernés peuvent coopérer avec les organisations internationales compétentes (*par. 6*). L'art. 18 ne peut cependant avoir d'incidences négatives ni sur les droits accordés par l'Etat d'accueil aux migrants qui ont été l'objet d'un tel trafic (*par. 7*), ni sur les autres obligations internationales applicables, en totalité ou en partie, au retour de ces personnes (*par. 8*).

A noter que la Suisse applique sans réserve les dispositions relatives au retour et à la réadmission des passagers qui ne remplissent pas les conditions d'immigration, contenues à l'annexe 9 de la Convention du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale¹⁴⁸. De plus, elle est engagée dans un long processus de négociation et de conclusion de nombreux accords bilatéraux de réadmission et de transit des migrants irréguliers. Dans ce contexte, elle tient déjà compte des idées développées par cette disposition du protocole additionnel dans les négociations en cours ou à venir en vue d'assurer un retour digne et sécurisé de ces migrants. En outre, il convient de relever que des représentants cantonaux et fédéraux ont conjointement établi des Directives relatives aux rapatriements menés sous la contrainte par voie aérienne. Celles-ci excluent en particulier tous moyens de contrainte qui pourraient mettre, d'une quelconque manière, en danger la santé ou la vie des personnes ainsi renvoyées de Suisse. De même, les autorités compétentes ont mis en place un pool intercantonal d'agents d'escorte qui doivent suivre une formation ad hoc auprès de l'Institut suisse de police à Neuchâtel.

4.2.16 Dispositions finales (art. 19 à 25)

Les art. 19 à 25 comportent – comme les dispositions finales de la convention – les dispositions finales usuelles concernant le règlement des différends, la signature, la relation avec les protocoles, l'amendement, l'entrée en vigueur et la dénonciation du protocole (cf. ch. 2.2.30).

Clause de sauvegarde (art. 19)

L'art. 19 contient une clause de sauvegarde, qui vient s'ajouter aux dispositions finales. Cette clause prévoit qu'aucune disposition du protocole n'a d'incidence sur les droits, les obligations et les responsabilités des Etats et des particuliers en vertu du droit international, y compris du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme. Cela vaut en particulier, lorsqu'ils s'appliquent, pour la Convention de 1951 et le Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, ainsi que pour le principe de non-refoulement qui y est énoncé.

Signature, ratification, entrée en vigueur (art. 21 et 22)

Le protocole était ouvert à la signature de tous les Etats du 12 décembre 2000 au 12 décembre 2002, au siège des Nations Unies à New York (*art. 21, par. 1*). Jusqu'ici, 112 Etats l'ont signé et 82 l'ont ratifié. La Suisse a signé le protocole le 2 avril 2002. Passé le délai, tout Etat peut encore adhérer au protocole (*art. 21, par. 4*). Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion doivent être déposés auprès du Secrétaire général des Nations Unies (*art. 21, par. 3 et 4*).

L'art. 22 établit que le protocole entrera en vigueur 90 jours après le dépôt du 40^e instrument de ratification, d'approbation, d'acceptation ou d'adhésion, mais pas avant l'entrée en vigueur de la convention elle-même. Pour les Etats qui ratifieraient le protocole ou y adhèreraient après cette date, le protocole entrera en vigueur le 30^e jour après le dépôt par l'Etat de son instrument de ratification, d'approbation, d'acceptation ou d'adhésion. Le protocole est entré en vigueur le 28 janvier 2004.

5 Conséquences

5.1 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

L'adhésion à la convention et à ses deux protocoles additionnels et la mise en œuvre de ces instruments internationaux n'ont pas, dans l'ensemble, de conséquences directes sur les finances ou sur l'état du personnel.

Comme la convention viendra faciliter la collaboration en matière d'investigation, de confiscation et de saisie de valeurs patrimoniales résultant de crimes et de délits, il faut s'attendre à une multiplication des demandes d'entraide judiciaire. Le volume de cette augmentation dépendra de l'évolution du nombre des Etats parties.

Grâce aux nouvelles structures fédérales de poursuite pénale mises en place dans le cadre des nouvelles compétences fédérales dans le domaine de la criminalité organisée, du blanchiment d'argent et de la corruption (projet d'efficacité), la convention devrait en principe pouvoir être mise en œuvre sans ressources personnelles supplémentaires. Il convient de préciser que le réseau des attachés de police suisses stationnés à l'étranger est petit en comparaison avec les réseaux étrangers.

Pour ce qui est de la mise en œuvre des deux protocoles additionnels contre la traite des êtres humains et le trafic illicite de migrants et des autres mesures prévues dans ce domaine, sept nouveaux postes ont été créés à l'Office fédéral de la police (Bureau de direction du SCOTT, renforts pour la police judiciaire fédérale et le Service d'analyse et de prévention dans ces domaines).

Il faut s'attendre à ce que la mise en œuvre des protocoles, notamment du fait des mesures concrètes qui devront être prises dans les domaines de la prévention des migrations, de la formation, de l'information, de la coopération internationale et de la collaboration avec les entreprises de transport et les agences de voyage, soit génératrice de travail supplémentaire dans les autres offices fédéraux concernés (surtout à l'ODM).

L'envoi de délégations aux Conférences des Parties selon l'art. 32 de la convention est une tâche nouvelle qui pourra vraisemblablement être assumée avec les ressources existantes.

Il est pour le moment difficile d'évaluer si, et dans quelle mesure, il sera nécessaire de prévoir de nouvelles ressources humaines pour la mise en œuvre de la convention et des deux protocoles additionnels. On peut partir de l'idée que le travail supplémentaire devrait, à moyen terme du moins, être accompli avec les ressources disponibles.

5.2 Conséquences économiques

On estime que la ratification de la Convention contre la criminalité transnationale organisée et de ses deux protocoles additionnels et la mise en œuvre de ces instruments internationaux n'auront pas de conséquences directes sur l'économie. Indirectement, cependant, le fait d'augmenter l'efficacité de la prévention et de la lutte contre le crime organisé et contre le trafic illicite de migrants devrait permettre de réaliser certaines économies, notamment de réduire les coûts de l'immigration clandestine.

6 Programme de la législation

Le présent projet a été annoncé dans le rapport du Conseil fédéral sur le programme de la législation 2003–2007¹⁴⁹.

7 Aspects juridiques

7.1 Constitutionnalité

En vertu de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 1 à 3, Cst., sont sujets au référendum facultatif les traités internationaux qui sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables (ch. 1), qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale (ch. 2) ou qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (ch. 3). Les instruments internationaux qui sont l'objet du présent rapport peuvent être dénoncés en tout temps et ne prévoient pas l'adhésion à une organisation internationale. Il reste donc à savoir ce qu'il en est de la condition posée au ch. 3.

Le droit pénal suisse en vigueur ne satisfait pas encore à tous points de vue aux exigences du protocole contre la traite des êtres humains. Les adaptations nécessaires sont toutefois déjà prévues dans le contexte de l'adhésion au Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants. Le projet qui est l'objet du présent rapport pourra donc vraisemblablement être adopté sans qu'il soit nécessaire de prévoir une adaptation de la législation.

Les traités internationaux qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ont été assujettis au référendum facultatif parce qu'on souhaitait que le droit de référendum porte sur les mêmes objets au niveau du droit international et au niveau du droit national. Les dispositions fixant des règles de droit sont définies à

¹⁴⁹ FF 2004 1087

l'art. 22, al. 4, de la loi fédérale sur l'Assemblée fédérale (LParl). Une disposition fixant des règles de droit est considérée comme importante au sens de la Constitution si elle appartient à l'une des catégories définies à l'art. 164, al. 1, let. a à g, Cst.: sont ainsi importantes en particulier les dispositions fondamentales relatives aux droits et obligations des personnes, à la restriction des droits constitutionnels ainsi qu'aux tâches et aux prestations de la Confédération. Les critères déterminant l'assujettissement d'un traité international au référendum sont donc identiques à ceux qui sont appliqués pour déterminer si une disposition fixant une règle de droit doit revêtir la forme d'une loi fédérale ou non.

Les instruments internationaux qui sont l'objet du présent rapport contiennent des dispositions fixant des règles de droit (art. 22, al. 4, LParl) qui doivent être considérées comme importantes au sens de l'art. 164, al. 1, Cst. Les dispositions qui sont sujettes au référendum facultatif au niveau national doivent être assujetties au référendum facultatif en matière de traités internationaux s'il est prévu de prendre des engagements internationaux relatifs à l'application de ces normes. Par conséquent, l'arrêt fédéral dont nous proposons l'adoption doit être assujetti au référendum facultatif en matière de traités internationaux.

7.2 Rapport avec le droit européen

Aussi bien la Communauté européenne que tous ses Etats membres ont signé la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et ses protocoles additionnels. La ratification de ces instruments par la Suisse est donc en principe compatible avec le droit européen.

La Convention contre la criminalité transnationale organisée complète les instruments adoptés par le Conseil de l'Europe dans les domaines de l'extradition, de l'entraide judiciaire en matière pénale, de la criminalité économique et du crime organisé transnational. De même, les deux protocoles accompagnant la convention sont compatibles avec les instruments adoptés par le Conseil de l'Europe dans les domaines de la traite des personnes et du trafic illicite des migrants (cf. ch. 1.3 ss).

Le Conseil de l'Europe a en outre institué une commission ad hoc chargée d'élaborer une convention européenne contre la traite d'êtres humains. Il est prévu qu'elle termine ses travaux à la fin de 2004.

Message concernant l'approbation de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, de son Protocole additionnel visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, a...

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	2005
Année	
Anno	
Band	1
Volume	
Volume	
Heft	46
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	05.074
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	22.11.2005
Date	
Data	
Seite	6269-6346
Page	
Pagina	
Ref. No	10 139 070

Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen.

Les données électroniques de la Chancellerie fédérale suisse ont été reprises par les Archives fédérales suisses.

I dati elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale svizzero.