



DEJP

**Approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil
de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son
Protocole additionnel et renforcement des normes pénales
contre le terrorisme et le crime organisé**

Avant-projet et rapport explicatif

Office fédéral de la justice
Berne, juin 2017

Condensé

Le terrorisme fait vaciller les fondements de nos sociétés plurielles. Il fait craindre pour la liberté, la sécurité et les droits fondamentaux de tout un chacun. Sous ses formes diverses, qu'il soit à visées nationalistes, religieuses ou politiques, il tue, blesse et traumatise chaque année des milliers de personnes à travers le monde. Tout Etat a un intérêt majeur à passer régulièrement en revue l'arsenal juridique dont il dispose pour lutter contre le terrorisme afin de réagir à l'évolution de la menace qu'il représente. L'avant-projet ci-joint permet à la Suisse d'adapter ses normes pénales aux enjeux actuels de la lutte contre le terrorisme et de développer sa capacité de coopération avec les autres Etats.

Les attentats du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis et ceux qui ont suivi dans de nombreux autres Etats du Globe ont renforcé la communauté internationale dans la conviction que seuls des efforts coordonnés permettraient de venir à bout du terrorisme.

L'Europe est loin d'avoir été épargnée par ce fléau, qui a touché sévèrement des pays comme l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, la France, la Norvège, le Royaume-Uni, la Russie et la Turquie. C'est ce qui a conduit le Conseil de l'Europe à élaborer la Convention du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme et son Protocole additionnel du 22 octobre 2015. La Convention impose aux Parties d'ériger l'apologie du terrorisme et le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme en infractions. Le Protocole additionnel complète matériellement la Convention et reprend les exigences découlant de la résolution 2178 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 24 septembre 2014 quant à l'incrimination des voyages effectués à des fins terroristes, de leur financement et de toute autre activité visant à les soutenir.

La Suisse a signé la Convention le 11 septembre 2012 et le Protocole additionnel le 22 octobre 2015. Ses bases légales satisfont déjà largement aux obligations de punissabilité, de prévention et de coopération internationale inscrites dans les deux traités, mais le droit pénal en vigueur, bien que couvrant une partie de la matière (infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, crimes ou délits contre la paix publique, loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées), n'en traduit pas explicitement l'essence. L'avant-projet ci-joint comprend dès lors une nouvelle disposition pénale pour les activités menées en amont d'un acte terroriste : recrutement et entraînement pour le terrorisme, voyages à des fins terroristes et financement de ces voyages.

La lutte contre le crime organisé et contre les organisations terroristes place les autorités suisses face à des défis bien plus grands que ceux qui résultent de la mise en œuvre des obligations figurant dans les deux traités. Elles doivent appréhender des structures complexes, de vastes réseaux et la capacité considérable de ces organisations de s'imposer vis-à-vis de leurs membres et de l'extérieur. C'est justement de là qu'émane la menace extraordinaire que les organisations criminelles et terroristes font planer.

Le Conseil fédéral propose de réviser la norme pénale sur l'organisation criminelle en exécution de la motion 15.3008 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats. Cette révision lui permet aussi de modifier les éléments de la norme qui faisaient l'objet de critiques de la part des autorités de poursuite pénale,

notamment du Ministère public de la Confédération. L'avant-projet adapte certains des critères définitoires de l'organisation criminelle, avec pour conséquence une extension modérée de la punissabilité. Il prévoit aussi l'augmentation de la peine maximale encourue par les personnes exerçant une influence déterminante au sein d'une organisation criminelle ou terroriste et par toutes les personnes qui soutiennent une organisation terroriste ou qui y participent. Il accorde toute l'importance requise aux principes de proportionnalité et de précision de la base légale.

L'avant-projet prévoit des adaptations de l'art. 74 de la loi fédérale sur le renseignement (interdiction d'organisations). Il établit une compétence fédérale en matière de poursuite et de jugement des infractions, telle qu'inscrite dans la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées, et reprend la peine figurant dans cette loi.

Il propose d'ajuster la loi sur l'entraide pénale internationale aux nouvelles exigences en matière de coopération internationale et y intègre deux dispositions pour, d'une part, simplifier la transmission anticipée d'informations et de moyens de preuve, en adéquation avec les exigences de la loi, et, d'autre part, consacrer le recours à des équipes communes d'enquête. Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral reconnaît la nécessité d'instaurer une base légale fondant l'adoption de mesures d'entraide modernes.

Etant donné l'importance de la place financière suisse, il s'avère indispensable de renforcer la coopération entre les cellules de renseignements financiers dans la lutte contre le financement du terrorisme. L'avant-projet étend à ce titre les compétences du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent, qui pourra intervenir auprès des intermédiaires financiers dès lors qu'il est en possession d'informations en provenance d'un homologue étranger, et plus seulement lorsqu'il a des soupçons fondés.

Ces changements revêtent une grande importance pour la coopération internationale. Plusieurs des mesures proposées permettront en outre de répondre à certaines critiques en lien avec le financement du terrorisme exprimées par le Groupe d'action financière dans le cadre de son évaluation 2016 du dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

Table des matières

Condensé	2
Table des matières	4
1 Grandes lignes de la Convention et du Protocole additionnel	6
1.1 Contexte et élaboration de la Convention	6
1.2 Aperçu du contenu de la Convention	6
1.3 Elaboration du Protocole additionnel	7
1.4 Aperçu du contenu du Protocole additionnel	7
1.5 Appréciation	8
1.6 Autres standards internationaux	8
2 Les dispositions de la Convention et leur relation avec la législation suisse	9
<i>Autres dispositions (art. 25 à 32 et annexe)</i>	28
3 Les dispositions du Protocole additionnel et leur relation avec la législation suisse	28
4 Les nouvelles dispositions en droit suisse	34
4.1 L'art. 260 ^{ter} AP-CP : organisations criminelles et terroristes	34
4.1.1 Contexte	34
4.1.2 Commentaire du nouvel article	36
4.1.2.1 Généralités	36
4.1.2.2 Caractère secret et soutien de l'organisation dans son activité criminelle	36
4.1.2.3 Organisation criminelle : peine encourue	38
4.1.2.4 Punissabilité de l'appartenance ?	39
4.1.2.5 Des critères légaux supplémentaires ?	40
4.1.2.6 Réglementation expresse pour les organisations terroristes	41
4.1.2.7 Maintien des règles de compétence	42
4.1.2.8 Concours entre l'art. 260 ^{ter} AP-CP et les infractions de base	42
4.2 Art. 260 ^{sexies} AP-CP : recrutement, entraînement et voyage en vue d'un acte terroriste	43
4.2.1 Contexte	43
4.2.2 Commentaire du nouvel article	44
4.3 Adaptation de l'art. 74 de la loi sur le renseignement : interdiction d'organisations	46
4.3.1 Contexte	46
4.3.2 Commentaire du nouvel article	47
4.4 EIMP : adaptations ayant trait à l'« entraide dynamique »	49
4.4.1 Objectifs des adaptations	49
4.4.2 Art. 80 ^{dbis} AP-EIMP : transmission anticipée d'informations et de moyens de preuve	50
4.4.2.1 Contexte	50
4.4.2.2 Commentaire de la nouvelle disposition	50

4.4.3	Art. 80 ^d ^{er} AP-EIMP : équipes communes d'enquête	52
4.4.3.1	Contexte	52
4.4.3.2	Commentaire de la nouvelle disposition	53
4.5	Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme : modification des compétences du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS)	54
4.5.1	Renforcement des compétences du MROS	54
4.5.1.1	Evaluation du GAFI concernant les compétences du MROS	56
4.5.1.2	Principes du Groupe Egmont	56
4.5.1.3	Bref aperçu de droit comparé	57
4.5.1.4	Nouvel al. 2 ^{bis} à l'art. 11a LBA	58
4.5.1.5	Commentaire de l'art. 11a, al. 2 ^{bis} , LBA	59
4.5.2	Obligation des négociants de communiquer les soupçons de financement du terrorisme	61
4.5.2.1	Complément des modifications de la LBA concernant les négociants	61
4.5.2.2	Commentaire des nouvelles dispositions	61
4.6	Autres questions étudiées et autres adaptations	62
4.6.1	Concours d'infractions	62
4.6.2	Art. 260 ^{quinq} ^{ues} CP : financement du terrorisme	62
4.6.3	Norme pénale contre le terrorisme	63
4.6.4	Norme pénale contre la justification ou l'apologie du terrorisme	65
4.6.5	Autres adaptations	66
4.6.6	Durée de validité de la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées	67
5	Classement d'interventions parlementaires	68
6	Conséquences	68
6.1	Conséquences pour la Confédération et les cantons	68
6.2	Conséquences économiques	70
6.3	Conséquences informatiques	70
7	Relation avec le programme de la législature	70
8	Aspects juridiques	70
8.1	Constitutionnalité	70
8.2	Compatibilité avec les obligations internationales	71

Arrêté fédéral (avant-projet)

1.1 Contexte et élaboration de la Convention

La Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme (ci-après « la Convention ») vise à compléter les instruments internationaux existants en matière de lutte contre le terrorisme. Au cœur de la Convention figure l'obligation pour les Parties d'incriminer la provocation publique à commettre une infraction terroriste ainsi que le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme. Les Etats veillent à garantir les principes du Conseil de l'Europe, c'est-à-dire le respect des droits de l'homme, de l'état de droit et des valeurs démocratiques.

En 2003, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a établi le Comité d'experts sur le terrorisme (CODEXTER). Celui-ci a présenté un projet de Convention en février 2005¹. La Convention a été ouverte à la signature le 16 mai 2005 ; elle est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2007.

La Suisse a participé à l'élaboration de la Convention et l'a signée le 11 septembre 2012. A ce jour, 38 pays du Conseil de l'Europe l'ont ratifiée².

1.2 Aperçu du contenu de la Convention

La Convention s'inscrit dans la lignée des Conventions internationales dont le but commun est de réprimer et de prévenir le terrorisme. Elle vient compléter un cadre légal constitué en particulier des Conventions contre le terrorisme adoptées par les Nations Unies et ses organisations apparentées et par le Conseil de l'Europe, déjà mises en œuvre et ratifiées par la Suisse³. Contrairement à la majorité des traités internationaux en vigueur, la Convention ne définit pas de nouvelles infractions principales. Elle incrimine des comportements qui ne constituent pas des actes de terrorisme proprement dits mais qui sont de nature à encourager ou faciliter leur commission.

Toutefois, la Convention veut éviter l'incrimination obligatoire de chaînes d'événements hypothétiques qui n'auraient qu'une connexion théorique avec des actes de terrorisme. Pour punir les personnes agissant en amont des infractions définies par les Conventions internationales mentionnées ci-dessus, il reste nécessaire d'établir un lien suffisant avec l'une de ces infractions.

La notion d'« infraction terroriste » a une importance majeure pour l'application de la Convention. Comme le droit pénal international n'établit pas de définition générale du terrorisme, la Convention ne donne pas non plus de définition explicite mais se réfère dans l'art. 26 et dans l'annexe aux Conventions internationales contre le terrorisme déjà en vigueur. Même si la Convention ne l'exige pas, plusieurs Etats ont inscrit le concept de terrorisme dans une norme pénale de portée générale. La

¹ Deux textes ont été particulièrement importants pour les travaux du CODEXTER : la Recommandation 1550 (2002) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la lutte contre le terrorisme et le respect des droits de l'homme et les Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, adoptées par le Comité des Ministres le 11 juillet 2002.

² Etat en avril 2017.

³ Conventions sectorielles en matière de navigation maritime, d'aviation civile, de terrorisme nucléaire ou de financement du terrorisme par exemple ; voir le ch. 2 et les réf. citées.

possibilité d'introduire une telle définition légale dans la législation suisse sera examinée indépendamment de la mise en œuvre de la Convention (voir le ch. 4.6.3).

La Convention impose aux Parties d'ériger en infraction pénale la provocation publique à commettre une infraction terroriste ainsi que le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme. Elle prévoit également d'autres mesures à prendre au niveau national ainsi que des règles de coopération internationale relatives notamment à l'entraide judiciaire et à l'extradition.

1.3 Elaboration du Protocole additionnel

Le 24 septembre 2014, le Conseil de sécurité des Nations Unies (CSNU) a adopté la résolution 2178 sur les menaces contre la paix et de la sécurité internationales résultant d'actes de terrorisme⁴. Dans la résolution, le CSNU exige notamment que les Etats érigent en infraction pénale le fait de se rendre à l'étranger dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ainsi que de financer et d'organiser de tels voyages⁵.

Par l'élaboration et l'adoption du Protocole additionnel, le Conseil de l'Europe répond à la menace terroriste croissante que font peser les personnes qui se rendent à l'étranger à des fins de terrorisme djihadiste par exemple, ou qui reviennent d'un tel voyage. Le Conseil de l'Europe démontre ainsi qu'il est capable d'intervenir en tant qu'organisation internationale dans la lutte contre de nouvelles formes de criminalité.

La Suisse a pris une part active à l'élaboration du Protocole additionnel, soumise à de grandes contraintes de temps. Elle fait partie des 17 premiers Etats à l'avoir signé le 22 octobre 2015. Le Protocole additionnel entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2017 suite à la sixième ratification⁶.

1.4 Aperçu du contenu du Protocole additionnel

Le Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme applique d'une part les obligations définies au par. 6 de la résolution 2178 du CSNU et comble d'autre part les lacunes de la Convention.

Le Protocole additionnel oblige les Parties à ériger en infraction pénale le fait :

- de se rendre l'étranger à des fins de terrorisme,
- de financer, d'organiser ou de faciliter des voyages à l'étranger à des fins de terrorisme, et
- de recevoir un entraînement pour le terrorisme.

⁴ S/RES/2178 (2014).

⁵ Par. 6 de la résolution.

⁶ Six Etats l'ont ratifié à ce jour (l'Albanie, la Bosnie-et-Herzégovine, le Danemark, l'Italie, la Moldavie et Monaco), état en avril 2017.

1.5

Appréciation

De nombreuses Conventions internationales régissent la prévention et la répression des actes de terrorisme en tant que tels, comme la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, le Protocole additionnel à la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif et la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire⁷. Ces dernières années, la Suisse a pris les mesures nécessaires pour mettre en œuvre et ratifier ces traités et participe aujourd'hui à la lutte internationale contre le terrorisme en tant que Partie à ces Conventions. Elle salue à cet égard la démarche du Conseil de l'Europe qui a pour objectif, grâce à la Convention et au Protocole additionnel, d'uniformiser les droits internes sur le territoire européen et au-delà, de les développer si nécessaire et de renforcer la coopération internationale.

Alors que les Conventions internationales précédentes avaient habituellement pour objectif de réprimer les actes de terrorisme en tant que tels, les deux traités dont il est question ici vont plus loin. Ils n'imposent pas d'inscrire dans la loi et de punir les actes de terrorisme eux-mêmes mais les activités effectuées en prévision d'un tel acte et qui peuvent créer ou aggraver le risque qu'un attentat terroriste soit commis à court ou moyen terme.

Cette extension substantielle de la punissabilité à des actes commis en amont de l'infraction principale⁸ est une particularité en droit pénal international, comparable à la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme adoptée le 9 décembre 1999⁹. Il est d'autant plus important, lors de la mise en œuvre des traités, d'accorder l'attention qu'il se doit aux principes de proportionnalité et de précision des normes pénales. En pratique, il s'agit de réprimer les infractions en veillant constamment au respect des droits fondamentaux, en particulier de la liberté d'expression, de la liberté de réunion, de la liberté religieuse et de la liberté de mouvement.

1.6

Autres standards internationaux

La problématique des voyages à des fins terroristes, de leur financement et de leur organisation est également encadrée par d'autres instruments de droit international. Citons à cet égard la résolution 2178 du Conseil de sécurité de l'ONU du 24 septembre 2014 et les recommandations du Groupe d'action financière (GAFI)¹⁰, qui constituent les normes internationales de référence dans la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. La résolution 2178 demande aux Etats membres de réprimer les voyages à des fins terroristes, ainsi que le financement et l'organisation de tels voyages. Suite à l'adoption de cette résolution, le

⁷ Voir les explications relatives à l'art. 1 de la Convention et les réf. citées.

⁸ La Convention et le Protocole additionnel ne prétendent pas assurer la prévention du terrorisme de manière *exhaustive* pour autant (voir le ch. 25 du rapport explicatif de la Convention, disponible à l'adresse <http://www.coe.int/fr/web/Conventions/full-list/-/Conventions/treaty/196>, ci-après RE). Ils ne portent que sur les comportements concrets qui, selon la communauté internationale, doivent être punis de manière proportionnée.

⁹ Voir le ch. 2.

¹⁰ Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et la prolifération, Les recommandations du GAFI, février 2012 (mises à jour en 2013 et 2016).

GAFI a décidé de réviser ces recommandations, afin de préciser que le financement du terrorisme comprenait également le fait de « *financer les voyages de personnes qui se rendent dans un autre Etat que leur Etat de résidence ou de nationalité, dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme* »¹¹. Dans ce contexte, le GAFI a rappelé que ces voyages pouvaient être considérés comme la principale forme de soutien apporté aux organisations terroristes et que les besoins financiers des personnes concernées – destinés avant tout à financer le transport, le logement, les moyens de communication et la nourriture – étaient relativement modestes¹². En 2016, le GAFI a effectué sa visite sur place en Suisse et a notamment examiné les dispositions pénales réprimant le financement du terrorisme et le soutien à une organisation terroriste. Il est arrivé à la conclusion que la Suisse était en grande partie en conformité avec la recommandation 5 (infraction de financement du terrorisme), tout en relevant une défaillance s'agissant du financement de voyages à des fins terroristes sans lien avec une organisation ou avec un acte terroriste quelconque.

2 Les dispositions de la Convention et leur relation avec la législation suisse

Art. 1 Terminologie

Les Parties renoncent dans cet article à établir une définition explicite du concept de terrorisme. Est qualifiée d'« infraction terroriste » toute infraction au sens des traités internationaux énumérés en annexe de la Convention¹³, soit onze Conventions des Nations Unies pour la répression du terrorisme¹⁴.

Dans le cadre des délibérations relatives à la Convention, les Parties ont renoncé à la suite de débats approfondis à ne considérer comme pertinentes que certaines infractions principales¹⁵ telles qu'établies par les Conventions des Nations Unies mentionnées. Il s'agit plutôt d'ériger en infractions pénales la provocation publique au terrorisme ainsi que le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme au sens global du terme. En conséquence, les infractions terroristes au sens de la Convention comprennent diverses infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, la liberté ou

¹¹ Ch. 3 de la note interprétative de la recommandation 5 du GAFI.

¹² FATF Guidance, Criminalising terrorist financing (recommandation 5), October 2016, § 41.

¹³ Selon le ch. 46 RE, il s'agit des actes visant à intimider gravement une population, à contraindre indûment un gouvernement ou une organisation internationale ou à gravement déstabiliser les structures fondamentales politiques ou constitutionnelles.

¹⁴ La Suisse a mis en œuvre et ratifié toutes les Conventions des Nations Unies mentionnées, en dernier lieu les Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme (RS 0.353.22) et pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (RS 0.353.21) le 23 octobre 2003, ainsi que la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire le 14 novembre 2008 (RS 0.353.23). L'annexe de la Convention n'inclut pas encore la Convention du 10 septembre 2010 sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale ni le Protocole additionnel à la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs du même jour. Ces Conventions ont déjà été mises en œuvre et ratifiées par la Suisse, mais ne sont pas encore entrées en vigueur au niveau international.

¹⁵ La Convention n'aurait alors porté que sur les infractions principales régies par chaque Convention des Nations Unies.

la propriété d'autrui, liées par exemple à la prise d'otages, au détournement d'avions ou au vol et à l'utilisation de matières nucléaires ou d'explosifs. En vertu de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, fournir ou réunir des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés en vue de commettre un acte terroriste est également considéré comme une infraction terroriste¹⁶.

De ce choix découlent quelques particularités pour la mise en œuvre de la Convention :

- Extension de la punissabilité à des actes commis en amont de l'infraction

La Convention se base sur des infractions punissables en vertu d'autres Conventions, lesquelles font parfois à leur tour référence à d'autres Conventions. De ce système découle une chaîne de punissabilité renforcée par la nature des dispositions de la Convention¹⁷ et qui implique d'incriminer des personnes agissant bien en amont des infractions terroristes à proprement parler¹⁸. La Suisse et d'autres Etats ont identifié ce problème au cours des délibérations. Compte tenu des réserves exprimées et de la nécessité de respecter le principe de proportionnalité, le texte de la Convention et du RE établissent que seules les conduites pouvant mener à des infractions terroristes doivent être incriminées¹⁹. La Convention n'a pas pour but d'incriminer des conduites qui ont uniquement une connexion théorique avec une infraction terroriste, établie sur la base d'une chaîne d'événements hypothétiques. La présomption d'innocence inscrite à l'art. 32, al. 1, Cst., qui s'applique jusqu'à ce qu'une personne fasse l'objet d'une condamnation entrée en force, revêt à cet égard une grande importance.

- Précision du texte de la Convention

Puisqu'il n'existe pas de définition universelle du terrorisme²⁰, le texte de la Convention ne permet pas de déterminer avec précision jusqu'où la punissabilité peut s'étendre. Il incombe aux Parties de respecter le principe de légalité en droit pénal²¹ lors de la mise en œuvre de la Convention dans leur droit interne et de garantir les droits fondamentaux, notamment la liberté d'opinion et la liberté de réunion²². Toute restriction doit être soigneusement soupesée, en application du principe de proportionnalité, et garantir le respect de l'essence-même de ces droits²³.

¹⁶ Art. 2, par. 1, de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, voir ci-dessus.

¹⁷ Art. 5 ss de la Convention.

¹⁸ Tenter d'inciter autrui à recruter une personne afin qu'elle aide à réunir des fonds en prévision de la commission d'un acte de terrorisme devrait par exemple être puni. Une telle incrimination serait extrêmement problématique d'un point de vue politique et juridique (s'agissant des moyens de preuve) et donnerait lieu à des procédures qui ne respecteraient pas le principe de proportionnalité ou qui ne pourraient pas aboutir.

¹⁹ Art. 12, par. 2, de la Convention et ch. 49 RE.

²⁰ Les travaux des Nations Unies visant à élaborer une Convention contre le terrorisme exhaustive sont interrompus pour le moment. L'objectif principal d'un tel accord serait d'établir une définition du terrorisme qui puisse s'appliquer à toutes les parties concernées (combattants pour la liberté, troupes militaires ; voir les explications relatives à l'introduction dans la législation suisse d'une norme générale en matière de terrorisme, ch. 4.6.3).

²¹ Art. 1 CP.

²² Art. 16 et 22 de la Constitution (Cst., RS 101) et art. 10 et 11 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101). Notons que ces libertés fondamentales peuvent faire l'objet de restrictions.

²³ Voir l'art. 36 Cst.

- Réserves et déclarations

La Convention n'énumère pas explicitement les articles qui peuvent faire l'objet d'une réserve ou d'une déclaration restrictive de la part des Parties. La Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités²⁴ est donc applicable. Cela dit, les Etats se sont mis d'accord lors de l'élaboration de la Convention pour désigner explicitement les domaines de la Convention qui peuvent faire l'objet de réserves ou de déclarations²⁵.

Art. 2 *Objectif*

Les Parties accentuent leurs efforts pour prévenir le terrorisme et ses effets négatifs au niveau national et international.

Art. 3 *Politiques nationales de prévention*

Les Parties prennent des mesures appropriées en vue de prévenir les infractions terroristes et de réduire leurs effets négatifs, en garantissant le respect des droits de l'homme. L'échange d'informations, les mesures de protection et de coordination ainsi que la formation spécialisée des autorités répressives doivent être renforcés. L'art. 3, par. 2, prévoit que les Parties prennent les mesures nécessaires pour améliorer et développer la coopération entre les autorités nationales en vue de mieux prévenir les infractions terroristes et leurs effets.

Cette disposition doit être examinée en relation avec l'art. 4 de la Convention et tend à favoriser les échanges d'informations pour prévenir les infractions terroristes. Les informations obtenues tant au niveau international que national permettent d'améliorer l'efficacité de la lutte contre les infractions terroristes à ces deux niveaux. Le dialogue social doit également être encouragé²⁶ et la société civile peut participer aux efforts²⁷. En Suisse, la Confédération et les cantons, entre autres par leurs polices cantonales, collaborent pour échanger les informations utiles en matière de sensibilisation du public au risque terroriste. Les cantons font remonter les informations de proximité. Afin de gérer les situations délicates, chaque canton applique sa stratégie en fonction des spécificités locales.

Art. 4 *Coopération internationale en matière de prévention*

Si nécessaire et selon leurs possibilités, les Parties se prêtent assistance pour la prévention du terrorisme. Cette coopération internationale en matière de prévention est l'un des éléments fondamentaux pour permettre la lutte la plus efficace possible contre le terrorisme. L'assistance que se prêtent les Etats parties est déjà mise en œuvre dans divers instruments, notamment du Conseil de l'Europe ou de

²⁴ RS 0.111, art. 19 ss. Un Etat peut formuler une réserve à condition qu'elle ne soit pas incompatible avec l'objet et le but du traité.

²⁵ Ch. 28 RE. Il s'agit de l'application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (RS 0.353.22) et des art. 5, 9 et 14, par. 1, let. c, de la Convention.

²⁶ Par. 3.

²⁷ Par. 4. Il a été possible, au cours des délibérations, de contraindre les Etats qui souhaitaient introduire dans la Convention l'obligation pour les citoyens de fournir leur aide à la lutte contre le terrorisme.

l'Organisation des Nations Unies. La Suisse dispose, par exemple, d'un procureur de liaison auprès d'Eurojust et d'agents de liaison ou attachés de police à l'étranger, et le contact direct entre les autorités judiciaires institué par les instruments du Conseil de l'Europe favorise la coopération au sens de la présente disposition.

La lutte contre le terrorisme et contre la criminalité (organisée) qui est à sa source nécessite une action très rapide des autorités concernées. L'obligation de célérité instituée à l'art. 17a de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)²⁸ et les principes développés par la jurisprudence, tels que le principe de faveur, à savoir que la règle la plus favorable à l'entraide prévaut²⁹, améliorent la coopération.

Cette dernière a pour objectif de prévenir les activités terroristes, raison pour laquelle deux nouvelles dispositions visant à mieux prévenir et à instruire plus rapidement les attentats terroristes, notamment en Europe, figureront dans la loi. Les détails des nouveaux art. 80d^{bis} et 80d^{ter} EIMP proposés sont développés dans les explications se rapportant à ces dispositions. Il s'agit essentiellement d'instituer une « entraide dynamique » permettant une rapidité d'intervention en faveur de la prévention et de la répression en particulier du terrorisme et des formes de criminalité qui y sont liées.

La nouvelle disposition relative à la transmission anticipée d'informations et de moyens de preuve et le nouvel article instituant les équipes communes d'enquête poursuivent l'objectif d'une efficacité accrue et d'une plus grande rapidité de la coopération judiciaire en matière pénale avec les autorités étrangères.

Art. 5 *Provocation publique à commettre une infraction terroriste*

Cet article, première disposition pénale de la Convention, impose aux Parties d'ériger en infraction pénale la diffusion d'un message avec l'intention d'inciter à la commission d'une infraction terroriste, lorsqu'un tel comportement crée un danger qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises. La provocation peut être directe ou indirecte ; le risque doit être significatif et crédible³⁰.

La provocation publique directe³¹ à commettre une infraction terroriste est couverte par l'art. 259 CP³² en vigueur. Selon cette disposition, quiconque provoque publiquement à un crime ou à la violence est puni. L'auteur doit avoir l'intention d'exercer une influence sur le public. Que la provocation ait été comprise ou perçue n'est pas pertinent³³. De même, l'acte de terrorisme ne doit pas avoir été effectivement commis ou avoir fait l'objet d'une tentative pour que l'infraction soit punissable³⁴.

28 RS 351.1.

29 Voir notamment la jurisprudence du Tribunal fédéral par ex. dans les ATF 140 IV 123 (126) consid. 2 ; 137 IV 33 (41) consid. 2.2.2 ; 135 IV 212 (215) consid. 2.3 ou 122 II 140 (142) consid. 2 explicitant le principe de faveur (« *Günstigkeitsprinzip* »), selon lequel la règle la plus favorable à l'entraide prévaut, que cette règle soit nationale ou internationale.

30 Ch. 100 RE.

31 Une provocation est considérée comme directe lorsque le message mentionne explicitement l'acte de terrorisme ou ses buts ou qu'il est possible de les déduire du contenu du message.

32 Provocation publique au crime ou à la violence.

33 Voir FIOKA, in Basler Kommentar, 2013, n°10 ad art. 259 CP.

34 Voir TRECHSEL/VEST, in StGB PK, 2^e éd. 2013, n°5 ad art. 259 CP.

La provocation indirecte, qui consiste par exemple à présenter une infraction comme nécessaire et justifiée³⁵, est également couverte par l'art. 259 CP. La provocation doit être univoque, mais l'infraction visée ne doit pas être décrite avec précision³⁶.

La législation suisse satisfait aux exigences de l'art. 5 de la Convention³⁷.

Art. 6 *Recrutement pour le terrorisme*

Cet article exige des Parties d'ériger en infraction pénale le fait de solliciter³⁸ une autre personne pour commettre ou participer à la commission d'une infraction terroriste, ou pour se joindre à un groupe afin de contribuer à la commission d'une infraction terroriste. Les Etats sont libres d'interpréter le terme « solliciter » conformément à leur droit interne. L'infraction est accomplie lorsque le recruteur a fait le nécessaire, selon lui, pour que le recrutement soit un succès³⁹.

Solliciter une personne afin qu'elle se joigne à un groupe en vue de perpétrer des actes de terrorisme est une infraction partiellement couverte par l'art. 260^{ter} CP⁴⁰. Outre la participation à une organisation criminelle, cette disposition réprime également le soutien à une telle organisation⁴¹. Les tribunaux qualifient régulièrement d'organisations criminelles les organisations terroristes qui réunissent les éléments constitutifs de l'infraction, c'est-à-dire qu'elles maintiennent le secret et qu'elles disposent d'une structure suffisante⁴². Est considérée comme soutien toute contribution essentielle qui renforce l'organisation, par la mise à disposition de ressources logistiques ou humaines par exemple⁴³. Un membre de l'organisation qui procède au recrutement peut être poursuivi au titre de la participation à l'organisation⁴⁴. La poursuite pénale relève de la compétence des autorités suisses si le recrutement est effectué sur le territoire suisse, même si l'organisation ne mène ses activités criminelles qu'à l'étranger⁴⁵.

En ce qui concerne les groupes Al-Qaïda et Etat islamique et les organisations apparentées, l'art. 2 de la loi correspondante⁴⁶ s'applique. Est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque, entre autres, encourage les activités d'une telle organisation de quelque manière que ce soit, y compris en recrutant des adeptes.

³⁵ Selon les ch. 99 s. RE, il faut prouver que la personne concernée avait l'intention expresse d'inciter à la commission d'une infraction terroriste et que son acte a créé un risque significatif.

³⁶ FOLKA, in Basler Kommentar, 2013, n°12 ad art. 259 CP.

³⁷ Cet article peut faire l'objet d'une réserve ou d'une déclaration.

³⁸ Selon le terme utilisé dans la version française de la Convention.

³⁹ Voir les ch. 109 et 112 RE. Il n'est pas nécessaire que le destinataire participe effectivement à la commission d'une infraction terroriste ou qu'il se joigne à un groupe dans ce but.

⁴⁰ Organisation criminelle, en particulier le ch. 1, par. 1.

⁴¹ Il peut s'agir de personnes non membres de l'organisation.

⁴² Dans la jurisprudence, la notion d'organisation criminelle englobe entre autres aussi les groupes islamistes (Etat islamique, Martyrs pour le Maroc, le réseau Al-Qaïda), l'organisation albanaise ANA au Kosovo, le TKP/ML – TIKKO en Turquie, les Brigades rouges en Italie et l'ETA au Pays basque (ATF 132 IV 132 ss, arrêt du 23 février 2016 du Tribunal fédéral (1C 644/2015), arrêt du 18 mars 2016 du Tribunal pénal fédéral (SN.2016.5).

⁴³ Voir BAUMGARTNER, in Basler Kommentar, 2013, n°12 ad art. 260^{ter} CP.

⁴⁴ Le fait d'être membre d'une organisation inclut ainsi le soutien apporté à celle-ci.

⁴⁵ Les autorités suisses sont compétentes en cas de recrutement effectué à l'étranger si l'organisation compte exercer son activité criminelle en Suisse, art. 260^{ter}, ch. 3, CP.

⁴⁶ RS 122.0.

Par contre, l'incrimination de la tentative de recrutement exigée par la Convention⁴⁷ n'est que partiellement couverte par le droit en vigueur. La doctrine dominante et le législateur excluent la punissabilité de la tentative et de la participation à l'infraction prévue à l'art. 260^{ter} CP et l'extension de la punissabilité à la tentative de soutien d'une organisation criminelle qui en résulterait. Ces actes ne sont pas punis par le droit suisse⁴⁸, sauf en cas de tentative de recrutement pour le compte d'une organisation interdite en vertu de la loi précédemment citée.

Une réserve de la Suisse concernant cette disposition pourrait, après une analyse approfondie, être considérée comme incompatible avec l'objet et le but de la Convention et être jugée irrecevable⁴⁹.

Au vu de l'impunité partielle de certaines activités réalisées en amont d'une infraction et afin de régler de façon claire et spécifique le recrutement à des fins de terrorisme, nous proposons d'introduire une nouvelle disposition pénale qui régira explicitement l'infraction dont il est question (voir le commentaire des nouvelles dispositions au ch. 4.2). La création d'une disposition distincte permettra non seulement de respecter le principe de précision en droit pénal mais aussi de garantir l'application des normes de portée générale qui régissent la participation et la tentative à la nouvelle disposition.

L'étude de droit comparé du 22 janvier 2016 sur la pénalisation du recrutement et de l'entraînement de terroristes effectuée par l'Institut de droit comparé à Lausanne⁵⁰ révèle que le Danemark, l'Allemagne et l'Italie pénalisent explicitement le recrutement pour le terrorisme. Ces trois pays prévoient une peine privative de liberté. Le recrutement pour le terrorisme est également punissable en Autriche sans que la législation de ce pays ne le règle explicitement. Enfin, le droit français prévoit également une infraction relative au recrutement pour le terrorisme, qui diffère des autres pays puisque l'auteur ne doit pas seulement solliciter la personne mais la persuader de participer à un groupement ou de commettre un acte de terrorisme en lui proposant des avantages ou en la menaçant.

D'autres dispositions qui ne régissent pas exclusivement le recrutement pour le terrorisme peuvent être applicables dans ces pays. Il s'agit par exemple de celles consistant à réprimer le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes en France, ou encore de diffuser le matériel de propagande d'organisations anticonstitutionnelles en Allemagne.

Les autorités de poursuite pénale de la Confédération signalent qu'elles rencontrent des difficultés dans le cadre des enquêtes pénales ouvertes pour des actes effectués antérieurement à des activités terroristes. En particulier, elles ne peuvent pas ordonner de mesures de surveillance au sens du code de procédure pénale (CPP)⁵¹ si elles ne sont pas en mesure de prouver un lien avec une organisation criminelle ou si ce lien est inexistant. L'introduction d'une nouvelle norme pénale qui n'impose pas

⁴⁷ Art. 9, al. 2, de la Convention.

⁴⁸ FF 1993 III 269, 296 ; BAUMGARTNER, op. cit., n°12 ad art. 260^{ter} ; TRECHSEL/VEST, op. cit., n°15 ad art. 260^{ter}.

⁴⁹ Voir les explications relatives à l'art. 1 de la Convention.

⁵⁰ L'étude comprend le Danemark, l'Allemagne, la France, l'Italie et l'Autriche. Elle peut être consultée sur le site Internet de l'Institut suisse de droit comparé à l'adresse <http://www.isdc.ch/media/1344/e-2017-02-15-156-straftbarkeit-publication.pdf>. La newsletter n°42 de l'institut en fait un résumé, disponible à l'adresse http://www.isdc.ch/media/1304/newsletter-new-year-edition-2017_final.pdf.

⁵¹ RS 312.0.

d'établir un lien avec une organisation terroriste permettra d'engager des procédures sur la base d'une législation plus appropriée.

La Convention n'incrimine pas le fait d'être recruté pour le terrorisme (recrutement passif). Les Etats peuvent toutefois introduire une telle infraction dans leur droit interne en veillant au respect des principes de proportionnalité et de l'état de droit. Certains Etats ont fait usage de cette possibilité alors que d'autres y ont renoncé.

Le Danemark et l'Italie ont explicitement pénalisé le recrutement passif, dans la même norme pénale que le recrutement actif. Dans ces deux Etats, la peine prévue est plus légère que pour le recrutement actif. L'Allemagne, la France et l'Autriche ne disposent d'aucune règle spécifique pour le recrutement passif. Suivant les cas et la législation en vigueur, l'acte peut être puni au titre de la participation à une organisation terroriste.

La criminalisation du fait d'être recruté implique de punir des actes commis bien en amont de l'infraction principale et pose de grandes difficultés en ce qui concerne les preuves. Premièrement, il est presque impossible de prouver qu'une personne a décidé en son for intérieur d'accepter de participer à une activité criminelle ou de devenir membre d'une organisation. Deuxièmement, la personne recrutée est dans l'incertitude quant à ce qu'elle accepte. Enfin, on peut se demander s'il est vraiment opportun d'incriminer ce comportement : le seul fait qu'une personne accepte en son for intérieur, sans adopter de comportement concret et observable par une personne extérieure, de participer à une activité qui n'est pas toujours définie représente-t-il une menace suffisante qui justifie l'ouverture d'une poursuite pénale ?

On estime qu'il n'est pas nécessaire d'incriminer le seul fait d'accepter d'être recruté pour le terrorisme⁵² et de modifier le code pénal à cet effet⁵³. Au moment où une personne accepte d'être recrutée, la menace que ce comportement représente pour la sécurité publique et pour la population est faible. La Suisse dispose d'autres mesures et possibilités légales, en particulier grâce à la nouvelle loi fédérale sur le renseignement (LRens)⁵⁴, pour s'informer davantage sur la situation générale et garantir ainsi la sécurité intérieure et extérieure du pays. Par contre, une personne qui prend des mesures concrètes visant à organiser une infraction ou à participer à une organisation dans le but de commettre une infraction est punissable conformément au droit en vigueur. Si la personne concernée montre qu'elle a accepté d'être recrutée en participant à une formation terroriste ou à un voyage à des fins terroristes, le nouvel art. 260^{sexies} AP-CP proposé s'appliquera⁵⁵.

Nous proposons d'introduire une nouvelle norme pénale pour punir explicitement le recrutement pour le terrorisme, mais de renoncer à l'incrimination du fait d'être recruté pour le terrorisme puisqu'une telle norme établirait une punissabilité encore plus anticipée.

⁵² Soulignons qu'une personne recrutée pour commettre une infraction concrète et planifiée est punissable. Les tribunaux contrôlent alors si elle a commis un acte préparatoire délictueux ou si elle est complice de la tentative de commettre une infraction principale.

⁵³ C'est l'*ultima ratio*. Durant cette période, il peut être d'autant plus important d'utiliser le renseignement et de s'informer le plus possible sur les événements, les structures et les individus ainsi que d'échanger des informations avec les services compétents à l'étranger.

⁵⁴ FF 2015 6597.

⁵⁵ Voir le ch. 4.2 et les explications relatives à l'art. 7, où il est proposé de punir la personne qui reçoit un entraînement pour le terrorisme au même titre que celle qui dispense l'entraînement.

Art. 7 *Entraînement pour le terrorisme*

Cet article impose aux Parties d'ériger en infraction pénale le fait de donner des instructions pour la fabrication ou l'utilisation d'explosifs, d'armes ou de substances dangereuses, ou pour d'autres méthodes et techniques spécifiques en vue de commettre une infraction terroriste ou de contribuer à sa commission, sachant que la formation dispensée a pour but de servir à la réalisation d'un tel objectif. Sont considérées comme des armes au sens de la Convention toute arme ou tout engin conçu pour provoquer la mort, des dommages corporels graves ou d'importants dégâts matériels par l'émission de produits chimiques toxiques, d'agents biologiques, de rayonnements ou de matières radioactives⁵⁶. Punir le fait de donner des instructions « pour d'autres méthodes et techniques spécifiques » paraît peu compatible avec le principe de précision des normes pénales puisque cette infraction n'est pas liée à un moyen d'action ou à une conduite concrète. L'art. 7 ayant un champ d'application très large, le principe de proportionnalité établi à l'art. 12, par. 2, de la Convention et l'essence-même de l'article⁵⁷ doivent revêtir une importance accrue lors de la mise en œuvre.

N'est par exemple pas considéré comme un entraînement au sens de l'art. 7 la publication non sollicitée de plans permettant de fabriquer un explosif ou d'instructions pour l'utilisation d'armes sur Internet, sans que l'auteur ait connaissance du destinataire ou de l'intention de se servir de l'information pour commettre une infraction⁵⁸.

Dans la mesure où l'infraction peut être rattachée à un groupe terroriste, la disposition relative à l'organisation criminelle et au soutien à celle-ci s'applique. Former une personne ou lui donner des instructions pour un acte de violence criminel suffisamment spécifique contre des personnes ou des installations⁵⁹ peut être considéré comme un acte préparatoire délictueux au sens de l'art. 260^{bis} CP. L'activité préparatoire doit être menée de manière systématique et sur une certaine durée ; elle doit atteindre un stade assez avancé pour que l'intention criminelle puisse être objectivement constatée et doit viser la commission de l'un des actes énumérés dans la disposition⁶⁰. Y avoir simplement réfléchi ne suffit pas⁶¹. Cependant, le lieu et l'heure de la commission de l'infraction ainsi que la manière dont elle sera réalisée ne doivent pas être précisés.

L'entraînement pour un acte de terrorisme planifié peut également entrer dans le champ d'application des dispositions relatives à l'instigation et à la complicité⁶². La complicité, en tant que simple contribution à une infraction principale, est punissable même si le lien de causalité n'est pas établi de manière stricte et que

⁵⁶ Ch. 120 RE.

⁵⁷ Soit donner des instructions pour des activités directement dangereuses ou pour la fabrication ou l'utilisation de substances ou de moyens dangereux.

⁵⁸ Cet aspect découle de la formulation de la disposition (« sachant que ») et du principe de la Convention selon lequel un risque hypothétique ne constitue pas une infraction.

⁵⁹ On part du principe que ces critères sont remplis dans le cas d'infractions terroristes.

⁶⁰ TRECHSEL/VEST, op. cit., n°5 ad art. 260^{bis}. Il s'agit en particulier du meurtre, de l'assassinat, des lésions corporelles graves, de la séquestration et de l'enlèvement, de la prise d'otages, de l'incendie intentionnel et du brigandage.

⁶¹ BAUMGARTNER, op. cit., n°11 ad art. 260^{bis}.

⁶² Art. 24 et 25 CP.

l'infraction principale n'est pas effectivement commise. La tentative de complicité n'est pas punissable⁶³.

L'art. 7 de la Convention est donc couvert par plusieurs dispositions dans le code pénal suisse en vigueur. Par contre, si l'entraînement pour le terrorisme n'est ni effectué dans le cadre ou au profit d'une organisation terroriste, ni effectué en prévision d'une infraction planifiée ou dont le but est reconnaissable mais plutôt pour former des combattants de réserve, sans lien avec une infraction terroriste qui puisse être précisée, alors il n'est pas punissable. La punissabilité au sens des art. 224 et 226, al. 3, CP ne recouvre que partiellement celle établie par la Convention⁶⁴.

Afin de remédier aux lacunes constatées, nous proposons de créer une nouvelle norme pénale qui incrimine explicitement l'entraînement pour le terrorisme. Il paraît naturel d'introduire cette norme dans la partie relative aux crimes ou délits contre la paix publique⁶⁵. Etant donné la similarité de leur contenu, rien ne s'oppose à ce que le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme soient réunis dans une même disposition. Les demandes des autorités de poursuite pénale de la Confédération⁶⁶ pourront être satisfaites à l'occasion de la mise en œuvre de l'art. 7 de la Convention. On accordera une importance particulière à ce que la formulation de la nouvelle norme limite de manière appropriée la punissabilité d'actes commis antérieurement à une infraction principale et respecte le principe de précision.

De manière analogue au recrutement, la Convention ne rend pas punissable le fait de recevoir un entraînement pour le terrorisme. L'art. 3 du Protocole additionnel définit cependant une infraction correspondante⁶⁷. Plusieurs Etats européens l'ont mise en œuvre dans leur droit interne.

Le Danemark, l'Italie et l'Autriche ont explicitement érigé en infraction pénale non seulement le fait de dispenser un entraînement pour le terrorisme mais aussi de recevoir un entraînement pour le terrorisme. L'Autriche pénalise de plus la mise à disposition d'instructions et l'apprentissage autonome ; l'Italie et la France incriminent l'entraînement individuel pour la commission d'actes terroristes. L'entraînement en tant que tel n'est cependant punissable en France que s'il contribue à la diffusion de procédés permettant la fabrication d'engins de destruction. En Allemagne, l'entraînement actif et passif ne sont que partiellement pénalisés. Il n'existe pas d'infraction unique et explicite, mais plusieurs infractions qui recouvrent chacune certains aspects⁶⁸.

En rendant punissable le fait de recevoir un entraînement pour le terrorisme, on introduit de nouveau une punissabilité anticipée. Contrairement à l'aspect passif du fait d'être recruté, cet acte ne se limite pas à une décision propre à son auteur mais repose sur un comportement observable de la personne qui s'entraîne pour le terro-

⁶³ Voir TRECHSEL/VEST, op. cit., n°8 ad art. 25. Par contre, la tentative d'instigation est punissable.

⁶⁴ Emploi, avec dessein délictueux, d'explosifs ou de gaz toxiques ; indications pour l'emploi d'explosifs ou de gaz toxiques.

⁶⁵ Art. 258 ss CP ; inscrire cette infraction parmi les crimes ou délits créant un danger collectif (art. 221 ss CP) paraît moins adapté.

⁶⁶ Voir les explications relatives à l'art. 6 de la Convention.

⁶⁷ Voir le ch. 3.

⁶⁸ Sont par exemple punies les activités d'espionnage à des fins de sabotage (*Agententätigkeit zu Sabotagezwecken*) ou la mise à disposition d'instructions en vue de la commission d'un acte de violence mettant l'Etat gravement en danger (*Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*).

risme⁶⁹. Outre ces critères objectifs, on peut également partir du principe que les personnes concernées reçoivent des indications successives sur le type, le contenu, l'orientation et le but de l'entraînement et qu'elles peuvent donc se faire une idée des conséquences de leurs actions⁷⁰. Celui qui s'entraîne pour le terrorisme présente une menace accrue qui justifie l'intervention du droit pénal.

Afin de mettre en œuvre l'art. 3 du Protocole additionnel et l'art. 7 de la Convention, nous proposons d'ériger en infraction pénale le fait de dispenser un entraînement pour le terrorisme mais aussi de recevoir un tel entraînement.

Art. 8 *Indifférence du résultat*

Selon l'art. 8 de la Convention, il n'est pas nécessaire que l'infraction terroriste soit effectivement commise pour qu'un acte constitue une infraction au sens des art. 5 à 7.

La mise en œuvre de cette disposition ne pose pas de difficultés particulières en ce qui concerne la provocation publique à commettre une infraction terroriste⁷¹, punie en droit pénal suisse même si l'infraction principale n'est pas commise. La nouvelle norme pénale relative au recrutement et à l'entraînement pour le terrorisme sera également applicable indépendamment du résultat de l'infraction. Le droit en vigueur et les modifications proposées satisfont aux exigences de l'art. 8 de la Convention.

Art. 9 *Infractions accessoires*

Les Parties sont tenues d'ériger en infraction pénale la participation en tant que complice à une infraction au sens de la Convention et l'organisation de la commission d'une telle infraction⁷². De même, la tentative de commettre une infraction au sens des art. 6 et 7 doit être érigée en infraction pénale⁷³, tout comme la contribution à la commission d'une infraction au sens de la Convention par un groupe de personnes.

L'incrimination de la participation à l'infraction définie à l'art. 5 de la Convention ne pose pas de difficultés puisque cette infraction est déjà inscrite dans la législation suisse⁷⁴. Si, comme proposé, une norme pénale spécifique est créée pour mettre en œuvre les art. 6 et 7 de la Convention, les règles générales du droit interne régissant la tentative et à la participation lui seront applicables. Les exigences de la Convention au sens de l'art. 9 seront remplies⁷⁵.

Selon l'art. 9, par. 1, let. c, la contribution à la commission d'une infraction au sens de la Convention par un groupe de personnes doit être érigée en infraction pénale. La contribution doit être délibérée et soit viser à servir le but de l'activité criminelle

⁶⁹ En utilisant des substances dangereuses ou des armes ou d'autres techniques dangereuses, voir l'art. 7 de la Convention.

⁷⁰ Contrairement à l'aspect passif du recrutement.

⁷¹ Art. 5 de la Convention

⁷² Art. 9, par. 1, let. a et b.

⁷³ Art. 9, par. 2.

⁷⁴ Art. 259 CP.

⁷⁵ Le droit en vigueur, sans création d'une norme pénale spécifique, satisferait majoritairement mais pas complètement aux exigences de l'art. 9.

du groupe (i), soit être apportée en sachant que le groupe a l'intention de commettre une infraction (ii)⁷⁶. Le droit en vigueur et les modifications proposées dans le projet satisfont à ces exigences. La disposition relative aux organisations criminelles⁷⁷ n'est pas seulement efficace pour lutter contre les structures de type mafieux ; selon la doctrine et une jurisprudence constante, elle s'applique également aux organisations terroristes⁷⁸. Outre la participation à une telle organisation, la loi punit aussi le soutien, notion qui comprend toute contribution pouvant renforcer l'organisation, tant qu'il n'y a pas contribution à une infraction concrète. Une activité neutre et légale en soi peut être considérée comme un soutien punissable⁷⁹.

L'infraction de participation et de soutien au sens de l'art. 260^{ter} CP recouvre déjà une grande diversité d'actes. On étendra modérément la punissabilité en modifiant le texte de l'article et en incriminant explicitement le soutien et la participation à une organisation terroriste⁸⁰. Les exigences de l'art. 9, par. 1, let. c, de la Convention seront ainsi remplies.

Art. 10 *Responsabilité des personnes morales*

Les Parties sont tenues d'établir la responsabilité des personnes morales qui participent aux infractions visées par la Convention. La responsabilité peut être pénale, civile ou administrative et ne saurait exclure la responsabilité de la personne physique ayant commis l'infraction.

De nombreuses Conventions pénales internationales prévoient des règles similaires ou identiques concernant la responsabilité des entreprises. Par exemple, la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption conclue le 27 janvier 1999⁸¹ prévoit la responsabilité des personnes morales, sans toutefois préciser son caractère civil, administratif ou pénal. Les Etats doivent veiller à ce que les personnes morales fassent également l'objet de sanctions et de mesures appropriées, y compris de sanctions pécuniaires⁸². En dépit d'une tendance contraire sur le plan international, la Convention défend le principe encore largement répandu qui veut que les entreprises ne puissent assumer la responsabilité que de manière limitée.

La responsabilité pénale des entreprises figure dans le droit suisse depuis 2003⁸³. Ces dispositions prévoient une responsabilité primaire de l'entreprise pour certains types d'infractions s'il peut lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher l'infraction.

Les infractions mentionnées recouvrent partiellement celles visées par la Convention. La responsabilité primaire de l'entreprise est engagée en cas de criminalité organisée ou de financement du terrorisme⁸⁴.

⁷⁶ Cette disposition se fonde sur la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et sur la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, RS **0.353.22** et RS **0.353.21**.

⁷⁷ Art. 260^{ter} CP.

⁷⁸ Voir les explications au ch. 4.1.

⁷⁹ Par exemple procurer un service informatique à un groupe en sachant qu'il mène des activités criminelles.

⁸⁰ Voir le ch. 4.

⁸¹ RS **0.311.55**, STE n°173, art. 18.

⁸² Voir l'art. 11 de la Convention.

⁸³ Art. 102 CP.

⁸⁴ Art. 260^{ter} et 260^{quinquies} CP.

Parallèlement à cette responsabilité primaire, la Suisse a instauré une responsabilité subsidiaire générale des personnes morales qui s'étend à tous les crimes et délits. Elle s'applique aux cas où une infraction est commise dans l'exercice d'activités commerciales conformes aux buts de l'entreprise et ne peut être imputée à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. La peine est une amende de cinq millions de francs au plus.

Outre la responsabilité pénale, le droit suisse définit aussi la responsabilité administrative et les sanctions prévues à ce titre, par exemple le retrait d'une autorisation ou le refus de délivrer une autorisation à une entreprise pour un segment du marché ou un domaine d'activité déterminé. L'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers peut par exemple retirer l'autorisation d'exercer à une banque qui ne remplit plus les conditions ou qui a gravement enfreint ses obligations légales⁸⁵. En outre, les sociétés et les établissements qui ont un but illicite ne peuvent pas acquérir la personnalité juridique. Ils doivent être dissous et leur fortune dévolue à la corporation publique⁸⁶. Si l'organisation d'une société présente des carences et que la situation légale n'est pas rétablie dans les délais, le juge peut prononcer la dissolution de la société⁸⁷. Enfin, il existe des moyens de droit civil permettant d'établir la responsabilité d'une entreprise pour le compte de laquelle un employé exerçant une fonction dirigeante a commis une infraction ou a négligé les devoirs de surveillance qui lui incombent.

On peut conclure que le droit suisse remplit les conditions fixées à l'art. 10 de la Convention. Outre la responsabilité subsidiaire générale, la responsabilité primaire des entreprises est applicable aux infractions en lien avec une organisation criminelle et le financement du terrorisme. Les moyens de droit civil et administratif prévus par la Convention sont également à disposition.

Art. 11 *Sanctions et mesures*

Les Etats Parties doivent prévoir des peines effectives, proportionnées et dissuasives pour sanctionner les infractions visées par la Convention. Le droit suisse en vigueur répond à cette exigence puisque ces infractions sont passibles de peines privatives de liberté. Selon l'art. 11, par. 3, les personnes morales doivent aussi faire l'objet de sanctions ou de mesures appropriées, pénales ou non pénales, y compris de sanctions pécuniaires. Le droit suisse remplit ces conditions.

Art. 12 *Conditions et sauvegarde*

Cette disposition oblige les Etats à respecter les droits de l'homme⁸⁸ et établit les principes de proportionnalité et de nécessité⁸⁹ que les Etats doivent appliquer lors de l'incrimination des infractions et de la prévention du terrorisme. Ces deux principes ont une importance accrue pour la mise en œuvre des art. 6 et 7 de la Convention, raison pour laquelle les nouvelles dispositions proposées ont un champ d'application clairement défini et prévoient une punissabilité anticipée qui reste proportionnée.

⁸⁵ Art. 23^{quinquies} de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques, RS 952.0.

⁸⁶ Art. 52 et 57 du code civil, RS 210.

⁸⁷ Art. 731b du code des obligations, RS 220.

⁸⁸ Par 1.

⁸⁹ Par. 2, voir aussi le ch. 150 ss RE.

Art. 13 Protection, dédommagement et aide aux victimes du terrorisme

Les Parties sont tenues d'adopter des mesures pour protéger et soutenir les victimes du terrorisme. Ces mesures peuvent notamment comprendre l'aide financière et le dédommagement des victimes et de leurs proches.

Selon la loi du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes (LAVI)⁹⁰, toute personne qui a subi une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle du fait d'une infraction commise en Suisse a droit à une aide, que l'auteur de l'infraction ait été découvert ou non. Les proches de la victime ont également droit à cette aide⁹¹. Les cantons sont chargés de l'exécution de la loi. En cas d'événements extraordinaires, la Confédération peut coordonner la collaboration entre les cantons et accorder des indemnités au canton concerné⁹². L'aide aux victimes comprend les conseils, l'aide immédiate, l'aide à plus long terme, la contribution aux frais pour l'aide à plus long terme fournie par un tiers, l'indemnisation et la réparation morale⁹³. Les exigences de l'art. 13 de la Convention sont satisfaites.

Art. 14 Compétence

Chaque Partie est tenue d'établir sa compétence à l'égard de toute infraction pénale établie par la Convention lorsque l'infraction est commise sur son territoire, à bord d'un de ses navires ou d'un de ses aéronefs, ou par un de ses ressortissants.

Le droit suisse en vigueur est conforme à cet article puisqu'il établit le principe de territorialité, le principe du pavillon et le principe de personnalité active⁹⁴. Ce dernier est applicable à une infraction commise à l'étranger si l'acte est aussi réprimé dans l'Etat où il a été commis⁹⁵. Toutefois, la Convention ne prévoit pas de limiter la compétence aux conduites punissables là où elles ont été commises. Le législateur suisse a déjà renoncé à appliquer le principe de la double incrimination à des infractions relevant du même domaine⁹⁶, et nous proposons de faire de même dans les nouvelles dispositions relatives au recrutement, à l'entraînement et au voyage à des fins de terrorisme⁹⁷. Les tribunaux suisses seront ainsi compétents pour les infractions au sens de la Convention commises à l'étranger, si l'auteur se trouve en Suisse, ou pour les infractions qui visent la Suisse. En conséquence, il n'y a pas lieu de déposer une réserve pour cet article.

Selon la Convention, les Parties peuvent aussi établir leur compétence dans d'autres cas, notamment lorsque l'infraction a été commise par un apatride ayant sa résidence

⁹⁰ RS 312.5.

⁹¹ Art. 1 LAVI.

⁹² Art. 32 LAVI.

⁹³ Art. 2 LAVI.

⁹⁴ Art. 3 CP (en relation avec l'art. 97 de la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation, RS 748.0, et l'art. 4 de la loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse, RS 747.30).

⁹⁵ Principe de la double incrimination, art. 7, al. 1, let. a, CP. Le principe de personnalité active s'applique également si le lieu de commission de l'acte ne relève d'aucune juridiction pénale.

⁹⁶ Voir par ex. les art. 5, 185 ou 264m CP.

⁹⁷ Voir le ch. 4.2.

habituelle sur leur territoire⁹⁸. Le droit suisse en vigueur fait usage de cette possibilité⁹⁹.

Le fait d'établir la compétence de la Suisse dans les cas où l'auteur présumé d'une infraction au sens de la Convention se trouve sur son territoire et n'est pas extradé ne représente pas une nouveauté. Différents instruments, notamment contre le terrorisme, prévoient déjà l'obligation soit d'ouvrir une procédure d'extradition, soit d'entamer des poursuites pénales, ceci en application du principe « *aut dedere aut iudicare* », à savoir « extraditer ou juger ». En ce sens, l'art. 14, par. 3, présente un lien avec l'art. 18 de la Convention, qui régit le principe précité « extraditer ou poursuivre »¹⁰⁰.

Art. 15 *Devoir d'enquête*

Lorsqu'elles sont informées que l'auteur d'une infraction pourrait se trouver sur leur territoire, les Parties sont tenues d'enquêter sur les faits portés à leur connaissance, et le cas échéant d'assurer la présence de cette personne aux fins de poursuite ou d'extradition. L'art 15, par. 1, prévoit un devoir d'enquête pour les cas où l'Etat reçoit des informations, en règle générale par Interpol, sur l'auteur ou l'auteur présumé d'une infraction au sens de la Convention. Le par. 2 porte sur les mesures permettant d'assurer la présence de cette personne aux fins de poursuite ou d'extradition. Ces mesures ordonnées par l'Etat servent principalement à empêcher la fuite de la personne concernée. La Suisse remplit les conditions fixées par la Convention : la législation interne prévoit l'arrestation de la personne au cours de la procédure d'extradition¹⁰¹.

Art. 16 *Non applicabilité de la Convention*

Cet article limite l'application de la Convention dans les cas où aucun lien avec l'étranger ne peut être établi. La Convention ne s'applique pas, en particulier en ce qui concerne l'entraide judiciaire et l'extradition¹⁰², lorsque l'infraction est commise à l'intérieur d'un seul Etat, lorsque l'auteur présumé est un ressortissant de cet Etat et se trouve sur le territoire de cet Etat, et qu'aucun Etat n'a de raison d'établir sa compétence¹⁰³.

Art. 17 *Coopération internationale en matière pénale*

⁹⁸ Les Etats n'ont cependant pas d'obligation contractuelle, art. 14, par. 2.

⁹⁹ Art. 4, 6 et 7 CP.

¹⁰⁰ La référence aux développements présentés avec l'art. 18 vaut en particulier concernant a) le besoin d'informations, pour la Suisse, de la part de l'Etat requérant, lorsque la Suisse commence une procédure d'extradition ainsi que lorsque notre pays ouvre des poursuites pénales, b) lorsque la personne à extraditer est suisse et ne consent pas à son extradition selon l'art. 7 EIMP, c) lorsque les standards minimaux résultant de la Convention européenne des droits de l'homme ou du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2, ne sont pas garantis et d) relativement au fait que, même sans la Convention, la Suisse peut, à la demande de l'Etat dans lequel l'infraction a eu lieu et si l'extradition est exclue, réprimer à sa place une infraction (délégation de la poursuite pénale selon les art. 85ss EIMP).

¹⁰¹ Art. 47 ss EIMP et en particulier l'ATF 111 IV 108.

¹⁰² Ch. 183 RE.

¹⁰³ En vertu de l'art. 14, par. 1 ou 2.

Cet article porte sur la coopération judiciaire en matière pénale¹⁰⁴ dans les enquêtes et les procédures connexes concernant les infractions visées par la Convention. L'art. 17, par. 1, impose l'obligation contenue dans la quasi-totalité des instruments multilatéraux et bilatéraux d'entraide judiciaire en matière pénale, y compris d'extradition, selon laquelle les Etats doivent s'accorder sur la coopération la plus large possible dans les enquêtes et les procédures pénales relatives aux infractions visées par la Convention.

L'art. 17, par. 2, prévoit que les Parties coopèrent en application des traités applicables ainsi que selon leur droit interne, selon le principe du droit international « *pacta sunt servanda*¹⁰⁵ ». En Suisse, la coopération notamment en matière d'entraide judiciaire pénale et d'extradition est déjà possible sans traité sur la base de l'EIMP.

En ce qui concerne l'art. 17, par. 3, régissant l'entraide se rapportant aux infractions dont une personne morale peut être tenue responsable selon l'art. 10 de la Convention, la Suisse coopère aussi au sens de sa jurisprudence constante, notamment dans le cadre de perquisitions, de blocages de comptes, de saisies de documents, de séquestres conservatoires d'objets ou de valeurs, et s'agissant d'informations recueillies au sujet desquelles l'autorité d'exécution suisse se prononce sur la remise aux autorités étrangères¹⁰⁶. En ce sens, la Suisse satisfait aux obligations de la Convention.

Pour ce qui a trait à l'art. 17, par. 4, de la Convention selon lequel des mécanismes additionnels peuvent être envisagés pour partager des informations ou éléments de preuve, la Suisse dispose, sur la base d'instruments internationaux¹⁰⁷ et déjà dans son droit interne¹⁰⁸, de la possibilité, à certaines conditions, d'une transmission spontanée de moyens de preuve et d'informations. L'autorité de poursuite pénale suisse a ainsi le droit de transmettre spontanément à une autorité étrangère des moyens de preuve qu'elle a recueillis au cours de sa propre enquête, lorsqu'elle estime que cette transmission est de nature à permettre d'ouvrir une poursuite pénale ou peut faciliter le déroulement d'une enquête en cours. Les nouveaux art. 80^d^{bis} et 80^d^{ter} AP-EIMP régissant la transmission anticipée d'informations et de moyens de preuve et instituant les équipes communes d'enquête représentent des mécanismes modernisant la coopération judiciaire internationale pénale suisse et accroissant son efficacité, surtout dans la prévention des actes terroristes.

¹⁰⁴ Au sens de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ ; RS **0.351.1**) et de son Deuxième Protocole additionnel (PA II ; RS **0.351.12**), ainsi que de la Convention européenne d'extradition (RS **0.353.1**) et de ses quatre Protocoles additionnels (RS **0.353.11** ; RS **0.353.12** ; RS **353.13** et RS **0.353.14**) ainsi que des accords multilatéraux et bilatéraux en vigueur entre les Parties régissant l'entraide judiciaire en matière pénale et l'extradition.

¹⁰⁵ « Les Conventions doivent être respectées ».

¹⁰⁶ Notamment ATF **137** IV 134 ; **133** IV 40 ; **129** II 269 consid. 2 ; **116** Ib 456 consid. 3b ou **107** Ib 260 consid. 2c.

¹⁰⁷ Par ex. l'art. 19 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, RS **0.311.54** ou l'art. 49 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, RS **0.311.56**.

¹⁰⁸ Art. 67a EIMP.

Art. 18 Extradre ou poursuivre

L'art. 18, par. 1, présente un lien avec l'art. 14, par. 3, de la Convention et consacre le principe bien établi au niveau international « aut dedere aut iudicare », selon lequel l'Etat requis doit soit ouvrir une procédure d'extradition¹⁰⁹, soit lancer des poursuites pénales s'il n'extrade par l'auteur présumé de l'infraction. Lorsque la Suisse reçoit une demande d'extradition, elle a besoin d'informations de l'Etat requérant dans les deux situations, tant si elle entame une procédure d'extradition¹¹⁰ que si elle refuse l'extradition et lance des poursuites pénales¹¹¹.

Une extradition n'est pas possible si la personne recherchée est de nationalité suisse et ne consent pas à son extradition¹¹² ou que les standards minimaux de protection des droits individuels résultant de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne sont pas garantis¹¹³.

L'obligation de poursuivre l'auteur présumé de l'infraction s'il n'est pas extradé ne représente pas une nouveauté pour la Suisse. D'ailleurs même sans la Convention, la Suisse dispose de la possibilité, si l'extradition est exclue ou inopportune, de réprimer à sa place une infraction à la demande de l'Etat dans lequel l'infraction a été commise¹¹⁴.

L'art. 18, par. 2, de la Convention vise les cas dans lesquels, en vertu de leur législation interne, les Parties extradent ou remettent un de leurs ressortissants « à la condition que l'intéressé lui sera remis pour purger la peine qui lui a été imposée à l'issue du procès ou de la procédure pour lesquels l'extradition ou la remise avait été demandée ». Cette disposition ne s'applique pas à la Suisse, car l'art. 7 EIMP régit l'extradition de nationaux moyennant leur consentement écrit, qui est révocable tant que la remise n'a pas été ordonnée. Sans un tel consentement, il est procédé à la poursuite pénale de la personne réclamée au sens de l'art. 18, par. 1, de la Convention.

Art. 19 Extradition

L'art. 19, par. 1, représente une clause usuelle entérinée par de nombreux instruments de lutte contre le terrorisme et contre la criminalité internationale. Cette disposition enjoint aux Parties de considérer que les infractions au sens de la Convention constituent des infractions extraditionnelles selon les traités d'extradition applicables.

L'art. 19, par. 2, est une disposition potestative sans pertinence pour la Suisse qui n'a pas besoin d'un traité pour pouvoir extradre, car son droit interne¹¹⁵ lui en donne la faculté et précise les conditions légales.

¹⁰⁹ Art. 47 ss EIMP.

¹¹⁰ La Suisse agit en application des accords internationaux (par ex. art. 12 ss de la Convention européenne d'extradition ; CEEextr ; RS 0.353.1) et des art. 28, al. 3, 32 ss et 41 EIMP.

¹¹¹ Dans ce cas, l'autorité étrangère doit soumettre une demande de poursuite pénale et notamment transmettre à l'OFJ le dossier pénal ainsi que les preuves existantes. L'OFJ transmet cette demande (et le dossier de l'enquête diligentée par l'Etat requérant) à l'autorité suisse compétente. Les poursuites pénales suivent les règles applicables dans notre pays.

¹¹² Art. 7, al. 1, EIMP.

¹¹³ Notamment l'ATF 124 II 140, consid. 3a.

¹¹⁴ Délégation de la poursuite pénale selon les art. 85 ss EIMP.

¹¹⁵ Art. 32 ss EIMP.

L'art. 19, par. 3, exige des Parties ne subordonnant pas l'extradition à l'existence d'un traité qu'elles reconnaissent les infractions prévues par la Convention comme cas d'extradition entre elles, dans les conditions prévues par la législation de la Partie requise. L'EIMP règle la procédure d'extradition et assujettit cette dernière à diverses conditions, telles qu'une peine minimale, la double incrimination et le respect des garanties offertes par la CEDH et le Pacte ONU II¹¹⁶.

L'art. 19, par. 4, représente une clause usuelle se rapportant à la compétence¹¹⁷, contenue dans plusieurs autres instruments internationaux¹¹⁸ visant à faciliter la coopération avec l'objectif d'éviter que l'auteur d'une infraction incluse dans la Convention puisse échapper à des poursuites pénales.

Enfin l'art. 19, par. 5, est lié à l'art. 26, par. 2. Il reprend une pratique développée dans le cadre de différents instruments internationaux en vue d'améliorer la coopération internationale en matière d'infractions terroristes. Il en résultera la modification de l'art. 3, par. 1, de la Convention européenne d'extradition (voir les développements relatifs à l'art. 20 ci-dessous) ainsi que des autres traités notamment bilatéraux incompatibles avec la présente Convention. La Suisse s'est adaptée à cette pratique depuis de nombreuses années.

Art. 20 *Exclusion de la clause d'exception politique*

L'art. 20 régit la « dépolitisation » des infractions terroristes selon la Convention en ce qui concerne l'entraide judiciaire et l'extradition. Cette clause correspond à une tendance qui existe depuis fin janvier 1977, lorsque le Conseil de l'Europe a adopté la Convention européenne pour la répression du terrorisme¹¹⁹. L'ONU a confirmé cette évolution dans les instruments ultérieurs de lutte contre le terrorisme¹²⁰. En effet, les infractions terroristes sont si graves que le motif « infraction politique » ne peut pas empêcher l'extradition ni l'entraide judiciaire entre les Etats. Une plus grande collaboration et un soutien mutuel interétatiques contre une telle criminalité sont nécessaires pour contrer la montée en puissance de la menace terroriste.

La présente disposition modifie les instruments d'entraide judiciaire et d'extradition en vigueur relativement à l'appréciation de la nature des infractions visées par la Convention. En droit interne, l'art. 3, al. 2, EIMP confirme déjà la « dépolitisation »

¹¹⁶ Art. 2 et 32 ss EIMP.

¹¹⁷ Art. 14 de la Convention.

¹¹⁸ Notamment à l'art. 11, par 4, de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme ; RS 0.353.22 ou art. 13, par. 4, de la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire ; RS 0.353.23.

¹¹⁹ RS 0.353.3.

¹²⁰ Notamment la Convention pour la répression du financement du terrorisme et la Convention pour la répression des attentats terroristes à l'explosif ; RS 0.353.21 contiennent également une telle réglementation ; et voir aussi par ex. l'art. 3, par. 2, du traité d'extradition entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique (RS 0.353.933.6).

de certains actes graves¹²¹. Différents principes de coopération sont applicables et une telle règle est conforme au droit suisse¹²².

Un système de réserve avec ses limites est mis en place à l'art. 20, par. 2 à 6. La Suisse n'a pas besoin d'une telle réserve, dans la mesure où de longue date elle ne fait pas valoir la clause d'exception politique pour des actes concernant lesquels des instruments onusiens ratifiés par notre Etat « dépolitisent » les infractions concernées. D'ailleurs, l'art. 20, par. 4, ne permet pas à l'Etat ayant émis une telle réserve de requérir que les autres Etats ne l'appliquent pas à son égard.

Art. 21 *Clause de discrimination*

L'art. 21 constitue une clause obligatoire de non-discrimination se rapportant au but déguisé de la poursuite pour des motifs de race, de religion, de nationalité, d'origine ethnique ou d'opinions politiques de la personne concernée. Cette disposition se trouve dans d'autres instruments internationaux¹²³ et a pour objectif d'éviter que l'Etat requis coopère en cas de réalisation des motifs énumérés à l'art. 21. Il s'agit de garantir à la personne poursuivie un standard de protection minimale¹²⁴ correspondant à celui offert par le droit des Etats démocratiques, et ainsi de se protéger contre des demandes abusives.

L'art. 21 présente la particularité que la demande n'est pas examinée en fonction de la nature de l'acte, mais en relation avec le mobile de ladite demande. La personne concernée dispose de la sorte d'un droit opposable à l'Etat requis de ne pas coopérer avec l'Etat requérant si ce dernier dissimule la nature effective de sa demande. Ceci est souvent difficile à établir, à moins que l'Etat requérant ne présente les caractéristiques d'un régime despotique.

Il convient ici de rappeler, en application de l'art. 18 de la Convention, que si la Suisse n'extrade pas une personne, elle ouvrira des poursuites pénales à son encontre. D'autre part, la Suisse met en œuvre différents principes dans son système juridique, dont notamment la sauvegarde du droit d'asile¹²⁵ ainsi que la sauvegarde du non-refoulement lorsque les conditions en sont réalisées, de même que notre pays tient compte du risque d'être exposé à la torture ou à la peine de mort, ces risques sont d'ailleurs aussi combattus au sein du Conseil de l'Europe.

¹²¹ Certes, l'art. 20 excède la portée de l'art. 3, al. 2, EIMP, dans la mesure où il limite le pouvoir d'appréciation du Tribunal fédéral découlant de l'art. 3, al. 1, EIMP, notamment en matière d'extradition, lorsque la personne réclamée fait valoir qu'elle est poursuivie pour des motifs politiques.

¹²² Art. 1 EIMP, selon lequel le droit international est réservé ; voir aussi l'ATF 122 II 485 consacrant la primauté du droit international dans le domaine de la coopération judiciaire internationale pénale (le droit international prime le droit interne, sauf si ce dernier est plus favorable à la coopération que le traité) et voir aussi le rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne (FF 2011 3401) ainsi que R. Zimmermann « La coopération judiciaire internationale en matière pénale, quatrième édition 2014 », pp. 233-234.

¹²³ Notamment l'art. 3, par. 2, de la Convention européenne d'extradition, l'art. 5 de la Convention internationale pénale pour la répression du terrorisme ou l'art. 16, par. 4, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée.

¹²⁴ Au sens du Pacte ONU II et de la CEDH.

¹²⁵ L'art. 55a EIMP régit la coordination entre la procédure d'extradition et la procédure d'asile.

Art. 22 *Information spontanée*

L'art. 22 reconnaît la possibilité pour les Parties de transmettre spontanément des informations recueillies dans leurs enquêtes pouvant aider la Partie qui les reçoit à réaliser l'objectif commun de mieux lutter contre la criminalité. La présente disposition s'inspire notamment de l'art. 11 du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale¹²⁶ et porte sur l'entraide en général, suivant la tendance qui s'est développée dans la lutte contre le blanchiment, le crime organisé, la cybercriminalité ou la corruption. Les Etats Parties peuvent ainsi se communiquer des informations, sans demande préalable, sur des enquêtes ou des procédures. Une telle disposition est déjà prévue dans le droit suisse à l'art. 67a EIMP régissant la transmission spontanée de moyens de preuve et d'informations et les conditions et les limites dont elle est assortie.

Il importe pour la Suisse que les informations transmises puissent être assorties de conditions, ce que l'art. 22, par. 2, consacre. L'art. 22, par. 3, dispose que l'Etat destinataire est dans ce cas tenu de respecter ces conditions. En ce sens l'information spontanée et ses conditions sont « à prendre ou à laisser » : soit l'Etat destinataire respecte les éventuelles conditions, soit il ne peut faire usage de l'information communiquée. Il convient de préciser que dans certains Etats, le droit national impose aux autorités d'intervenir si elles ont accès à une information. Ces pays peuvent faire usage de l'art. 22, par. 4, qui leur permet de déclarer que des informations ne peuvent pas leur être transmises sans leur accord préalable. La Suisse devra par conséquent prêter attention aux déclarations émises par les Etats concernés¹²⁷ en application de l'art. 22, par. 4, de la Convention¹²⁸.

A l'instar de l'art. 22 de la Convention, les deux dispositions législatives proposées aux art. 80d^{bis} AP-EIMP régissant la transmission anticipée d'informations et de moyens de preuves et 80d^{ter} AP-EIMP instituant les équipes communes d'enquête ont pour but de renforcer une coopération judiciaire interétatique prompte et efficiente.

Art. 23 *Signature et entrée en vigueur*

La Convention est ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe, de la Communauté européenne et des Etats non membres qui ont participé à son élaboration¹²⁹. Les dispositions relatives à l'entrée en vigueur reprennent le libellé habituel des Conventions du Conseil de l'Europe. La Convention est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2001 après la ratification par le sixième Etat¹³⁰. Elle entrera en vigueur en Suisse au début du mois qui suivra l'expiration d'une période de trois mois après la date de dépôt de l'instrument de ratification.

¹²⁶ Voir les explications relatives à l'art. 17 de la Convention.

¹²⁷ En ce qui concerne le Deuxième Protocole, notamment l'Allemagne, la Belgique, le Royaume-Uni, la Norvège ou l'Ukraine ont émis une telle déclaration.

¹²⁸ Une éventuelle déclaration émise par un Etat se rapporte au fait qu'il ne se soumettra pas aux conditions émises par les autres Etats (et non pas au fait que les informations transmises par ses autorités seront soumises à une ou plusieurs conditions, comme pour la Suisse en application de la règle de la spécialité).

¹²⁹ Les Etats non membres du Conseil de l'Europe sont le Saint-Siège, le Canada, le Japon, les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique ; voir le ch. 249 du RE.

¹³⁰ Voir le ch. 1.1.

Art. 24 *Adhésion à la Convention*

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe peut, après avoir obtenu l'assentiment unanime des Parties, inviter d'autres Etats non membres à adhérer à la Convention. Cette possibilité n'a pas encore été exploitée ; pour l'instant, toutes les Parties à la Convention sont membres du Conseil de l'Europe.

Autres dispositions (art. 25 à 32 et annexe)

Les clauses finales suivent le libellé habituel des Conventions du Conseil de l'Europe. Elles concernent l'application territoriale, les effets de la Convention, les amendements à la Convention¹³¹, la révision de l'annexe¹³², le règlement des différends¹³³, la consultation des Parties, la dénonciation et la notification.

Le comité d'experts du Conseil de l'Europe compétent, sous présidence suisse, a adopté en 2010 le mécanisme d'examen de la Convention. Ce mécanisme ne représente pas un surcroît de travail notable puisqu'il ne prévoit que deux réunions par an¹³⁴ et qu'il se base sur des contributions écrites et thématiques des Etats.

3 Les dispositions du Protocole additionnel et leur relation avec la législation suisse

Art. 1 *But*

Cette disposition se fonde principalement sur la Convention et n'appelle pas de commentaires particuliers en ce qui concerne la mise en œuvre dans le droit interne.

Art. 2 *Participer à une association ou à un groupe à des fins de terrorisme*

Cette disposition impose aux Parties d'ériger en infraction pénale le fait de participer aux activités d'une association ou d'un groupe afin de contribuer à la commission d'une infraction terroriste par l'association ou le groupe. L'infraction concernée étant déjà commise en amont de l'infraction principale, les rédacteurs ont renoncé à incriminer la tentative, la complicité et l'instigation¹³⁵, un choix qui permet également de garantir une précision suffisante de la norme et la possibilité de prouver le comportement visé.

Durant les délibérations, les Parties ont examiné la possibilité d'étendre l'infraction définie à l'art. 6 de la Convention¹³⁶ au recrutement passif. Il est rapidement apparu que, pour la majorité des Etats, « se faire recruter pour le terrorisme » est un proces-

¹³¹ Aucun amendement n'a encore été proposé, et aucun travail préparatoire dans ce sens n'est en cours pour le moment.

¹³² En vertu de l'art. 28, la liste des traités en annexe de la Convention peut être modifiée ou complétée sur décision majoritaire (une Partie peut formuler une objection). Voir les explications relatives à l'art. 1 de la Convention.

¹³³ A ce jour, aucun mécanisme de règlement des différends n'a été déclenché.

¹³⁴ Les réunions se tiennent toujours juste avant celles du CODEXTER.

¹³⁵ Voir l'art. 9 du Protocole.

¹³⁶ Recrutement pour le terrorisme, voir ci-dessus.

sus intérieur qui n'est pas assez précis pour pouvoir être incriminé. Les rédacteurs ont donc décidé de se baser sur un comportement concret et de punir la participation à une association ou à un groupe, puisque cet acte satisfait au critère de précision et peut être observé par une personne extérieure.

Les conduites visées dans cet article sont vraisemblablement déjà punissables dans la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe. En Suisse, l'art. 260^{ter} CP pénalise le soutien et la participation à une organisation criminelle. Selon la doctrine et une jurisprudence constante, cette infraction comprend le soutien et la participation à une organisation terroriste¹³⁷. Indépendamment de l'infraction proprement dite, le droit suisse punit également les actes visant à préparer une infraction terroriste¹³⁸, la tentative de la commettre¹³⁹ ou la participation à sa commission¹⁴⁰. En ce qui concerne les groupes Al-Qaïda, Etat islamique et les organisations apparentées, l'art. 2 de la loi fédérale les concernant¹⁴¹ s'applique.

Le droit suisse en vigueur ne doit pas être modifié pour mettre en œuvre l'art. 2 du Protocole additionnel.

Art. 3 *Recevoir un entraînement pour le terrorisme*

Les Parties sont tenues d'ériger en infraction pénale le fait de recevoir des instructions pour la fabrication ou l'utilisation d'explosifs, d'armes ou de substances dangereuses, ou pour d'autres méthodes ou techniques spécifiques, afin de commettre une infraction terroriste ou de contribuer à sa commission.

L'infraction passive visée par cette disposition fait pendant à l'entraînement pour le terrorisme défini à l'art. 7 de la Convention¹⁴². Comme pour l'art. 2 du Protocole additionnel, les rédacteurs ont renoncé à incriminer la participation à cette infraction.

L'art. 260^{ter} CP ou l'art. 2 de la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées peuvent s'appliquer à cette infraction à condition qu'un lien avec une organisation terroriste soit établi. Si les instructions concernent un acte de violence suffisamment précis, les tribunaux contrôlent s'il y a eu commission d'un acte préparatoire délictueux¹⁴³, instigation ou toute autre forme de participation¹⁴⁴. Toutefois, selon le droit suisse, le fait de recevoir un entraînement n'est pas un acte punissable s'il est effectué indépendamment d'un groupe, d'une organisation ou d'une infraction terroriste prévue¹⁴⁵.

Comme pour la mise en œuvre de l'art. 7 de la Convention, nous proposons de créer une norme pénale qui érige explicitement en infraction pénale le fait de recevoir un entraînement pour le terrorisme¹⁴⁶. L'infraction est constituée lorsque le comportement de la personne concernée peut être observé par une personne extérieure. Le nouvel article qu'il est prévu d'introduire dans la législation suisse répond aux exi-

¹³⁷ Voir les explications relatives à l'art. 6 de la Convention.

¹³⁸ Art. 260^{bis} CP.

¹³⁹ Art. 22 CP.

¹⁴⁰ Art. 24 ou 25 CP.

¹⁴¹ RS 122.0 ; voir les explications relatives à l'art. 6 de la Convention.

¹⁴² Voir les explications relatives à l'art. 7 de la Convention.

¹⁴³ Art. 260^{bis} CP.

¹⁴⁴ Art. 24 ss CP.

¹⁴⁵ Voir aussi les explications relatives à l'art. 7 de la Convention.

¹⁴⁶ Voir les explications au ch. 2 et l'art. 260^{sexies} AP-CP proposé au ch. 4.2.

gences de la Convention et réunira les règles relatives au fait de dispenser et de recevoir un entraînement dans une même norme pénale¹⁴⁷.

Art. 4 *Se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme*

L'art. 4 constitue la pièce maîtresse du Protocole additionnel. Il se base dans une large mesure sur les exigences du par. 6 de la résolution 2178¹⁴⁸ et oblige les Etats à ériger en infraction pénale le fait de se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme¹⁴⁹. En raison de l'aspect restrictif du concept de « combattants terroristes étrangers », le Protocole additionnel et la résolution ne s'appliquent pas aux personnes qui se déplacent au sein d'un même Etat ou qui se rendent dans leur Etat de résidence ou de nationalité, c'est-à-dire dans un Etat où elles ne sont pas « étrangères » au sens de la résolution. Les Parties sont cependant libres de renoncer à ce critère restrictif tant qu'elles respectent la souveraineté des autres pays¹⁵⁰.

Les Etats peuvent établir d'autres conditions exigées par leurs principes constitutionnels afin de limiter la punissabilité. Le Protocole additionnel incrimine aussi la tentative de se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme¹⁵¹.

L'art. 4 suppose de punir des actes commis bien en amont de l'infraction principale, ce qui peut entrer en contradiction avec les principes de liberté personnelle, de liberté de circulation et de liberté de voyager établis au niveau national et international. En conséquence, le Protocole additionnel laisse la possibilité aux Etats de restreindre et de préciser l'application de cette disposition.

En Suisse, de nombreuses procédures pénales en rapport avec le djihadisme radical sont en cours. Elles sont notamment menées à l'encontre de « voyageurs du djihad » pour infraction à l'art. 2 de la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées, pour avoir soutenu une organisation criminelle ou pour avoir participé à celle-ci¹⁵². Les autorités compétentes ont procédé à des arrestations de voyageurs du djihad en Suisse comme à l'étranger. Pour la première fois en décembre 2014, le Ministère public de la Confédération (MPC) a condamné par ordonnance pénale un voyageur du djihad revenu en Suisse¹⁵³.

Au vu de la base légale en vigueur et des efforts des autorités de poursuite pénale compétentes visant à faire preuve de fermeté envers les voyageurs du djihad et à poursuivre leurs actes, la Suisse remplit majoritairement les exigences de l'art. 4 du Protocole additionnel à ce jour. Ce point de vue trouve sa justification en particulier dans le préambule de la résolution 2178 du CSNU qui souligne l'importance des libertés fondamentales, et par le Protocole additionnel qui met en exergue les prin-

¹⁴⁷ Voir le ch. 4.2 relatif à l'art. 260^{sexies} AP-CP.

¹⁴⁸ Voir le ch. 1.3 relatif à l'élaboration du Protocole.

¹⁴⁹ Fait de se rendre dans un Etat afin de commettre, de contribuer ou de participer à une infraction terroriste, ou afin de dispenser ou de recevoir un entraînement pour le terrorisme.

¹⁵⁰ Voir également l'art. 94 du code pénal militaire du 13 juin 1927 sur le service militaire étranger.

¹⁵¹ Art. 4, par. 3, du Protocole.

¹⁵² Art. 260^{ter} CP.

¹⁵³ La personne concernée n'a été condamnée qu'à 600 heures de travail d'intérêt général avec sursis en raison de sa situation personnelle et du degré d'illicéité faible de l'infraction commise. L'autorité a également prononcé une mesure thérapeutique ambulatoire.

cipes de proportionnalité et de précision des normes pénales ainsi que la liberté de circulation et la liberté de voyager entérinées par le droit international et le droit interne. L'acte de se rendre à l'étranger ne doit être déclaré comme infraction pénale que dans certaines conditions très particulières¹⁵⁴ et lorsque la personne concernée a l'intention de commettre une infraction terroriste.

Pour déterminer si une norme pénale spécifique qui érige en infraction pénale le fait de se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme doit être introduite, il convient de relever que la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées n'a effet que jusqu'au 31 décembre 2018¹⁵⁵. Cette limite temporelle plaide en faveur de l'introduction d'une norme pénale spécifique. De plus, elle pourrait être élaborée sans mentionner d'organisations répertoriées au niveau national ou international ; elle aurait une portée générale, ce qui améliore à moyen terme la sécurité juridique et la prévisibilité du droit pénal.

Quatre¹⁵⁶ des cinq pays étudiés punissent le fait de se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme. Seul le Danemark ne dispose pas d'une telle interdiction. L'Allemagne et l'Italie ont explicitement inscrit l'interdiction de tels voyages dans leur code pénaux respectifs. Si l'Autriche ne dispose pas d'une disposition légale explicite contre les voyages à des fins de terrorisme, la jurisprudence considère que ces voyages sont une forme de participation à une association terroriste et sont punissables à ce titre.

Au vu du nombre encore élevé de cas, de la comparaison avec le droit interne d'autres pays et en particulier des exigences des organisations internationales envers leurs Etats membres, nous proposons d'introduire une norme pénale spécifique qui érige en infraction pénale le fait de se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme. Rien ne s'oppose à ce que cette norme soit combinée à celle qui érige en infraction pénale l'entraînement et le recrutement pour le terrorisme, au contraire : sur le plan de la systématique et sur le plan du contenu, les associer donnerait une meilleure vue d'ensemble et améliorerait la lisibilité de la législation.

Art. 5 *Financer des voyages à l'étranger à des fins de terrorisme*

L'art. 5 du Protocole additionnel vise également à mettre en œuvre l'obligation contenue dans le par. 6 de la résolution 2178 et impose aux Etats d'ériger en infraction pénale le financement, par la fourniture ou la collecte de fonds, de voyages à l'étranger au sens de l'art. 4. L'auteur doit savoir que les fonds servent à financer des voyages à l'étranger pour que les conditions de l'infraction soient réunies¹⁵⁷.

D'après le rapport explicatif du Protocole additionnel, les Etats n'ont pas l'obligation de prévoir une norme pénale distincte pour punir le financement de

¹⁵⁴ Ch. 47 du rapport explicatif du Protocole (ci-après RE PA), disponible à l'adresse <http://www.coe.int/fr/web/Conventions/full-list/-/Conventions/treaty/217>.

¹⁵⁵ Art. 4, al. 2. En vertu de l'art. 74 de la nouvelle LRens (pas encore en vigueur), le Conseil fédéral peut interdire une organisation ou un groupement qui, directement ou indirectement, propage, soutient ou promeut d'une autre manière des activités terroristes ou l'extrémisme violent, menaçant ainsi concrètement la sûreté intérieure et extérieure, et ériger en infraction pénale la participation et le soutien à cette organisation ou à ce groupement. L'interdiction se fonde sur une décision des Nations unies ou de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, voir le ch. 4.3.

¹⁵⁶ L'Allemagne, la France, l'Italie et l'Autriche.

¹⁵⁷ Et pas seulement s'accommoder de cette éventualité.

voyages à des fins de terrorisme. Ils peuvent incriminer cette infraction comme un acte préparatoire ou comme une complicité à l'infraction principale¹⁵⁸. Ils sont cependant libres d'adopter des normes séparées s'ils considèrent que ce mécanisme est approprié.

De manière analogue au fait de se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme, les droits allemand et italien punissent explicitement le financement de tels voyages. L'Autriche et la France incriminent quant à elles le financement du terrorisme sans prévoir une disposition autonome pour le financement des voyages à des fins de terrorisme ; celui-ci n'est punissable que si le voyage à des fins de terrorisme est considéré comme une infraction terroriste en soi dans la législation de ces pays. La législation danoise suit la même logique.

Comme pour la mise en œuvre de l'infraction principale définie à l'art. 4 du Protocole additionnel, nous proposons d'introduire une disposition distincte qui régirait le financement des voyages à l'étranger à des fins de terrorisme. Elle pourrait également s'intégrer dans la nouvelle disposition qui érigerait en infraction pénale l'entraînement, le recrutement et le voyage à des fins de terrorisme¹⁵⁹. L'adoption d'une telle disposition pénale permettrait également de supprimer une défaillance identifiée par le GAFI dans le cadre de l'examen de la Suisse en 2016. Dans son rapport, le GAFI est en effet parvenu à la conclusion que : « *le financement [de voyages à des fins terroristes] ne serait pas incriminé dans l'hypothèse improbable où le voyage serait sans lien avec une organisation, ni avec un acte terroriste quelconque* »¹⁶⁰. Cette préoccupation faisait écho à l'apparition de plus en plus fréquente de « loups solitaires », à savoir de personnes décidant d'entreprendre un voyage à l'étranger à des fins terroristes sans être membre d'une organisation terroriste ou sans avoir au préalable contacté un membre d'une telle organisation.

Art. 6 *Organiser ou faciliter par quelque autre manière des voyages à l'étranger à des fins de terrorisme*

L'art. 6 du Protocole additionnel se fonde lui aussi sur la résolution 2178 du Conseil de sécurité¹⁶¹ pour imposer aux Etats d'ériger en infraction pénale tout acte consistant à organiser ou faciliter d'une autre manière des voyages à l'étranger à des fins de terrorisme. Comme pour l'article précédent, le rapport explicatif établit que les Etats peuvent punir cette infraction comme un acte préparatoire ou comme une complicité à l'infraction principale, sans créer de norme pénale spécifique.

Comme pour le financement des voyages à l'étranger à des fins de terrorisme et en conformité avec les exigences de la résolution 2178, nous proposons d'inclure explicitement l'incrimination de l'organisation de ces voyages et du recrutement à cette fin dans la disposition relative aux voyages à l'étranger à des fins de terrorisme. Si les conditions additionnelles sont remplies, les actes de facilitation pourront également être couverts par la disposition sanctionnant les organisations criminelles ou terroristes¹⁶² ou être considérés comme infraction à la loi fédérale

¹⁵⁸ Ch. 58 RE PA.

¹⁵⁹ Voir les explications relatives à l'art. 260^{sexies}, al. 2, AP-CP au ch. 4.2.

¹⁶⁰ GAFI, Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, Rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, Décembre 2016, Annexe 2, Critère 5.2^{bis}, p. 180.

¹⁶¹ Voir aussi les explications relatives à l'art. 5 du Protocole.

¹⁶² Art. 260^{er} AP-CP.

interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées¹⁶³. Comme pour le financement de voyages à l'étranger à des fins de terrorisme, les cas où aucun lien avec une organisation terroriste ne peut être établi ne seront pas couverts. Les deux dispositions ne pourront s'appliquer conjointement que dans des cas exceptionnels, c'est-à-dire quand la peine prévue par une seule disposition ne sera pas suffisamment élevée par rapport à la gravité de l'acte commis.

Art. 7 *Echange d'informations*

Selon l'art. 7 du Protocole additionnel, les Etats sont tenus de prendre les mesures nécessaires, conformément à leur droit interne, pour renforcer l'échange rapide entre les Etats concernés de toute information pertinente relative aux personnes se rendant à l'étranger à des fins de terrorisme. A cet effet, les Etats désignent des points de contact disponibles 24 heures sur 24, 7 jours sur 7.

Le but de cette disposition, tel que précisé par le rapport explicatif et exprimé de manière univoque par les Etats au cours des délibérations, n'est pas d'échanger des informations dans le cadre de l'entraide judiciaire¹⁶⁴, mais de communiquer le plus rapidement possible des informations pertinentes pour la police.

Il existe déjà un tel point de contact en matière d'échanges policiers internationaux en Suisse. Il s'agit de la Centrale d'engagement de fedpol (CE fedpol), joignable 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7 pour les organisations partenaires en Suisse et à l'étranger. La CE fedpol garantit en outre le contact immédiat avec les autorités suisses compétentes en cas de nécessité.

Les tâches prévues dans cet article seront prises en charge par la CE fedpol. Il n'est pas nécessaire de créer un point de contact distinct.

Art. 8 *Conditions et sauvegardes*

Cet article impose aux Etats de garantir le respect des droits de l'homme et établit les principes de proportionnalité et de nécessité lors de la mise en œuvre du Protocole additionnel. Bien que la disposition correspondante de la Convention¹⁶⁵ s'applique de manière automatique au Protocole additionnel, les Parties ont décidé au cours des délibérations de rappeler explicitement la place centrale que ces principes occupent dans le Protocole additionnel.

¹⁶³ RS 122.0.

¹⁶⁴ Il existe une différence conceptuelle avec les points de contact disponibles 24 heures sur 24, 7 jours sur 7 au sens de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, art. 35, RS 0.311.43, à laquelle la Suisse est Partie, qui porte dans une large mesure aussi sur l'échange d'informations dans le cadre de l'entraide judiciaire.

¹⁶⁵ Art. 12 de la Convention en relation avec l'art. 9, 2^{ème} phrase, du Protocole.

Art. 9 à 14 *Relation entre le Protocole et la Convention, signature et entrée en vigueur, adhésion au Protocole, application territoriale, dénonciation, notifications*

Etant donné que les clauses finales reprennent le libellé de tous les instruments pénaux du Conseil de l'Europe, elles n'appellent pas de commentaires particuliers. Comme pour la Convention, six Etats doivent ratifier le Protocole additionnel pour qu'il entre en vigueur¹⁶⁶. Le Protocole additionnel peut être signé par les Etats membres du Conseil de l'Europe, par l'Union Européenne et par les Etats non membres qui ont participé à son élaboration¹⁶⁷. Un Etat ne peut ratifier le Protocole additionnel sans avoir auparavant ou simultanément ratifié la Convention.

Les dispositions relatives à l'entrée en vigueur correspondent au libellé habituel des Conventions du Conseil de l'Europe¹⁶⁸. Le Protocole additionnel entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2017¹⁶⁹. En Suisse, il entrera en vigueur au début du mois suivant l'expiration du délai de trois mois après le dépôt de l'instrument de ratification.

Le Conseil fédéral se base sur l'art. 7 du Protocole additionnel pour informer le Conseil de l'Europe que le point de contact compétent est l'Office fédéral de la police (fedpol).

4 Les nouvelles dispositions en droit suisse

4.1 L'art. 260^{ter} AP-CP : organisations criminelles et terroristes

4.1.1 Contexte

Le 10 décembre 2010, dans son rapport sur d'éventuelles modifications ou extensions des normes pénales contre le crime organisé¹⁷⁰, le Conseil fédéral a confirmé l'adéquation de l'art. 260^{ter} CP à la lutte contre le crime organisé. Il a situé les difficultés non pas dans le fait que les normes pénales existantes ne suffiraient pas à appréhender ces formes de criminalité, mais plutôt dans les obstacles qui s'opposent, à l'échelon local ou cantonal, à leur poursuite ou rendent celle-ci compliquée et empêchent notamment qu'elle porte sur l'ensemble des faits et qu'elle produise ses effets à long terme. Il a rappelé combien le travail accompli et l'expérience des cantons en matière de poursuite pénale étaient indispensables à la poursuite des réflexions.

Les années qui ont suivi ont été consacrées à l'optimisation de la collaboration interne en matière de poursuite des formes de criminalité complexes, dont le crime organisé. La Convention entre le DFJP et la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) concernant la coopération policière entre la Police judiciaire fédérale (PJF) et les corps de police cantonaux et municipaux¹⁷¹, conclue les 14 et 15 novembre 2013, règle la collaboration entre la

¹⁶⁶ Art. 10, par. 1 et 2.

¹⁶⁷ Sous réserve d'avoir signé la Convention.

¹⁶⁸ Voir aussi les explications relatives à l'art. 23 de la Convention.

¹⁶⁹ Voir aussi le ch. 1.3.

¹⁷⁰ A consulter à l'adresse <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2010/2010-12-10/ber-br-f.pdf>.

¹⁷¹ A consulter à l'adresse <https://www.kkjpd.ch/fr/actuel/publications>.

PJF et les cantons en particulier pour les tâches de police judiciaire. Elle énonce les mesures propres à renforcer l'efficacité de la coopération policière entre la Confédération et les cantons dans la poursuite de toutes les formes de criminalité complexe. Elle se fonde notamment sur le partage des compétences entre autorités de poursuite pénale et tribunaux établi par le CPP. Elle comporte une liste de prestations de soutien (par ex. aide aux investigations) que la PJF peut fournir aux corps de police cantonaux.

C'est également dans un objectif d'efficacité que la Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse (CAPS)¹⁷² a adopté le 21 novembre 2013 la Recommandation relative à la coopération en matière de lutte contre la criminalité complexe¹⁷³. Elle complète la Convention conclue entre la CCDJP et le DFJP en intégrant la perspective des autorités de poursuite pénale et des ministères publics. Elle vise l'optimisation de la collaboration entre les ministères publics cantonaux et le MPC sur les formes complexes de la criminalité, notamment la traite des êtres humains, sans exclure pour autant une collaboration dans d'autres domaines du crime organisé.

Le 10 février 2015, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a déposé une motion dans laquelle elle chargeait le Conseil fédéral de proposer une modification de l'art. 260^{ter} CP¹⁷⁴. Cette motion faisait suite à l'important écho médiatique des enquêtes pénales sur des soupçons de participation et de soutien à des organisations criminelles¹⁷⁵ et demandait la prise en compte des difficultés énoncées au cours des années écoulées par les autorités chargées de la lutte contre le crime organisé. Elle exigeait qu'on examine l'opportunité d'adapter la définition de l'organisation criminelle, les éléments constitutifs de l'infraction et la quotité de la peine. Le Parlement a adopté la motion.

Lors de sa séance du 3 septembre 2015, la Commission des affaires juridiques pénales de la CCDJP, a décidé d'instituer un groupe de travail placé sous la direction du procureur général de la Confédération qui serait chargé d'élaborer une proposition quant au contenu du futur art. 260^{ter} CP. Fort de son expérience pratique, ce groupe de travail a suggéré des adaptations matérielles de la norme pénale. Ses travaux se sont déroulés indépendamment de ceux du Parlement et de l'administration. Le président de la CCDJP a transmis la proposition du groupe de travail à la cheffe du DFJP (département compétent) le 8 septembre 2016, en la priant de tenir compte de ces adaptations.

Le groupe de travail souhaite, en particulier, que l'appartenance à une organisation criminelle, sans contribution tangible à ses activités, suffise à fonder la punissabilité. Il propose aussi une infraction qualifiée pour punir plus durement les figures centrales du crime organisé. La peine maximale encourue passerait de cinq à dix ans pour l'infraction de base et même à 20 ans pour l'infraction qualifiée. Il y aurait également une peine minimale de six mois pour l'infraction de base et de trois ans pour l'infraction qualifiée. Le groupe de travail a élaboré une définition légale des éléments composant une organisation criminelle et une réglementation explicite du concours d'infractions, qui implique que le juge ne prononce plus de condamnation

¹⁷² Aujourd'hui la Conférence des procureurs de Suisse (CPS).

¹⁷³ A consulter à l'adresse <https://www.ssk-cps.ch/empfehlungen?lang=fr>.

¹⁷⁴ Motion 15.3008.

¹⁷⁵ Voir par ex. le communiqué du 18 mars 2016 de l'OFJ annonçant la mise en détention en vue de leur extradition de quinze membres présumés d'une organisation mafieuse, à consulter à l'adresse <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/news/2016/2016-03-08.html>.

fondée sur l'art. 260^{ter} CP à titre subsidiaire, mais que l'auteur écope d'une peine supplémentaire s'il commet une infraction pour une organisation criminelle.

La Commission des affaires juridiques pénales a également proposé une nouvelle infraction de participation et de soutien à une organisation terroriste, structurée de la même manière que pour les organisations criminelles. Elle suggère d'énumérer quelques organisations terroristes¹⁷⁶ à la suite de la définition légale. La peine minimale proposée est d'un an.

4.1.2 Commentaire du nouvel article

4.1.2.1 Généralités

La norme pénale contre le crime organisé a fait la preuve de son efficacité. Les besoins et les propositions des autorités de poursuite pénale, notamment du MPC, n'en ont pas moins été entendus, d'où les adaptations proposées dans l'avant-projet. Il importe de noter que l'art. 260^{ter} AP-CP suppose une punissabilité en amont. Le simple fait de participer à une organisation ou de la soutenir, sans lien aucun avec une infraction commise en son sein, justifie une sanction. Un comportement qui, pris isolément, serait légal devient répréhensible. L'extension de la norme pénale demande qu'on prête une attention particulière aux principes de proportionnalité et de précision de la base légale, dans l'intérêt de la sécurité du droit. Il faut éviter toute atteinte aux droits fondamentaux qui serait disproportionnée et dont les contours ne seraient pas suffisamment nets.

La nouvelle norme est conçue de la même manière que celle en vigueur. Sur le plan de la systématique, elle continuera de figurer parmi les crimes ou délits contre la paix publique¹⁷⁷.

Dans le droit en vigueur, l'organisation criminelle est définie par son caractère secret et par son but criminel. La doctrine, la jurisprudence et le message introduisant la punissabilité de l'organisation criminelle en droit suisse¹⁷⁸ ont développé d'autres critères qui ne doivent pas forcément tous être réunis, mais qui doivent atteindre un degré qualitatif et quantitatif tel qu'il prouve la dangerosité extraordinaire de l'organisation et qu'il peut être la cause des difficultés rencontrées dans la poursuite pénale.

4.1.2.2 Caractère secret et soutien de l'organisation dans son activité criminelle

Le critère du secret ne signifie pas forcément que l'organisation cache son existence entière. Il peut se référer au maintien du secret à l'interne¹⁷⁹ sur sa structure et ses effectifs. On considère que la dissimulation doit être systématique. Ce critère se fonde sur l'idée que le maintien du secret renforce le pouvoir exercé à l'intérieur et à l'extérieur de l'organisation et sa dangerosité. La dissimulation complique aussi

¹⁷⁶ Al-Qaïda, Etat islamique et les organisations apparentées.

¹⁷⁷ Art. 258 ss CP.

¹⁷⁸ Voir Engler, in Basler Kommentar, 2013, n° 5 ss ad art. 260^{ter} et FF **1993** III 269, 287 ss.

¹⁷⁹ Pas seulement de la discrétion vis-à-vis des personnes extérieures ou des représentants des autorités de poursuite pénale.

considérablement le travail des enquêteurs et des autorités de poursuite pénale. On ne saurait occulter que la doctrine et la jurisprudence ont critiqué l'inapplicabilité de cette exigence légale¹⁸⁰.

Nous proposons de renoncer à ce critère jusque-là impératif, puisque statué dans le droit en vigueur. Cela ne signifie pas pour autant que cet élément deviendra insignifiant lorsqu'il s'agira de déterminer si l'on est ou non en présence d'une organisation criminelle. Il continuera d'être employé dans l'évaluation du potentiel criminel de l'organisation, tout comme d'autres caractéristiques telles que la hiérarchie, le partage des tâches, la durée d'existence, le professionnalisme et la capacité à imposer le pouvoir à l'interne¹⁸¹.

La suppression du critère du secret à l'al. 1 facilitera le travail des autorités de poursuite pénale sur un point essentiel et donnera plus de poids à cette disposition dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, sans pour autant étendre de manière disproportionnée le champ d'application de la norme ni réduire sa précision. L'art. 260^{ter} AP-CP continuera de s'appliquer à des groupes de personnes dont émane une dangerosité extraordinaire et qu'il est difficile, du fait de leur structure, de leur importance ou de leur pouvoir, d'atteindre avec les moyens usuels du droit pénal, qui s'attachent à la commission d'actes isolés.

Une personne qui ne participe pas à une organisation criminelle peut être punissable si elle soutient l'organisation depuis l'extérieur. Le soutien englobe toute contribution notable au renforcement de l'organisation, sans qu'il faille prouver une quelconque contribution à une infraction concrète. Il peut aussi consister en une activité qui, prise isolément, est légale¹⁸².

Par contre, selon la teneur de l'article en vigueur, il faut que l'organisation ait été soutenue dans son activité criminelle pour fonder la punissabilité. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, le soutien suppose une contribution consciente à l'activité criminelle même de l'organisation, par la livraison d'armes, l'administration de biens patrimoniaux ou une aide logistique. D'un point de vue subjectif, il faut que la personne sache que sa contribution pourrait servir la poursuite du but criminel de l'organisation, ou qu'elle prévienne cette éventualité et l'accepte si elle se réalise¹⁸³. En revanche, il n'est pas nécessaire de démontrer un lien de causalité entre l'acte de soutien et un acte criminel. En application de ces principes, le Tribunal fédéral est récemment arrivé à la conclusion que la mise à disposition de sites Internet pour favoriser la propagande d'une organisation terroriste¹⁸⁴ ou la gestion de forums sur Internet en relation avec des réseaux djihadistes étaient des actes de soutien au sens de l'art. 260^{ter} CP. De cette interprétation large de la notion de soutien, on peut déduire que tout acte susceptible de renforcer la capacité de nuisance de l'organisation suffit déjà pour entraîner l'application de l'art. 260^{ter} CP. Ce nonobstant, le GAFI est arrivé à la conclusion que le droit suisse présentait une lacune mineure du fait de l'exigence d'un lien (au moins indirect) entre le financement et une activité criminelle ou terroriste de l'organisation¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Voir Engler, Basler Kommentar, 2013, n° 8 ad art. 260^{ter} et les références citées.

¹⁸¹ Ces caractéristiques ne doivent pas toutes être réunies.

¹⁸² Location de locaux, mise à disposition de substances légales aux fins de transformation, etc.

¹⁸³ ATF 133 IV 58, consid. 5.3.1 ; ATF 132 IV 132, cons. 4.1.4 ; ATF 128 II 355.

¹⁸⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 2 mai 2008 (6B_645/2007), consid. 7.3.3.2.

¹⁸⁵ GAFI, Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, Rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, décembre 2016, p. 255.

Compte tenu du fait que, d'une part, la pratique consacre déjà une interprétation large de la notion de soutien, qui fait quasiment abstraction de l'exigence d'un lien avec le but criminel de l'organisation et que, d'autre part, le GAFI a considéré que le droit suisse présentait une lacune mineure, il est proposé de supprimer la condition liée à l'« activité criminelle » de l'organisation. Cette modification permettra aux autorités de poursuite pénale de se limiter à déterminer si l'acte de soutien est propre à renforcer l'organisation en tant que telle et à accroître la menace qui en émane. Elle comblera aussi la défaillance mineure identifiée par le GAFI. Pour tracer la limite entre un comportement non punissable et un comportement qui réunit les éléments constitutifs du soutien à une organisation criminelle, on pourra, comme on le fait actuellement, en fonction de la volonté de la personne et de son degré de savoir, se reporter à l'importance qualitative et quantitative du soutien qu'elle fournit et à la nature de son action concrète.

4.1.2.3 Organisation criminelle : peine encourue

Dans le droit en vigueur, la participation ou le soutien à une organisation criminelle sont passibles d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Ces infractions sont par conséquent qualifiées de crimes au sens du code pénal¹⁸⁶. Cette peine maximale semble appropriée et justifiée si on la compare à celle fixée pour d'autres infractions du code pénal et du droit pénal accessoire et à celle prévue dans diverses législations étrangères¹⁸⁷. Elle tient compte du fait que ces infractions sont commises en amont et indépendamment d'un acte criminel concret. Aucun lien avec un acte commis par des membres de l'organisation n'est requis. Une peine maximale dépassant les cinq ans serait disproportionnée par rapport au degré d'illicéité de ces infractions. Il n'en est pas de même s'agissant d'organisations terroristes¹⁸⁸. Le degré d'illicéité est beaucoup plus grand, les actes terroristes sont particulièrement ignobles, menaçants pour la vie et l'intégrité corporelle des individus et ressentis comme tels par la population et suscitent l'aversion de la société.

Une personne qui commet une infraction grave dans le cadre d'une organisation criminelle (par ex. trafic de drogue qualifié, meurtre ou assassinat) encourt la peine prévue pour cet acte¹⁸⁹, en adéquation avec le degré d'illicéité.

L'appréciation du degré d'illicéité d'un acte commis dans le cadre d'une organisation criminelle peut être autre lorsqu'il s'agit de personnes y exerçant une certaine influence, c'est-à-dire de membres dirigeants. Ces personnes ne font pas que soutenir l'organisation ou y participer. Quiconque exerce une influence déterminante au sein d'une organisation a également une responsabilité accrue puisqu'il a, de fait, le droit d'exprimer son avis sur l'ampleur des activités criminelles de l'organisation et sur ses tentatives d'étendre son influence et son pouvoir. Les personnes en question apportent une plus-value à l'organisation et accentuent la menace qui en émane. Une participation de cet ordre est d'autant plus grave. De plus, les membres dirigeants

¹⁸⁶ Art. 10 CP, la conséquence étant qu'il peut s'agir d'une infraction préalable au blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP).

¹⁸⁷ Voir ci-après s'agissant des organisations terroristes.

¹⁸⁸ Voir le ch. 4.1.2.6 concernant la peine encourue en cas de participation ou de soutien à une organisation terroriste.

¹⁸⁹ Pour les exemples cités, il s'agit d'une peine privative de liberté de 20 ans au plus ou à vie.

exercent en général un fort effet de corruption sur les autres personnes qui participent à l'organisation et sur l'entourage de celle-ci. Nous proposons donc d'inscrire à l'al. 3 une infraction qualifiée de participation à une organisation, fondée sur l'exercice d'une influence déterminante, et de faire passer le plafond de la peine privative de liberté à 20 ans¹⁹⁰.

Le juge pourra dès lors prononcer des peines adaptées à la faute dans les cas graves de participation à une organisation criminelle. Il ne sera pas nécessaire de prouver que l'auteur a pris part à un crime concret. Il suffira que la personne concernée occupe une fonction dirigeante lui permettant de faire valoir son avis au sein de l'organisation pour qu'elle puisse être punie plus sévèrement. Il ne sera pas utile qu'elle exerce un contrôle absolu sur l'organisation ni qu'elle ait un pouvoir supérieur aux autres personnes dirigeantes.

La possibilité qu'a le juge d'atténuer la peine si l'auteur s'efforce d'empêcher la poursuite de l'activité de l'organisation demeurera¹⁹¹.

4.1.2.4 Punissabilité de l'appartenance ?

Lors des travaux préliminaires, certains ont exprimé la volonté de rendre punissables la participation formelle en qualité de membre, voire la simple appartenance à une organisation criminelle, sans qu'on puisse prouver la moindre activité de la personne visée. Cette proposition, bien que compréhensible si l'on se place du côté des autorités de poursuite pénale et si l'on prend en compte l'immense complexité des procédures, élude au moins deux aspects.

Premièrement, il n'est pas sûr qu'une simple appartenance à une organisation, sans qu'un acte soit commis en rapport avec elle, ait une quelconque importance pratique. La participation à une organisation criminelle au sens de la loi consiste à s'intégrer en son sein, puis à entrer en action¹⁹², ce qui n'implique pas forcément la commission d'actes illégaux. Des actes légaux tels que la mise à disposition de matériel, de locaux ou de services peuvent être considérés comme des activités servant l'organisation. Il n'est pas nécessaire, si l'on se réfère à l'intention du législateur et si l'on garde à l'esprit la menace extraordinaire qui émane de l'organisation, de fixer des exigences particulières s'agissant de l'importance de ces actes. Un membre même « passif » contribue au réseau de l'organisation et lui apporte ainsi une plus-value. Il est souvent impossible pour les membres de sortir de l'organisation et de communiquer librement avec l'extérieur. Pour qu'une personne soit punissable, il n'est pas nécessaire que sa participation à l'organisation soit essentielle, ni même qu'elle présente un lien avec un acte criminel concret. On peut prouver la participation à une organisation criminelle¹⁹³, par exemple en la déduisant de la présence active et constante à des rencontres, de l'acceptation des rites, des structures et de la hiérarchie ou de l'obéissance exprimée et démontrée de manière répétée à l'égard de l'organisation et de ses représentants.

¹⁹⁰ Conformément à l'art. 40 CP. Art. 260^{ter}, al. 3, AP-CP, applicable aux organisations au sens des al. 1 et 2.

¹⁹¹ Al. 4 de l'avant-projet. On renonce à la qualification de l'activité comme *criminelle*, comme à l'al. 1. Cette disposition s'appliquera aussi aux organisations terroristes au sens de l'al. 2.

¹⁹² L'entrée en action est requise, notamment à des fins de preuve.

¹⁹³ Par ex. une organisation mafieuse.

La jurisprudence ne fait nullement état d'une interprétation étroite des notions de participation et de soutien, bien au contraire. Le 15 juillet 2016, le Tribunal pénal fédéral a rendu un arrêt dans lequel il qualifiait le comportement d'une personne arrêtée à l'aéroport de Zurich, alors qu'elle s'apprêtait à prendre l'avion pour Istanbul afin de partir combattre comme djihadiste, de soutien, voire d'encouragement. Il a condamné cette personne à une peine privative de liberté avec sursis et a ordonné une assistance de probation pour infraction à la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées. Le Tribunal fédéral a aussi considéré que la mise à disposition de sites Internet pour une organisation criminelle (terroriste) réalisait l'élément constitutif de soutien à une organisation criminelle¹⁹⁴.

Deuxièmement, le législateur n'a jamais eu la volonté, et pour cause, de qualifier la simple expression d'une sympathie ou le pur fait de partager en son for intérieur les idées d'une organisation, au demeurant difficile à prouver, de participation au sens du droit pénal. Il faut faire fi de l'idée qu'une personne qui fait cause commune avec une organisation criminelle doive « payer » comme elle, tout comme on se garde de condamner une personne en raison de son appartenance à une famille dont certains membres sont liés au crime organisé. L'Etat et la société doivent combattre le soutien idéologique à une organisation criminelle, certes critiquable, par d'autres moyens que le droit pénal. Celui-ci ne saurait réprimer des convictions, pas plus dans le domaine du crime organisé que dans d'autres domaines. Etendre la disposition pénale contre le crime organisé aux personnes qui déclarent appartenir à une organisation criminelle ou qui en sont de simples membres serait contraire aux principes de la précision de la base légale et de la proportionnalité. Une telle extension aurait d'ailleurs peu de conséquences en pratique. Il convient donc d'y renoncer.

4.1.2.5 Des critères légaux supplémentaires ?

On renoncera à introduire des critères légaux supplémentaires pour décrire l'organisation criminelle et notamment à fixer un nombre minimal de personnes concernées. Des éléments de ce type accentueraient certes les contours de la disposition pénale et préciseraient son interprétation et son application, mais il importe de relever que les praticiens ne les appellent pas de leurs vœux. Ces critères pourraient même compliquer la tâche déjà ardue des autorités de poursuite pénale, puisqu'elles devraient réunir des preuves aussi pour ces aspects. Les exigences de ce type se révèlent contre-productives.

Dans le même ordre d'idées, il convient de renoncer à une définition légale exhaustive de l'organisation criminelle. L'approche utilisée jusque-là, avec un nombre limité de caractéristiques, a permis de conserver la flexibilité nécessaire pour inclure de nouveaux types d'organisations. La sécurité juridique et la précision résultent de la jurisprudence relative aux dispositions pénales et de la pratique de l'entraide judiciaire, qui s'est étoffée dans l'intervalle. La nécessité d'inscrire une définition de ce type dans la loi ne découle ni de la jurisprudence, ni de la doctrine, ni de la pratique.

¹⁹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 5 mai 2008, 6B_645/2007.

4.1.2.6

Réglementation expresse pour les organisations terroristes

Il faut par contre donner suite à la demande du groupe de travail de la CCDJP de faire figurer expressément les organisations terroristes à l'art. 260^{ter} AP-CP. La jurisprudence constante¹⁹⁵ a confirmé l'applicabilité de l'article sur les organisations criminelles aux organisations terroristes. Rien ne s'oppose dès lors au fait de consacrer cette interprétation jurisprudentielle et doctrinale dans la loi. Pour décrire le but terroriste de ces organisations, on peut se reporter à la formulation de l'article du code pénal sur le financement du terrorisme¹⁹⁶. La définition du terrorisme qui y est donnée est conforme aux définitions internationales et donne un champ d'application suffisamment vaste à la disposition, dans le respect du principe de précision de la norme pénale. On pourra tenir compte dans l'application de la norme révisée des décisions de comités internationaux et des listes actualisées d'organisations terroristes. Il appartiendra au juge de prendre en compte d'autres considérations au moment de qualifier l'organisation considérée de terroriste ou non.

On renoncera à compléter cette définition générale et abstraite, fondée sur une formulation qui figure déjà dans la législation suisse et qui est conforme aux textes internationaux, par une liste d'organisations spécifiques telles qu'Al-Qaïda, l'Etat islamique ou d'autres organisations apparentées. Il ne fait nul doute que ces organisations terroristes qui menacent actuellement lourdement la sûreté intérieure et extérieure de la communauté internationale tombent sous le coup de l'art. 260^{ter}, al. 2, AP-CP¹⁹⁷. Il est difficile de percevoir ce que le fait de les nommer pourrait apporter de plus, sinon que d'expliquer aux autorités chargées d'appliquer la loi ce qu'elles savent déjà. Il est par contre impossible pour elles de conclure d'une telle liste qu'une autre organisation, qui n'y est pas nommée, est une organisation terroriste. Or il est plus probable qu'elles considèrent ce genre d'organisations comme ne relevant pas du champ d'application de la disposition.

Le législateur serait de plus constamment confronté au problème de l'actualisation de cette liste d'exemples. Alors que l'art. 74 LRens¹⁹⁸ permet au Conseil fédéral de désigner rapidement par voie de décision les organisations qui menacent la sûreté intérieure ou extérieure, le code pénal, texte central de l'ordre juridique suisse, ne paraît pas être le contenant idéal pour ce genre de listes qu'il faut régulièrement mettre à jour en supprimant les organisations devenues obsolètes et, c'est là l'essentiel de la tâche, en y intégrant des organisations pour réagir aux nouvelles menaces qui en émanent. En droit pénal, le législateur a jusqu'ici toujours fait le choix de définir les faits, les groupes et leurs caractéristiques de façon générale et abstraite et de renoncer à citer spécifiquement certains faits ou organisations. Il est judicieux de s'en tenir à cette pratique.

La peine privative de liberté prévue est calquée sur celle fixée à l'al. 1 dans le cas des organisations criminelles. La peine minimale sera là aussi une peine pécuniaire, du fait qu'un acte de soutien sans rapport avec un acte terroriste concret peut présenter un faible degré d'illicéité. La peine maximale encourue pour l'infraction qualifiée pourra atteindre 20 ans (al. 3). Elle sera applicable aux personnes qui exercent une

¹⁹⁵ Voir le commentaire de l'art. 6 de la Convention.

¹⁹⁶ Art. 260^{quinquies} CP.

¹⁹⁷ Tout comme, selon la jurisprudence constante, elles tombent, ainsi que d'autres organisations terroristes, sous le coup de l'art. 260^{ter} CP en vigueur (voir le commentaire de l'art. 6 de la Convention).

¹⁹⁸ Voir le ch. 4.3.

influence déterminante dans une organisation terroriste ou criminelle¹⁹⁹. A la différence de l'al. 1, l'al. 2 prévoit une peine privative de liberté maximale de dix ans²⁰⁰ pour l'infraction de base. Cette peine plus élevée tient compte du fait que les nuisances et les conséquences directes des activités terroristes pour la population concernée, l'Etat et ses structures, quelle que soit la stabilité de ces dernières et quel que soit le taux de criminalité courant, peuvent être beaucoup plus graves. Le degré d'illicéité du but que se fixe une organisation terroriste est aussi plus grand. Les actes terroristes renferment une part d'ignominie. La population craint pour son existence et les actes terroristes suscitent l'aversion de la société.

4.1.2.7 **Maintien des règles de compétence**

Par rapport au droit en vigueur, la compétence du juge suisse pour connaître des infractions commises à l'étranger demeure inchangée²⁰¹. Est également punissable quiconque commet l'infraction à l'étranger si l'organisation criminelle ou terroriste exerce ou doit exercer son activité en tout ou en partie en Suisse²⁰². Ces règles de compétence sont une extension de celles contenues dans la partie générale du code pénal²⁰³ ; elles ne restreignent nullement l'application de ces dernières. Les Suisses qui soutiennent une telle organisation à l'étranger seront punissables au même titre que dans le droit en vigueur, et ce même si ladite organisation n'a pas l'intention de déployer ses activités en Suisse²⁰⁴.

4.1.2.8 **Concours entre l'art. 260^{ter} AP-CP et les infractions de base**

La question du concours entre l'art. 260^{ter} CP et d'autres infractions – en particulier celles commises par l'organisation criminelle – fait l'objet de discussions. Le présent projet est l'occasion d'examiner la question et de déterminer en particulier la nécessité de prévoir une règle spéciale en matière de concours. Dans ce contexte, il y a lieu de relever que le projet du groupe de travail de la CCDJP contient une règle destinée à contraindre les autorités judiciaires à appliquer de manière parallèle l'art. 260^{ter} CP et d'éventuelles autres dispositions pénales²⁰⁵.

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, « *Il ressort [...] clairement de la volonté du législateur que l'art. 260^{ter} CP vise à punir celui qui participe ou soutient une organisation criminelle, alors qu'en raison de la division extrêmement poussée des tâches ou des mesures de dissimulation adoptées par l'organisation, il n'est pas possible de prouver sa participation à des infractions précises et, par conséquent, de*

¹⁹⁹ Voir les explications données au ch. 4.1.2.3 concernant le durcissement de la peine maximale encourue et ses conséquences.

²⁰⁰ Contre cinq ans dans le cas des organisations criminelles.

²⁰¹ Art. 260^{ter}, al. 5, AP-CP.

²⁰² Contrairement au droit en vigueur, qui renvoie à l'art. 3 CP, on renvoie ici à l'art. 7, al. 4 et 5, CP, qui régit la prise en compte d'un éventuel jugement rendu à l'étranger.

²⁰³ Art. 3 ss CP ; voir aussi les règles en grande partie analogues de l'art. 259, al. 1^{bis}, CP.

²⁰⁴ Il faut tenir compte aussi des règles statuées à l'art. 7, al. 1 et 3, CP.

²⁰⁵ L'art. 260^{ter}, al. 6, proposé par le groupe de travail de la CCDJP a la teneur suivante : « Begeht der Täter im Rahmen einer kriminellen Organisation weitere Straftaten, wird er dafür zusätzlich bestraft ».

le confondre²⁰⁶. [...] En revanche, si la participation ou le soutien à l'organisation s'épuise dans une infraction concrète que l'on peut démontrer, l'auteur ne doit être puni que pour la participation à cette dernière infraction ». Cette jurisprudence est approuvée par une majorité de la doctrine²⁰⁷. Dans tous les autres cas, une application parallèle de l'art. 260^{ter} CP avec d'autres dispositions pénales est possible (concours réel). Cela recouvre en particulier les cas de figure suivants :

- l'auteur qui procure des fonds à une organisation criminelle en sachant que seule une partie de ceux-ci sera consacrée à un attentat déterminé alors que le reste servira à d'autres infractions, dans laquelle la participation du financier ne peut être établie ;
- l'auteur dont l'acte de soutien dépasse le cadre des infractions précises et démontrées commises par l'organisation (par exemple l'auteur qui fournit à l'organisation des fonds ou des biens qu'il se procure en commettant lui-même des infractions²⁰⁸).

Cette solution n'est pas critiquable, que ce soit d'un point de vue dogmatique ou pratique. Du reste, l'application subsidiaire de l'art. 260^{ter} CP a avant tout des conséquences sur la peine (inapplicabilité de l'art. 49 CP). Or les fourchettes de peines prévues pour les infractions principales susceptibles d'être commises par une organisation criminelle sont déjà suffisamment élevées pour sanctionner le comportement de l'intéressé de manière exemplaire. Pour ces raisons, une révision de l'art. 260^{ter} CP allant dans le sens de contraindre les autorités judiciaires à appliquer de manière concurrente l'art. 260^{ter} CP ne s'impose pas.

4.2 **Art. 260^{sexies} AP-CP : recrutement, entraînement et voyage en vue d'un acte terroriste**

4.2.1 **Contexte**

L'analyse des dispositions de la Convention et du Protocole additionnel du Conseil de l'Europe qui doivent être mises en œuvre et la prise en compte d'autres normes internationales²⁰⁹ permettent de conclure que le droit suisse répond déjà dans une large mesure aux exigences. Il manque néanmoins encore certaines règles spécifiques de droit pénal pour traduire entièrement et explicitement l'essence des deux traités²¹⁰. L'avant-projet propose des dispositions pénales mettant en œuvre les art. 6 et 7 de la Convention et les art. 3 à 5 du Protocole additionnel pour couvrir l'entraînement et le recrutement en vue d'un acte terroriste. Il propose aussi une norme pénale sur les voyages à vocation terroriste, y compris leur financement, leur organisation et le recrutement dans ce but. Les dispositions proposées sont censées combler les lacunes du dispositif pénal réprimant les activités effectuées en amont d'un acte terroriste en dehors d'organisations telles qu'Al-Qaïda ou l'Etat islamique. Ce procédé correspond à l'appréciation du Conseil fédéral, telle qu'exposée dans le communiqué qu'il a publié le 14 octobre 2016 à l'occasion de la signature du Proto-

²⁰⁶ Arrêt du Tribunal fédéral du 20 juillet 2005, 6S.229/2005, consid. 1.2.3 et les références citées.

²⁰⁷ Engler, in : Niggli/Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 11-392 StGB, Bâle 2013, n° 20 ad art. 260^{ter} CP et les références citées.

²⁰⁸ Gestion déloyale, vols, etc.

²⁰⁹ Voir aussi le ch. 1.6.

²¹⁰ Voir aussi les ch. 2 et 3.

cole additionnel²¹¹. Dans le contexte international et eu égard à l'évolution récente des législations d'autres Etats européens²¹², il est approprié de proposer de nouvelles normes pénales visant à renforcer la lutte contre le terrorisme, la sécurité du droit et le principe de précision des bases légales.

4.2.2 **Commentaire du nouvel article**

La mise en place d'une disposition pénale spécialement consacrée au recrutement, à l'entraînement et aux voyages en vue d'un acte terroriste a pour effet d'étendre la punissabilité dans certains domaines par rapport au droit en vigueur. Elle permet néanmoins surtout de donner une base légale claire aux sujets de droit et aux autorités de poursuite pénale et de renforcer les principes de précision et de prévisibilité. Chacun pourra déduire de la législation quels sont les comportements en amont d'un acte terroriste qui sont punissables.

Eu égard à la systématique de la loi, l'art. 260^{sexies} AP-CP sera placé sous le titre « Crimes ou délits contre la paix publique », où figurent déjà les dispositions régissant les organisations criminelles et le financement du terrorisme²¹³. La nouvelle infraction statuée est un crime, pour lequel l'auteur encourt une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire, ce qui en fait une infraction préalable au blanchiment d'argent²¹⁴.

L'al. 1, let. a, sanctionne le recrutement d'une personne afin qu'elle commette un acte terroriste ou y participe. Le recrutement²¹⁵ désigne un processus actif visant à mobiliser une ou plusieurs personnes définies pour une activité. Il n'est pas nécessaire, pour que l'auteur du recrutement soit punissable, que ce processus soit formel ni qu'il intervienne dans un cadre structuré. Il n'est pas nécessaire non plus que le recruteur participe lui-même à une organisation terroriste, qu'il soit impliqué concrètement dans la préparation d'un acte terroriste²¹⁶, ni que les contours d'un acte terroriste soient déjà perceptibles au moment du recrutement.

Le recrutement peut se faire directement, au moyen de contacts personnels, ou d'une autre manière, par exemple par l'intermédiaire des réseaux sociaux ou d'Internet. Pour que le recrutement soit consommé, il faut au moins que le procédé et les intentions de l'auteur soient perceptibles pour la ou les personnes qu'il cherche à enrôler. Il n'est par contre pas nécessaire que cette dernière assume une activité en conséquence du recrutement, par exemple participer à un groupement ou entamer des préparatifs en vue d'un attentat²¹⁷.

Subjectivement parlant, le recrutement doit toutefois avoir pour visée la commission d'un acte terroriste. L'art. 260^{sexies} est une infraction intentionnelle. Il doit au moins

²¹¹ A consulter à l'adresse https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2015/ref_2015-10-142.html.

²¹² Voir les résultats de l'étude de droit comparé intégrés aux ch. 2 et 3, résumé disponible à l'adresse http://www.isdc.ch/media/1304/newsletter-new-year-edition-2017_final.pdf.

²¹³ Art. 260^{er} et 260^{quinquies} CP.

²¹⁴ Art. 305^{bis} CP.

²¹⁵ Voir la notion de recrutement dans le droit en vigueur aux art. 182, 197 et 272 CP.

²¹⁶ Bien qu'il y ait souvent dans les faits une telle participation ou un tel soutien de la part de la personne recrutée.

²¹⁷ Concernant l'ensemble de la problématique, voir les ch. 106 ss RE et le commentaire de l'art. 6 de la Convention.

s'agir d'un dol éventuel, c'est-à-dire que l'auteur doit sérieusement tenir les conséquences de ses actes pour possibles et les accepter.

Il faut distinguer la justification des actes d'une organisation terroriste et l'apologie de l'organisation du recrutement punissable. Bien que critiquables, ces expressions d'approbation ne tombent pas sous le coup de la nouvelle disposition. L'Etat doit les contrer par d'autres moyens que ceux du droit pénal²¹⁸.

Le recrutement en faveur d'une organisation terroriste peut, en fonction de la manière de procéder de l'auteur et de sa position, tomber sous le coup de l'art. 260^{ter} AP-CP ou de la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées²¹⁹.

On renoncera à proposer d'ériger le fait de se laisser recruter en infraction²²⁰. Ni la Convention ni le Protocole additionnel n'exigent une punissabilité en amont sur ce plan²²¹. La simple décision prise par la personne recrutée serait peu tangible et difficile à prouver. Il y aurait des incertitudes quant à ce qu'elle savait au moment où elle a accepté le recrutement, qui mettraient à mal la sécurité du droit et sèmeraient le doute quant au caractère punissable de l'acceptation. La personne recrutée pourra être considérée comme punissable aussitôt qu'elle prendra des dispositions en vue de préparer un acte, qu'elle participera à une organisation terroriste ou qu'elle la soutiendra. Il en est déjà ainsi dans le droit en vigueur.

L'al. 1, let. b, concerne l'entraînement en vue d'un acte terroriste et sanctionne quiconque se fait fournir ou fournit des indications dans la perspective d'un tel acte²²². On érige en infraction à part entière des actes de participation commis en amont, dans l'optique de renforcer les instruments de droit pénal contre le terrorisme et les actes préliminaires associés. Selon la teneur de l'alinéa, les indications qu'une personne se fait fournir ou fournit doivent porter sur la fabrication ou l'utilisation d'armes, d'explosifs, de matériaux radioactifs, de gaz toxiques ou d'autres dispositifs ou substances dangereuses²²³.

Là aussi, les actes commis doivent, subjectivement parlant, l'être dans la perspective de la commission d'un acte terroriste. Il doit y avoir au moins dol éventuel, c'est-à-dire que l'auteur doit avoir l'intention d'utiliser les compétences acquises à des fins terroristes. Le juge pourra tenir compte de la différence de degré d'illicéité des deux formes de l'infraction (rôle actif ou passif en matière d'entraînement) au moment de fixer la peine.

La let. c sanctionne quiconque entreprend un voyage à l'étranger ou depuis l'étranger dans le dessein de commettre un acte terroriste, d'y participer ou de suivre un entraînement dans ce but. Il met en œuvre le cœur-même du Protocole additionnel et la résolution 2178 du Conseil de sécurité des Nations unies qui le fonde²²⁴. Cette norme est applicable indépendamment d'une organisation concrète, ce qui n'est pas le cas

²¹⁸ Voir les explications au ch. 4.6.4.

²¹⁹ Voir le commentaire de l'art. 6 de la Convention et les explications relatives au concours d'infractions.

²²⁰ Voir le commentaire de l'art. 6 de la Convention, et en particulier les passages concernant le droit comparé.

²²¹ Voir le commentaire de l'art. 2 du Protocole additionnel et les explications relatives aux négociations.

²²² Concernant la notion de fournir des indications, voir les art. 144^{bis}, 179^{sexies} et 226 CP.

²²³ Concernant le champ d'application et les notions, on se reportera au commentaire de l'art. 7 de la Convention et de l'art. 3 du Protocole additionnel.

²²⁴ Voir en particulier le commentaire des art. 4 à 6 du Protocole additionnel.

de la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées, limitée dans le temps, ni de l'art. 74 LRens²²⁵. Subjectivement parlant, la punissabilité est là aussi liée au fait que l'auteur agit dans la perspective de la commission d'un acte terroriste. Il n'est pas nécessaire, pour que l'infraction soit consommée, que le voyageur arrive à sa destination ; il suffit qu'il en prenne le chemin.

L'al. 2, en conformité avec les engagements internationaux pris dans la lutte contre le terrorisme²²⁶, déclare punissable quiconque réunit ou met à disposition des fonds dans le dessein de financer un voyage au sens de l'al. 1, let. c. Conformément à l'art. 5 du Protocole additionnel, la disposition pénale doit non seulement réprimer la mise à disposition de fonds, mais également le fait de les réunir. L'art. 260^{sexies}, al. 2, AP-CP couvre ces deux cas de figure, sur le modèle de l'art. 260^{quinquies} CP. L'incrimination de la réunion de fonds permet également à la Suisse de remplir ses obligations découlant de la résolution 2178 et des recommandations du GAFI²²⁷.

4.3 Adaptation de l'art. 74 de la loi sur le renseignement : interdiction d'organisations

4.3.1 Contexte

En novembre 2009, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS), en sa qualité de département compétent, d'élaborer une nouvelle loi sur le renseignement (LRens). La loi régit l'ensemble des activités de renseignement et attribue au Service de renseignement de la Confédération (SRC) le mandat d'évaluer la situation de manière exhaustive.

Le projet du Conseil fédéral a été complété par une nouvelle disposition dans le cadre des délibérations parlementaires. Le nouvel art. 74 LRens régit l'interdiction d'organisations. Le Conseil fédéral se voit attribuer la compétence strictement encadrée par la loi d'interdire une organisation par voie de décision si celle-ci menace concrètement la sûreté intérieure ou extérieure du pays, et ce sans devoir s'appuyer sur le droit de nécessité statué par la Constitution. L'interdiction doit se fonder sur une décision des Nations unies ou de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe. Le Conseil fédéral doit consulter les commissions compétentes en matière de politique de sécurité avant de prononcer l'interdiction. Celle-ci doit avoir trait à des organisations terroristes ou relevant de l'extrémisme violent et être prononcée pour cinq ans au plus. Elle peut être prolongée.

La LRens a été acceptée à une nette majorité lors de la votation populaire du 25 septembre 2016. Elle devrait entrer en vigueur à l'automne 2017²²⁸.

L'art. 74 LRens ajouté par le Parlement est une base légale claire et durable permettant d'interdire des organisations ou des groupements terroristes ou relevant de l'extrémisme violent. Ce type d'interdiction figurait jusque-là dans des ordonnances

²²⁵ Voir le ch. 4.3.

²²⁶ Voir le ch. 1.

²²⁷ La résolution 2178 parle de fourniture et de collecte, tandis que les recommandations du GAFI parlent de fourniture et de réunion de fonds.

²²⁸ FF 2015 6597.

du Conseil fédéral ou du Parlement directement fondées sur la Constitution²²⁹. Or il n'était plus possible de les prolonger, raison pour laquelle fin 2014, le Parlement a adopté la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées²³⁰, déclarée urgente et n'ayant dès lors effet que jusqu'au 31 décembre 2018.

Lors de l'élaboration de l'avant-projet ci-joint, le Conseil fédéral a conclu à la nécessité d'harmoniser les règles de l'art. 74 LRens sur l'interdiction d'organisations et celles relatives aux organisations terroristes de la législation sur Al-Qaïda et l'Etat islamique et de l'art. 260^{ter} CP. La première devra rester en vigueur jusqu'à ce que l'art. 74 LRens révisé entre en vigueur à son tour. Le Conseil fédéral demandera une prolongation au Parlement dans un projet séparé²³¹, car il est en peu probable que le projet commenté ici puisse déjà entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2019 ou plus tôt.

4.3.2 **Commentaire du nouvel article**

La description des comportements punissables en rapport avec les organisations et groupements interdits, telle que fournie à l'art. 74 LRens, est identique à celle fournie à l'art. 2 de la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées et comprend le soutien, la participation, la propagande, le recrutement ou toute autre forme d'encouragement de leurs activités.

Il y a néanmoins deux différences de taille. Premièrement, l'art. 74 LRens ne fait pas état d'une compétence fédérale en matière de poursuite et de jugement des infractions. Il en découle en principe²³² une compétence cantonale en cas d'interdiction fondée sur cet article. Deuxièmement, la peine encourue est une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire, soit une peine inférieure à celle prévue dans la législation sur Al-Qaïda et l'Etat islamique (peine privative de liberté de cinq ans au plus).

Il semble approprié d'adapter l'art. 74 LRens sur ces deux points et de reprendre les règles fixées dans la législation sur Al-Qaïda et l'Etat islamique. Les autorités spécialisées de la Confédération ont acquis de l'expérience en matière de poursuite des formes complexes de criminalité, des organisations terroristes et de ceux qui les soutiennent et sont en mesure de mener les procédures pénales avec efficacité. La jurisprudence des années passées parvient aux mêmes conclusions. Sur le plan matériel et sur le plan des ressources, il paraît tout à fait sensé de ne pas laisser une multitude d'autorités intervenir dans la poursuite et le jugement d'organisations et de groupements terroristes ou relevant de l'extrémisme violent, comme ce pourrait être le cas si on en attribuait la compétence aux cantons. Il est plus judicieux de laisser la PJJ et le MPC se charger de la poursuite et le Tribunal pénal fédéral du jugement²³³, en concentrant leurs forces, comme ils l'ont fait avec succès dans l'application de la

²²⁹ Voir le condensé du message concernant la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées, FF 2014 8755, 8756.

²³⁰ RS 122.

²³¹ Voir le ch. 4.6.6.

²³² Dans les cas où aucune infraction relevant de la compétence des autorités fédérales (par ex. l'art. 260^{ter} CP sur les organisations criminelles) n'entre en jeu.

²³³ Art. 74, al. 7, AP-LRens, qui implique l'adaptation de l'obligation de communication figurant à l'al. 7 en vigueur.

loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées.

La peine encourue en cas d'infraction au sens de l'art. 74 LRens est une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire, sous réserve de dispositions pénales plus sévères. Le Parlement a fixé une peine inférieure à celle prévue dans la loi limitée dans le temps contre Al-Qaïda et l'Etat islamique (cinq ans au plus de peine privative de liberté). La peine plus élevée introduite à l'art. 74 AP-LRens se justifie d'autant plus que l'avant-projet prévoit un plafond de peine de 20 ans en cas d'infraction qualifiée commise en rapport avec une organisation criminelle ou terroriste et une peine maximale de dix ans pour l'infraction de base de soutien ou de participation à une organisation terroriste²³⁴. Elle correspond par ailleurs aux peines inscrites aux art. 260^{quinquies} CP et 260^{sexies} AP-CP.

Les infractions décrites à l'art. 74 LRens, reprises telles quelles dans l'avant-projet, sont diverses. Au lieu de prévoir une augmentation générale de la peine encourue, on introduit un échelonnement qui tient mieux compte de la gravité de ces infractions²³⁵. Quiconque participera à une organisation ou à un groupement interdit, lui fournira un soutien en personnel ou en matériel ou assurera le recrutement en sa faveur encourra une peine privative de liberté de cinq ans au plus (les comportements punissables pourront donc constituer des infractions préalables au blanchiment d'argent au sens de l'art. 305^{bis} CP, ce qui revêt une importance notamment pour la variante du soutien financier). Pour les autres activités de soutien ou l'organisation d'actions de propagande au sens de l'al. 4^{bis}, le maintien d'une peine de trois ans au plus comme dans la LRens acceptée par le peuple semble approprié et conforme aux principes du droit pénal fondé sur la faute. Pour limiter quelque peu les nombreux comportements soumis à une peine au sens de la disposition, le juge pourra demander qu'ils aient une certaine proximité avec les activités de l'organisation ou du groupement interdit²³⁶.

L'avant-projet donne au juge la possibilité, appropriée en comparaison avec d'autres dispositions pénales, de prononcer des peines sévères dans les cas particulièrement graves de soutien, de participation ou d'encouragement par d'autres moyens d'organisations ou de groupements interdits. La peine qu'il prononce pourra ainsi refléter la gravité de l'acte et répondre au besoin de sécurité de la population et de l'Etat.

L'avant-projet²³⁷ permet au juge d'atténuer la peine si l'auteur s'efforce d'empêcher la poursuite de l'activité de l'organisation ou du groupement, comme le prévoit la norme pénale contre les organisations criminelles.

L'art. 74, al. 6, LRens tel qu'accepté par le peuple pourra être abrogé. On pourra se passer de la précision, difficilement compréhensible car axée sur la confiscation des valeurs patrimoniales, selon laquelle les dispositions générales du CP sont applicables. L'art. 333 CP statue en effet que lesdites dispositions générales sont applicables aux infractions prévues par d'autres lois fédérales. Les autorités compétentes devront communiquer les jugements et autres décisions uniquement au SRC suite à la nouvelle compétence fédérale statuée²³⁸.

²³⁴ Voir le commentaire du ch. 4.1.

²³⁵ Art. 74, al. 4 et 4^{bis}, AP-LRens.

²³⁶ Voir l'arrêt du 22 février 2017 du Tribunal fédéral, 6B_948/2016.

²³⁷ Al. 4^{ter}.

²³⁸ Al. 7. Le MPC et fedpol obtiennent déjà les décisions.

De manière générale, il convient de compléter le préambule de la LRens par l'art. 123 Cst.²³⁹, qui établit la compétence fédérale en matière de droit civil et de procédure civile.

4.4 EIMP : adaptations ayant trait à l'« entraide dynamique »

4.4.1 Objectifs des adaptations

La coopération judiciaire internationale en matière pénale fait face au défi de la nécessité d'une prévention plus importante et plus efficace que dans le passé. Une telle prévention a pour objectif de permettre une action plus rapide, notamment afin d'éviter les importants dommages, spécialement en pertes de vies humaines et en destructions matérielles causés par les attentats terroristes.

Les dernières années ont engendré une criminalité dont les développements du terrorisme (toujours plus internationalisé) représentent l'une des facettes, ceci notamment en raison de la mondialisation et des interactions toujours plus rapides et croissantes entre Etats. Une « entraide dynamique » est la réponse la plus adéquate à cette problématique et est proposée dans les nouveaux art. 80d^{bis} AP-EIMP, régissant la transmission anticipée d'informations et de moyens de preuves, et 80d^{ter} AP-EIMP, instituant les équipes communes d'enquête.

En ce sens, il s'agit d'introduire deux dispositions en droit interne suisse pouvant être utilisées dans la coopération avec tous les Etats et permettant aux procureurs suisses et à leurs homologues étrangers de prévenir, en particulier, des attentats terroristes et d'accélérer leur coopération et d'améliorer les poursuites pénales. Cette réglementation dans l'EIMP permettra en particulier d'améliorer la lutte contre le terrorisme et toute forme de criminalité liée, telle que le crime organisé. En ce sens, une coopération rapide et efficace doit aussi se rapporter à toute infraction inhérente et antérieure à l'attentat ou aux attentats projetés. D'autre part, si la révision a pour principal objectif la lutte contre le terrorisme, elle doit aussi pouvoir renforcer la coopération judiciaire contre d'autres formes de grave criminalité, telles que notamment les crimes contre l'humanité, le blanchiment d'argent ou bien la corruption à large échelle, que ces actes soient liés ou non à des actes terroristes.

Les dispositions proposées visent à augmenter la rapidité d'action et à améliorer la coopération. En raison de leur contenu, elles sont applicables seulement si certaines conditions sont remplies. Ces dispositions répondent aux souhaits des autorités de poursuite pénale de se conformer aux exigences d'une collaboration internationale moderne et efficace²⁴⁰. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral reconnaît l'utilité des mesures d'entraide modernes. Celles-ci doivent demeurer secrètes pendant un certain temps pour ne pas bloquer ni menacer les enquêtes étrangères. Le Tribunal fédéral note qu'une base légale est nécessaire à l'adoption de ce type de mesures d'entraide.

²³⁹ RS 101.

²⁴⁰ Rapport de gestion, Rapport établi par le MPC sur ses activités au cours de l'année 2016 à l'intention de l'autorité de surveillance, p. 7.

4.4.2

Art. 80d^{bis} AP-EIMP : transmission anticipée d'informations et de moyens de preuve

4.4.2.1

Contexte

Le sens de la présente disposition est de permettre une prévention efficace dans des cas urgents et fondés (par ex. prise d'otages, attaque de centrale nucléaire ou d'aéroport, de barrage ou de gare). Elle comporte toutes les garanties assurant qu'elle ne soit utilisée de manière trop large.

L'art. 80d^{bis} AP-EIMP permet d'éviter des retards dans la poursuite d'actes criminels d'importance projetés et de sauver des vies, de sauvegarder la santé physique et psychique des cibles potentielles dans le cadre de la prévention visée par la Convention et de favoriser la coopération. En ce sens, le maintien de la confidentialité initié par la présente disposition permet d'assurer l'efficacité des enquêtes conduites notamment en matière de terrorisme, par exemple dans la lutte contre la radicalisation de personnes. Plus précisément, la présente norme a pour objectif d'empêcher une divulgation précoce de l'enquête pénale concernée, ceci en assurant un maintien de la confidentialité répondant aux besoins de l'enquête étrangère. La présente disposition tient compte des préoccupations et critiques de certains Etats (en particulier de common law) et de l'une des huit actions prioritaires adressées à la Suisse par le GAFI suite à son évaluation en 2016, recommandant aux autorités suisses de prendre les mesures nécessaires pour mieux assurer le maintien de la confidentialité des demandes d'entraide.

La présente disposition doit être utilisée dans un cadre limité, avant que ne soit prononcée la décision de clôture statuant sur l'octroi et l'étendue de l'entraide judiciaire. Elle contient plusieurs protections afin de garantir que la personne concernée ne subisse pas de dommage lié à son utilisation. L'art 80d^{bis} AP-EIMP se différencie de l'art. 67a EIMP concernant la transmission anticipée (autorisée dans l'art. 80d^{bis} AP-EIMP mais pas dans l'art. 67a EIMP), et concernant l'objectif poursuivi par les deux articles : l'art. 67a EIMP vise à transmettre des informations obtenues dans une enquête ouverte en Suisse pour aider un Etat étranger à présenter une demande d'entraide ou lui faciliter sa procédure d'enquête (caractère passif). La remise de moyens de preuve en application de l'art. 67a EIMP est subséquente à la transmission spontanée, alors que dans l'art. 80d^{bis} AP-EIMP la transmission a lieu avant que la personne concernée en ait connaissance, notamment pour prévenir un attentat (caractère actif). Enfin, le principe de la proportionnalité s'applique lorsque les mesures régies à l'art. 80d^{bis} AP-EIMP s'appliquent.

4.4.2.2

Commentaire de la nouvelle disposition

Art. 80d^{bis}, al. 1 :

L'intérêt de la procédure mentionné à l'art. 80d^{bis}, al. 1, let. a, vise principalement à préserver le secret de l'instruction. Cette hypothèse vise souvent la protection d'un intérêt juridique important, par exemple en cas de risque de collusion, dans le cadre d'une écoute téléphonique ou d'une surveillance électronique. La procédure pénale peut l'exiger à titre d'intérêt public, de même que pour assurer la sécurité intérieure ou extérieure soit de l'Etat étranger, soit de la Suisse, ou des deux Etats. L'art. 80d^{bis}, al. 1, let. b, prévoit un danger grave et imminent.

Les faits punissables auxquels l'art. 80d^{bis} AP-EIMP s'applique sont graves, dans la mesure où, selon l'art. 80d^{bis}, al. 1, AP-EIMP, ils peuvent donner lieu à extradition ; plus précisément, ils sont frappés d'une sanction privative de liberté d'un maximum d'au moins un an ou d'une sanction plus sévère²⁴¹.

L'art. 80d^{bis} AP-EIMP permet un accès immédiat et très rapide à l'information requise sans que la personne touchée n'ait encore pu faire valoir ses droits. C'est avant tout dans la prévention de telles infractions graves mais aussi dans leur répression qu'il s'agit d'intensifier la coopération. Plus précisément, en matière de prévention d'actes terroristes, la transmission selon l'art. 80d^{bis} AP-EIMP est souvent une *conditio sine qua non* pour empêcher la réalisation de l'acte concerné. L'art. 80d^{bis}, al. 1, let. a, s'inspire de l'art. 80b, al. 2, let. a, EIMP, et l'art. 80d^{bis}, al. 1, let. b, vise la prévention notamment d'un ou de plusieurs actes terroristes.

Art. 80d^{bis}, al. 2 :

Il importe, afin de favoriser une coopération la plus efficace possible, d'autoriser une transmission tant de manière spontanée que sur requête. Les systèmes juridiques sont différents entre Etats, et le système étranger est souvent peu connu de l'autre Etat (en particulier les spécificités du système suisse sont souvent peu connues de l'autorité étrangère concernée). L'efficacité de la coopération requiert d'en tenir compte en autorisant aussi les transmissions spontanées.

Art. 80d^{bis}, al. 3 et 4 :

L'art. 80d^{bis}, al. 4, AP-EIMP fixe les conditions dans lesquelles la transmission anticipée d'informations et de moyens de preuve est possible. Les let. a et b concernent les garanties fournies par l'Etat étranger. En ce sens, il existe une jurisprudence du Tribunal pénal fédéral dans des affaires dans lesquelles des informations récoltées en Suisse peuvent être utilisées par l'autorité étrangère uniquement à titre d'information et non comme moyens de preuve, tant que la décision qui clôt la procédure d'entraide n'est pas entrée en force²⁴². En d'autres termes, l'utilisation de ces données à titre probatoire est interdite jusqu'à ce qu'elle soit autorisée par l'entrée en vigueur de la décision de clôture précitée. Par contre, l'utilisation pour des mesures d'enquêtes est autorisée.

Il s'agit d'éviter tout usage abusif des informations transmises et de permettre à la personne touchée par la transmission de faire valoir ses droits en la matière dans le cadre de la procédure d'entraide judiciaire, ceci avant que la décision de clôture ne soit prononcée. Pour ce motif, l'art. 80d^{bis}, al. 4, let. b, AP-EIMP prévoit que l'information concernée soit portée dès que possible à la connaissance de la personne touchée. Afin d'éviter tout malentendu, l'art. 80d^{bis}, al. 4, let. b, AP-EIMP rappelle le principe mentionné à l'art. 80m EIMP selon lequel les décisions rendues dans une procédure d'entraide sont uniquement notifiées aux ayant droits domiciliés en Suisse ou ayant élu domicile dans notre pays. D'autre part, une autre précaution ancrée dans la présente disposition est l'engagement préalable de l'autorité requérante à laquelle les informations et moyens de preuve concernés sont remis de n'utiliser ces contenus qu'à titre d'information.

Ceci permet d'assurer d'une part que l'entraide ne soit pas contournée par la présente disposition. D'autre part, cela garantit également que la personne concernée,

²⁴¹ Art. 35, al. 1, let. a, EIMP.

²⁴² ATPF RR.2008.277 ;RR.2015.10 .

qui n'a pas encore pu s'opposer à la transmission anticipée selon l'art. 80d^{bis}, al. 3, puisse faire valoir ses droits avant la décision de clôture statuant sur l'octroi et l'étendue de l'entraide. Il convient de rendre attentif, à cet égard, au fait que l'autorité étrangère doit s'être préalablement engagée, selon l'art. 80d^{bis}, al. 3, let. b, AP-EIMP, à informer l'autorité fédérale ou cantonale compétente, lorsque la transmission anticipée peut être portée à la connaissance de l'ayant droit. En effet, les relations entre les Etats sont basées sur le principe de confiance²⁴³. Le droit d'être entendu de la personne concernée a pour seule limite le fait de se dérouler dès que l'autorité étrangère indique à l'autorité suisse qui a procédé à la transmission anticipée, selon l'art. 80d^{bis}, al. 4, let. b, que la procédure étrangère permet de porter la transmission anticipée à la connaissance de l'intéressé. En tous les cas, la personne concernée peut contester la transmission anticipée au plus tard par recours contre la décision de clôture.

L'art. 80d^{bis}, al. 4, let. c, AP-EIMP dispose que toute information ou pièce remise de manière anticipée est retirée du dossier étranger si l'entraide est refusée.

Art. 80d^{bis}, al. 5 :

L'art. 80d^{bis}, al. 5, AP-EIMP permet un contrôle de l'OFJ en sa qualité d'autorité de surveillance. Certes, la transmission d'informations et de moyens de preuve avant que ne soit prononcée la décision de clôture est de la compétence du procureur compétent. Un éventuel recours de l'OFJ ou de l'ayant droit peut uniquement être déposé contre la décision de clôture²⁴⁴ et afin de faire retirer du dossier de la procédure étrangère les actes ou moyens de preuve remis de manière anticipée (voir le commentaire de l'art. 80d^{bis}, al. 4, AP-EIMP). La présente disposition tient ainsi compte de l'obligation de célérité à laquelle les autorités suisses compétentes sont soumises et résulte d'une pesée optimale des intérêts en présence, comme dans les articles 20a, 78 et 79 EIMP qui excluent également le droit de recours. Dans la mesure où la décision de clôture peut être attaquée, il n'en résulte aucun préjudice pour la personne concernée.

4.4.3 Art. 80d^{ter} AP-EIMP : équipes communes d'enquête

4.4.3.1 Contexte

Le nouvel art. 80d^{ter} AP-EIMP a pour objectif une rapidité d'action commune augmentant en conséquence l'efficacité de la coopération. En matière de prévention et de lutte contre le terrorisme, ceci requiert la possibilité d'enquêter sur la dimension transfrontière des infractions souvent liées au crime organisé et avec la participation d'autres Etats dans lesquels existent des liens avec l'infraction concernée ou avec lesquels la coordination est utile à d'autres égards.

Le procureur suisse compétent pourra notamment transmettre de manière anticipée certaines informations dans des cas fondés tels que par exemple la prévention d'un attentat terroriste en préparation, le risque de collusion ou encore la traite d'enfants. A titre d'exemple dont s'inspire aussi l'art. 80d^{ter} EIMP peuvent être cités notamment l'art. 20 du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne

²⁴³ Voir notamment l'ATF **142** II 218, consid. 3.1, ou **130** II 217, consid. 7.1.

²⁴⁴ L'OFJ a en effet qualité pour recourir contre les décisions de l'autorité cantonale ou fédérale d'exécution (art. 80h, let. a, EIMP, en relation avec l'art. 80e EIMP).

d'entraide judiciaire en matière pénale²⁴⁵ et le traité consécutif aux attentats terroristes du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis²⁴⁶.

4.4.3.2 **Commentaire de la nouvelle disposition**

Art. 80d^{ter}, al. 1 à 4 :

A l'instar du nouvel art. 80d^{bis} AP-EIMP, le nouvel art. 80d^{ter} AP-EIMP représente lui aussi un instrument d'entraide judiciaire « dynamique » soumis à des conditions strictes d'application et requis par la complexité, la difficulté et le caractère transnational de l'affaire concernée ainsi que par la nécessité d'une intervention commune de plusieurs Etats (le plus souvent deux, mais parfois aussi trois, voire davantage d'Etats). À l'origine d'une équipe commune d'enquête (ci-après « ECE ») se trouvent toujours une ou plusieurs demandes d'entraide judiciaire en matière pénale, tel que le mentionne l'art. 80d^{ter}, al. 1, let. a, AP-EIMP, ainsi qu'une ou plusieurs enquêtes pénales, comme il ressort de l'article 80d^{ter}, al. 2. Un élément déterminant de l'ECE est sa durée limitée précisée à l'art. 80d^{ter}, al. 1, let. b, EIMP, laquelle certes peut, au besoin, être prolongée.

L'art. 80d^{ter} AP-EIMP se différencie de l'art. 65a EIMP régissant la présence de personnes qui participent à la procédure à l'étranger, notamment en ce sens que parmi les personnes concernées par cette dernière disposition se trouvent l'inculpé ou l'accusé et son mandataire qui peuvent intervenir en application de l'art. 65a EIMP mais ne sont pas présents ni représentés à l'art. 80d^{ter} AP-EIMP. Dans l'application de l'art. 80d^{ter}, ils interviennent plus tard dans la procédure. Les autorités concernées font avancer l'enquête pénale ensemble.

Art. 80d^{ter}, al. 3 à 8 :

L'art. 80d^{ter} AP-EIMP fixe un cadre précis dans lequel l'ECE est créée et fonctionne. Le plus souvent, elle intervient dans l'Etat dans lequel la partie principale de l'enquête s'effectue. L'arrangement dans lequel l'ECE est créée fixe son cadre. Certains points indiqués à l'art. 80d^{ter}, al. 5, AP-EIMP paraissent évidents. D'autres tendent à éviter certains malentendus, tels, à l'art. 80d^{ter}, al. 5, let. f, AP-EIMP les autres services pouvant être impliqués (par ex. l'Administration fédérale des contributions ou le procureur de liaison auprès d'Eurojust) qui interviennent pour fournir un appui, des connaissances spécialisées ou des conseils en faveur de l'ECE, mais ne sont, par principe, pas habilités à exercer les fonctions des membres ou membres détachés de l'ECE, ni à utiliser les informations obtenues par l'ECE.

La liste des points mentionnés à l'art. 80d^{ter}, al. 5, let. a à j. présente un contenu minimal de l'accord. Ce contenu peut encore être complété par l'autorité fédérale ou cantonale d'entraide concernée et inclure, par exemple, une réglementation relative à des conditions se rapportant à l'utilisation de leurs véhicules par ces personnes, voire à un éventuel port d'arme. L'art. 80d^{ter}, al. 8, AP-EIMP précise en conséquence le droit applicable. La clause relative à la responsabilité civile et pénale des

²⁴⁵ Cité dans les développements relatifs à l'art. 22 de la Convention.

²⁴⁶ Accord du 12 juillet 2006 entre le Département fédéral de justice et police et le Ministère de la Justice des Etats-Unis d'Amérique, agissant pour le compte des autorités compétentes de poursuite pénale de la Confédération suisse et des Etats-Unis d'Amérique concernant la constitution d'équipes communes d'enquête pour lutter contre le terrorisme et son financement ; RS 0.360.336.1.

responsables ainsi que des membres et des membres détachés de l'ECE est basée notamment sur les art. 21 et 22 du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, sur le « Manuel sur les équipes communes d'enquête » du Conseil de l'Union européenne du 4 novembre 2011, sur le Guide pratique sur les « Equipes communes d'enquête » du Conseil de l'Union européenne du 14 février 2017 et sur l'art. 4, al. 3 du Protocole additionnel du 28 janvier 2002 à l'Accord du 11 mai 1998 entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française relatif à la coopération transfrontalière en matière judiciaire, policière et douanière²⁴⁷.

4.5 Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme : modification des compétences du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS)

4.5.1 Renforcement des compétences du MROS

Dans la lutte contre le financement du terrorisme, les cellules de renseignements financiers (CRF) occupent un rôle important et central. Le législateur suisse adapte régulièrement les compétences du MROS afin de répondre aux différents défis auxquels ce dernier doit faire face et de se conformer aux normes internationales, dont les Recommandations du GAFI. C'est ainsi que lors de la modification de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) du 21 juin 2013²⁴⁸, le MROS s'est vu, dans le cadre de son mandat d'analyse des communications de soupçons, attribuer la compétence de s'adresser à des intermédiaires financiers qui n'ont pas communiqué de soupçon, comme requis par la recommandation 29 du GAFI. Les défis actuels, notamment en matière de lutte contre le financement du terrorisme, imposent désormais de revoir et d'étendre les compétences du MROS.

Entré en vigueur le 1^{er} novembre 2013, l'art. 11a LBA a permis de renforcer les capacités d'analyse du MROS. En effet, avant l'introduction de cette disposition, notamment de son al. 2, le MROS ne pouvait pas s'adresser à un intermédiaire financier qui n'avait pas communiqué de soupçon, même si son nom figurait dans une communication de soupçon d'un autre intermédiaire financier. Dans ses analyses, le MROS se limitait à informer les procureurs de l'existence de ces transactions ou des relations d'affaires détectées. Cette impossibilité de contacter des intermédiaires financiers tiers afin de clarifier certaines situations se traduisait par un taux élevé de transmission des communications aux autorités de poursuite pénale.

Comme le montrent les statistiques du MROS, le nombre de demandes que ce dernier adresse aux intermédiaires financiers qui n'ont pas communiqué en vertu de l'art. 11a, al. 2, LBA est en hausse constante. Quant au taux de transmission aux autorités de poursuite pénale, il a diminué depuis l'entrée en vigueur de cet article. Cela démontre l'utilité de cette disposition, qui contribue à clarifier différentes situations et évite ainsi de charger les autorités de poursuite pénale avec des communications de soupçon peu fondées.

²⁴⁷ RS 0. 360.349.11.

²⁴⁸ RO 2013 3493 ; FF 2012 6449.

Dans l'état actuel de l'art. 11a LBA, le MROS demande ainsi des informations supplémentaires seulement s'il a reçu une communication de soupçon dont l'analyse exige des approfondissements. Dans son message de 2012, le Conseil fédéral précise : « Le cercle des intermédiaires financiers tiers auxquels le bureau de communication peut s'adresser au sens de l'al. 2 est donc toujours en lien avec la communication de soupçon établie par un intermédiaire financier et les informations résultant de l'analyse de cette communication. »

L'art. 11a, al. 2, LBA ne permet pas de répondre efficacement aux défis actuels, notamment en matière de lutte contre le financement du terrorisme. L'exigence d'une communication de soupçons comme condition préalable à la demande d'information auprès d'un intermédiaire financier empêche le MROS d'utiliser toutes les informations disponibles, par exemple en cas de demande ou d'information spontanée en provenance d'un homologue étranger. Dans un tel cas, le MROS vérifie les informations dans sa base de données et, en cas de communication existante, approfondit son analyse, demande des informations aux intermédiaires financiers et, le cas échéant, informe l'autorité de poursuite pénale compétente. Le problème se pose lors d'une demande ou d'une information spontanée étrangère, sans que le MROS n'ait reçu une communication de soupçons de la part d'un intermédiaire suisse en lien avec ladite demande ou information spontanée. Dans une telle situation, le MROS est en possession d'une information importante, potentiellement sensible, voire dangereuse, pour la place financière suisse et sa réputation, mais qu'il ne peut transférer à une autorité de poursuite pénale sans l'autorisation préalable de l'homologue étranger²⁴⁹. Il s'ensuit que, sans une telle autorisation, l'information reste bloquée au MROS car ce dernier violerait aussi bien les normes du GAFI sur l'entraide administrative entre CRF²⁵⁰ que ses engagements au sein du Groupe Egmont s'il la transmettait à une autorité de poursuite en Suisse sans autorisation préalable. Or, s'agissant de renseignements échangés entre les CRF, l'autorisation étrangère de transmettre l'information à un procureur n'est pas toujours donnée. Par ailleurs, pour le procureur, il serait difficile d'ouvrir une instruction sur la seule base d'un numéro de compte et d'une information non corroborée par le MROS. Transférer systématiquement l'information à un procureur pourrait en outre mener à une situation contradictoire : le MROS servirait de filtre pour toutes les communications ou informations qui proviennent des intermédiaires financiers suisses, mais transmettrait aux autorités de poursuite pénale, sans effectuer de vérifications, les informations qui proviennent de l'étranger. A préciser que, la plupart du temps, les informations que le MROS reçoit proviennent aussi d'intermédiaires financiers, étrangers ceux-ci, qui ont communiqué des soupçons aux homologues du MROS. Cette différence de traitement n'a par conséquent pas lieu d'être.

²⁴⁹ Voir le message du 27 juin 2012 relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent, FF **2012** 6462.

²⁵⁰ Voir le ch. 3 de la note interprétative de la recommandation 40 du GAFI selon lequel « Les informations échangées devraient exclusivement être utilisées aux fins pour lesquelles elles ont été sollicitées ou fournies. Toute dissémination des informations à d'autres autorités ou à des tiers ou toute utilisation des informations à des fins administratives, judiciaires, d'enquête ou de poursuite dépassant celles initialement arrêtées devrait faire l'objet d'une autorisation préalable de la part de l'autorité compétente requise ».

4.5.1.1

Evaluation du GAFI concernant les compétences du MROS

En 2016, la Suisse a fait l'objet d'une évaluation par ses pairs au GAFI. Du point de vue de la conformité technique, la recommandation 29 du GAFI, relative aux CRF, est considérée par les évaluateurs comme entièrement remplie. Le rapport met toutefois en évidence l'absence de compétence du MROS de traiter les demandes étrangères de manière complète en s'adressant aux intermédiaires financiers sans communication de soupçon préalable. Le fait que le MROS puisse, sur la base des informations étrangères, s'adresser aux autorités de surveillance ou de poursuite pénale en Suisse pour que ces dernières prennent les mesures adéquates, n'est pas suffisant selon le GAFI. Pour les évaluateurs, cette manière de procéder ne garantit pas au MROS l'accès aux informations demandées par un homologue étranger. Les évaluateurs constatent une différence de traitement entre les informations reçues via les communications de soupçon au niveau national et celles obtenues grâce à l'entraide administrative avec les CRF étrangères. Une recommandation importante du GAFI, la recommandation 40, qui traite de la coopération internationale autre que judiciaire entre les différentes autorités, est ainsi évaluée comme partiellement conforme (donc insuffisante) pour la Suisse, en grande partie en raison des limites à la coopération du MROS.

Au-delà du manque de conformité technique avec la recommandation 40 du GAFI, l'impossibilité de s'adresser aux intermédiaires financiers sans communication de soupçon préexistante a également été considérée comme limitant l'efficacité de la coopération internationale accordée par le MROS. En raison du rôle de cette forme de coopération dans le contexte de la Suisse, en particulier compte tenu de l'importance de sa place financière, les évaluateurs ont considéré qu'il s'agissait en l'occurrence d'une défaillance notable et ont jugé que le niveau d'efficacité atteint par la Suisse au niveau de la coopération internationale n'était que modéré. Cette notation est également insuffisante.

Les évaluateurs ont expressément recommandé à la Suisse de lever les limites qui affectent l'étendue des échanges d'informations auxquels peut procéder le MROS. La correction de cette défaillance quant à la recommandation 40 concernant la coopération internationale du MROS fait partie des huit actions prioritaires demandées à la Suisse par les évaluateurs, ce qui démontre l'importance accordée à la coopération du MROS. Il convient par conséquent d'agir rapidement pour lever les limites légales empêchant ce dernier de coopérer efficacement avec ses homologues étrangers, en particulier dans la lutte contre le financement du terrorisme, mais également s'agissant de lutter contre d'autres formes de criminalité financière, comme le blanchiment d'argent.

4.5.1.2

Principes du Groupe Egmont

Le Conseil fédéral s'est déjà exprimé sur les interactions entre le GAFI et le Groupe Egmont²⁵¹. Ce dernier est un groupe opérationnel visant à faciliter l'échange d'informations entre les CRF des différents pays membres. Le MROS est membre du Groupe Egmont depuis 1998. Il utilise activement le canal sécurisé d'échange

²⁵¹ Voir le message du 27 juin 2012 relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent, FF 2012 6457.

d'informations mis en place par le Groupe Egmont. Rien qu'en 2016, les échanges d'informations avec les homologues étrangers ont concerné plus de 7000 sujets (personnes physiques ou morales). Ces échanges sont d'une importance cruciale pour les analyses du MROS, dont une majorité des communications de soupçon contiennent un élément d'extranéité. Cela s'explique par l'importance de la place financière suisse et son caractère international.

L'échange d'informations au Groupe Egmont se base sur les principes du GAFI en les concrétisant. Concernant les critères de la recommandation 40, les principes du Groupe Egmont précisent : *FIUs should be able to conduct queries on behalf of foreign FIUs, and exchange with these foreign FIUs all information that they would be able to obtain if such queries were carried out domestically*. Ce principe revient à dire que le MROS devrait traiter les informations étrangères de la même manière que les communications de soupçons reçues de la part des intermédiaires financiers au niveau national. Or, en vertu de l'art. 11a, al. 2, LBA, le MROS peut s'adresser à un intermédiaire financier sur la base d'une communication de soupçons d'un intermédiaire financier suisse mais pas sur la base d'une information étrangère. Il s'ensuit que les deux sources d'informations (nationale et internationale) ne sont pas traitées sur un pied d'égalité comme l'exigent les principes du Groupe Egmont. De la pratique du MROS, il ressort aussi que l'absence d'application de ce principe a un impact fort sur les échanges internationaux, puisqu'environ 60 % des demandes étrangères reçoivent une réponse négative de la part du bureau de communication.

4.5.1.3 **Bref aperçu de droit comparé**

La quatrième directive anti-blanchiment du Parlement et du Conseil de l'*Union européenne* du 20 mai 2015 (2015/849) prévoit à son art. 53, par. 2, que lorsqu'elles répondent à une demande étrangère, les CRF sont tenues d'avoir recours à tous les pouvoirs et compétences qu'elles auraient utilisés pour répondre à une demande nationale. L'on retrouve ici le principe du GAFI et du Groupe Egmont qui exige que les demandes étrangères et nationales soient traitées sur un pied d'égalité.

Différentes CRF semblables au MROS, c'est-à-dire de type administratif, sont compétentes pour s'adresser aux entités assujetties sans la condition préalable d'une communication de soupçons existante.

Ainsi, en *France*, l'art. L. 561-25²⁵² du Code monétaire et financier attribue à la CRF (Tracfin) la compétence de demander aux professions déclarantes tous les documents et pièces dont elle a besoin et dans les délais qu'elle fixe. Cette compétence appelée « droit de communication auprès des professionnels »²⁵³ est aussi expressément prévue par la disposition susmentionnée afin de répondre aux demandes des CRF étrangères.

La législation *italienne* prévoit les compétences de sa CRF (UIF) de manière plus générale. Ainsi, en vertu de l'art. 6, par. 6, let. c, du décret législatif 231/2007, l'UIF peut demander aux entités soumises à l'obligation de communiquer des soupçons toutes les informations et données nécessaires pour exercer ses fonctions. Cette

²⁵² Modifié par l'art. 5 de l'Ordonnance n° 2016-1635 du 1^{er} décembre 2016 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

²⁵³ A consulter à l'adresse <http://www.economie.gouv.fr/tracfin/pouvoirs-tracfin>.

disposition ne prévoit pas de conditions (comme l'existence d'une communication de soupçons préalable). Il s'ensuit que l'UIF peut l'utiliser tant pour les demandes fondées sur ses analyses que pour celles en provenance des homologues étrangers.

En *Belgique*, la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme prévoit à son art. 22, par. 2, que la CRF belge (CTIF) est chargée de recevoir et d'analyser les informations transmises notamment par les organismes étrangers remplissant des fonctions similaires aux siennes, dans le cadre d'une collaboration mutuelle. Dans ce cadre, en vertu de l'art. 33, par. 1, de la loi, la CTIF peut demander des informations complémentaires aux intermédiaires financiers si elle les juge utiles à l'accomplissement de sa mission. Or la coopération internationale fait partie intégrante de ses fonctions selon l'art. 22, par. 2. Les informations transmises par une CRF étrangère sont d'office traitées comme une déclaration de soupçons, attribuant par conséquent à la CTIF tous les pouvoirs nécessaires dont elle dispose pour effectuer son analyse.

Le *Liechtenstein* attribue aussi une compétence générale à sa CRF (Stabstelle FIU). En vertu de l'art. 5a, al. 1, let. b, de la loi du 14 mars 2002 sur la cellule de renseignements financiers, la Stabstelle FIU peut demander des informations selon l'art. 19a, al. 1, de la loi du 11 décembre 2008 sur les obligations de diligence. Cette dernière précise que les informations sont utilisées notamment à des fins d'analyse, qui est l'un des principaux domaines d'activité de la Stabstelle FIU. L'origine interne ou internationale des informations utilisées pour les analyses ne joue pas de rôle. L'existence d'une communication de soupçons n'est pas une condition préalable pour demander les informations nécessaires aux analyses de la Stabstelle FIU.

4.5.1.4 Nouvel al. 2^{bis} à l'art. 11a LBA

Les réponses négatives que le MROS est obligé de donner à ses homologues étrangers concernent tant le financement du terrorisme que le blanchiment d'argent et ses infractions préalables. L'utilisation de ces informations est importante pour éviter que la place financière suisse soit utilisée pour placer des fonds d'origine criminelle. Dans les cas de financement du terrorisme, ces informations pourraient concerner la sécurité nationale et internationale. Au vu de ce qui précède, il faut intervenir avec la présente modification afin d'attribuer au MROS la compétence de s'adresser aux intermédiaires financiers aussi sur la base d'une demande ou d'une information spontanée d'un homologue étranger. Cette compétence est en effet nécessaire pour que le MROS puisse exercer ses fonctions de manière optimale et contribuer ainsi efficacement à la lutte internationale contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

La nouvelle disposition doit être placée dans la section 3 « Remise d'informations » de la LBA. Il s'agit d'un sujet semblable à celui de l'art. 11a, al. 2, à savoir une demande d'informations adressée par le MROS à un intermédiaire financier qui n'a pas effectué de communication de soupçons préalable en lien avec la demande du MROS. La base utilisée par le MROS pour s'adresser à un intermédiaire financier est toutefois différente puisqu'il est question ici d'une information étrangère, par exemple une demande d'entraide administrative d'un homologue, et non pas d'une communication de soupçons d'un intermédiaire financier suisse. Vu cette différence de point de départ, mais aussi par souci de clarté du texte de l'art. 11a LBA, il faut

opter pour la création d'un nouvel alinéa plutôt que pour la modification de l'al. 2. Il est donc proposé d'introduire un al. 2^{bis} à l'art. 11a LBA, qui étend les compétences du MROS en autorisant ce dernier à s'adresser aux intermédiaires financiers sur la base d'une information étrangère. Le MROS traitera ainsi de la même manière une information en provenance d'un intermédiaire financier suisse et celle en provenance d'un homologue étranger. Il pourra ainsi s'adapter aux défis actuels en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, ainsi qu'aux exigences internationales en la matière.

Un complément devra être ajouté à l'art. 11a, al. 3, concernant le délai fixé par le MROS pour la livraison des documents. Il s'agira d'ajouter le nouvel al. 2^{bis} à l'al. 3 de l'art. 11a LBA.

4.5.1.5 **Commentaire de l'art. 11a, al. 2^{bis}, LBA**

Cette nouvelle disposition complète les compétences du MROS en matière d'entraide administrative internationale. Elle se réfère aux demandes d'information étrangères que le MROS traite en vertu des art. 30 à 32 LBA.

Le nouvel art. 11a, al. 2^{bis}, se réfère tout d'abord à une *analyse* du MROS. Il ne s'agit pas ici de l'analyse d'une communication de soupçons d'un intermédiaire financier. Ce cas est déjà réglé par l'art. 11a, al. 1, s'agissant d'un complément d'informations lors du traitement d'une communication de soupçons. Il est plutôt question de situations dans lesquelles le MROS reçoit une requête étrangère sans qu'aucune communication de soupçons de la part d'un intermédiaire financier en Suisse ne lui soit parvenue. Dans un tel cas, l'analyse consiste tout d'abord à vérifier les noms et à les enregistrer dans le système informatique prévu à l'art. 23, al. 3, LBA. Le MROS vérifie ensuite dans toutes les bases de données disponibles si les personnes physiques ou morales concernées par la demande de l'homologue étranger sont connues par les autres autorités en Suisse. A la fin de ces recherches et vérifications, la dernière étape de l'analyse du MROS consiste à évaluer les informations disponibles et à préparer le rapport de réponse pour son homologue étranger. C'est de cette analyse dont il est question à l'art. 11a, al. 2^{bis}, LBA.

Cette disposition se réfère ensuite aux *informations en provenance d'un homologue étranger*. Les informations des homologues étrangers sont de deux sortes : les demandes d'informations et les informations spontanées. Les demandes d'informations des CRF étrangères peuvent avoir différents points de départ. Cette variété est due à la diversité des systèmes de communication²⁵⁴ et, par conséquent, aux compétences des CRF. Ces demandes peuvent ainsi trouver leur source notamment dans les communications de soupçons des intermédiaires financiers dans le pays en question ou dans les analyses effectuées par la CRF étrangère sur la base des informations qu'elle reçoit au niveau national ou international. Les homologues étrangers peuvent demander des informations de nature criminelle ou transactionnelle. Quant aux informations spontanées, elles se distinguent des précédentes dans le sens que la CRF étrangère ne demande pas de réponse. Elle se limite à fournir au MROS une

²⁵⁴ Le système suisse de communication qui s'appuie sur une analyse des soupçons diffère de la plupart des systèmes de communication étrangers, qui s'appuient majoritairement sur les transactions suspectes (STR, « suspicious transaction report »), voire sur de simples montants limites fixés pour les transactions (CTR, « currency transaction report »), ou encore sur les transactions inusuelles (UTR, « unusual transaction reports »).

information (dont l'origine est la même que les demandes d'informations susmentionnées) en lien avec la Suisse. Le MROS analyse de la même manière les deux sortes d'informations. En vertu du nouvel art. 11a, al. 2^{bis}, les recherches du MROS dans le cadre de ces informations ne se limiteront plus aux bases de données ou à l'entraide administrative avec d'autres autorités suisses pour analyser et répondre aux demandes étrangères. Désormais, le MROS pourra aussi demander des informations aux intermédiaires financiers.

Le MROS s'adresse directement à l'intermédiaire financier avec une demande de renseignements. Les informations obtenues sont utilisées seulement dans le cadre des analyses se référant au blanchiment d'argent, à ses infractions préalables et au financement du terrorisme. Cette demande de renseignements n'est pas une ordonnance de production des pièces régie par les dispositions du CPP. En effet, le MROS n'est pas une autorité pénale au sens dudit code. En outre, cette demande ne doit pas provoquer une communication de soupçons automatique au MROS. Comme le Conseil fédéral l'a précisé²⁵⁵, l'intermédiaire financier qui reçoit une telle demande doit y répondre. Il ne peut toutefois pas ignorer le fait qu'il s'agit d'une demande d'une autorité basée sur des soupçons de blanchiment ou de financement du terrorisme. L'intermédiaire financier doit donc effectuer des clarifications supplémentaires et, en cas de soupçons, communiquer le cas au MROS.

L'échange d'informations est réglé par les art. 30 ss LBA. Pour accéder aux demandes étrangères, le MROS vérifie tout d'abord les conditions de l'art. 30 LBA. Il s'agit notamment de l'application du principe de spécialité, de la réciprocité et du respect du secret de fonction. Les demandes des homologues étrangers doivent ensuite répondre aux exigences de l'art. 31 LBA. Ainsi, le MROS n'acceptera pas d'entrer en matière pour les demandes qui ne présentent manifestement pas de lien avec la Suisse (*fishing expeditions*). Il ne répondra pas non plus aux requêtes qui visent à contourner la voie de l'entraide internationale en matière pénale. Enfin, il ne fournira pas de réponse dans les cas où les intérêts nationaux ou la sécurité et l'ordre public suisse pourraient être compromis. Le MROS transmet des informations seulement sous forme de rapport (*intelligence*) et non des moyens de preuve.

L'intermédiaire financier requis mettra à disposition du MROS les informations dont il dispose. Comme le Conseil fédéral l'a précisé²⁵⁶, dans le cadre de l'art. 11a LBA, « Sont considérées comme disponibles toutes les informations qui sont en possession des entités d'une entreprise ou qui peuvent être acquises, pour autant que ces entités relèvent de la juridiction suisse. »

Selon l'art. 11a, al. 3, les intermédiaires financiers répondent aux demandes du MROS dans les délais fixés par ce dernier. Ces délais seront désormais fixés par le bureau de communication aussi pour les demandes en vertu de l'art. 11a, al. 2^{bis}, LBA.

²⁵⁵ Voir le message du 27 juin 2012 relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent, FF **2012** 6481.

²⁵⁶ Voir le message du 27 juin 2012 relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent, FF **2012** 6481.

4.5.2 Obligation des négociants de communiquer les soupçons de financement du terrorisme

4.5.2.1 Complément des modifications de la LBA concernant les négociants

Lors de la modification de la LBA du 12 décembre 2014²⁵⁷, des dispositions ont été introduites pour les personnes physiques ou morales qui, à titre professionnel, négocient des biens et reçoivent des espèces en paiement de plus de 100 000 francs (« négociants » au sens de l'art. 2, al. 1, let. b, LBA). Dans de tels cas, les négociants doivent se conformer aux obligations de diligence prévues à l'art. 8a LBA, comme identifier le client et l'ayant droit économique ou encore clarifier l'arrière-plan et le but de l'opération de négoce dans certaines circonstances. Ces obligations sont applicables même si le paiement en espèces est intervenu en plusieurs tranches. Elles ne le sont pas par contre si le paiement se fait par le biais d'un intermédiaire financier.

En vertu de l'art. 9, al. 1^{bis}, LBA, si, à la fin de ces clarifications, le négociant a des soupçons fondés que les espèces utilisées proviennent d'une organisation criminelle ou sont le produit du blanchiment d'argent, qu'elles proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié, ou encore qu'elles sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle, il a l'obligation d'informer immédiatement le MROS. Comme les évaluateurs du GAFI l'ont relevé, cette obligation ne s'étend toutefois pas aux cas où le négociant soupçonne un lien avec le financement du terrorisme. Dans un tel cas, le négociant doit actuellement s'adresser à la police. Les informations ne vont donc pas directement au MROS, qui pourrait les vérifier et les compléter, notamment en échangeant des informations avec ses homologues étrangers. Les soupçons de financement du terrorisme fondent déjà une obligation de communiquer pour les intermédiaires financiers (art. 9, al. 1, let. a, ch. 4, LBA). Il y a donc un manque de cohérence entre l'al. 1 et l'al. 1^{bis} de l'art. 9 LBA. Cette différenciation entre les soupçons de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme pour les négociants n'est pas justifiée et doit être supprimée. L'art. 9, al. 1^{bis}, doit par conséquent être complété par une nouvelle let. d faisant référence au financement du terrorisme. D'autres dispositions en lien avec les négociants, comme l'art. 8a et l'art. 15 LBA, doivent être complétées pour refléter cette modification.

4.5.2.2 Commentaire des nouvelles dispositions

La nouvelle let. d de l'art. 9, al. 1^{bis}, LBA introduit l'obligation pour les négociants d'annoncer immédiatement au MROS les soupçons fondés de financement du terrorisme. Cette nouvelle lettre reprend le texte même de l'art. 9, al. 1, let. a, ch. 4, LBA relatif à l'obligation d'annonce du financement du terrorisme prévue pour les intermédiaires financiers.

Cette nouvelle obligation d'annonce des négociants ne vaut que pour les transactions en espèces de plus de 100 000 francs conformément à l'art. 8a LBA. Il s'ensuit que cette dernière disposition doit aussi être adaptée par l'ajout du financement du terrorisme à son al. 2, let. b.

²⁵⁷ RO 2015 1389 ; FF 2014 585.

L'obligation de communiquer des négociants doit aussi se répercuter sur leurs organes de révision. Si ces derniers constatent qu'un négociant n'a pas rempli son devoir de communiquer prévu au nouvel art. 9, al. 1^{bis}, let. d, ils doivent en informer immédiatement le MROS. Pour cette raison, l'art. 15, al. 5, LBA doit être complété d'une nouvelle let. d qui vise ces situations.

4.6 Autres questions étudiées et autres adaptations

4.6.1 Concours d'infractions

Selon les situations, les champs d'application des nouvelles dispositions pourront se recouper. Les autorités de poursuite pénale et les tribunaux auront donc pour tâche de déterminer les dispositions pénales applicables dans le cas concret.

Lorsqu'il faudra déterminer les relations entre les dispositions pénales, il faudra notamment avoir à l'esprit que pour interdire une organisation en application de l'art. 74 AP-LRens, il faut que celle-ci menace concrètement la sûreté intérieure ou extérieure. Si l'on constate une telle menace et que le Conseil fédéral prononce une interdiction après avoir consulté les commissions parlementaires compétentes, il y a de fortes indications que l'art. 74 AP-LRens sera applicable aux infractions commises, sous réserve de dispositions pénales plus sévères. Notons à cet égard que l'application de cet article ne se limite pas aux organisations qui remplissent les exigences de l'art. 260^{ter} AP-CP au niveau des structures et du degré d'organisation. Vu la menace qui émane des organisations et groupements au sens de l'art. 74 AP-LRens, vu aussi la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y a néanmoins lieu de croire que les organisations interdites en vertu de la LRens rempliront fréquemment les exigences fixées à l'art. 260^{ter} AP-CP, auquel cas cet article primera en tant que disposition pénale plus sévère.

Le nouvel article du code pénal relatif au recrutement, à l'entraînement et au voyage en vue d'un acte terroriste²⁵⁸ sanctionne quiconque joue un rôle actif ou passif en matière d'entraînement, recrute (activement) des personnes, entreprend un voyage en vue d'un acte terroriste ou soutient un tel voyage. Malgré sa conception et sa formulation spécifiques, il ne prime pas forcément les dispositions plus générales sur la participation et le soutien à une organisation criminelle, et ce d'autant moins que la nouvelle disposition relative aux organisations terroristes prévoira une peine plus élevée. Pour que l'art. 260^{sexies} soit applicable, il n'est pas forcément nécessaire que l'infraction commise présente un lien avec une quelconque organisation ; il peut très bien s'agir d'auteurs isolés. Si le recrutement, l'entraînement ou le voyage en vue d'un acte terroriste ne représente qu'une partie du soutien ou de la participation à une organisation et que l'application d'une seule disposition ne suffit pas à couvrir toute l'illicéité de l'acte, il y a concours idéal entre les deux dispositions pénales (c'est-à-dire entre l'art. 260^{sexies} et l'art. 260^{ter} AP-CP ou l'art. 74 AP-LRens).

4.6.2 Art. 260^{quinquies} CP : financement du terrorisme

La Convention et son Protocole additionnel n'ont aucun impact direct sur l'art. 260^{quinquies} CP, qui réprime le financement du terrorisme. Le présent projet est

²⁵⁸ Art. 260^{sexies} AP-CP.

néanmoins l'occasion de l'examiner brièvement. Avant toute chose, il sied de souligner ici que l'examen de l'art. 260^{quinquies} CP par le GAFI n'a pas révélé de lacunes. De plus, même si aucune condamnation pénale n'a été prononcée en application de cette disposition, il n'en demeure pas moins qu'elle joue un rôle important dans le contexte de l'entraide judiciaire en matière pénale – qui soumet la mise en œuvre de mesures de contrainte à l'exigence de la double incrimination²⁵⁹ – et qu'elle fait partie des infractions figurant à l'art. 9 de la loi fédérale concernant le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, relatif à l'obligation de dénoncer des intermédiaires financiers²⁶⁰. Enfin, les critiques dont l'art. 260^{quinquies} CP fait l'objet n'imposent pas de révision. En effet, si la plupart des auteurs sont d'accord pour dire que les al. 1 et 2 de l'art. 260^{quinquies} excluent uniquement le dol éventuel, et pas en plus le dol direct de second degré, certains d'entre eux se demandant si cette exclusion est justifiée, notamment au regard d'autres infractions réprimant la création d'une situation à risque²⁶¹. Or, sur ce point, les arguments invoqués par le Conseil fédéral en 2002 gardent toute leur validité : l'infraction de financement du terrorisme étend le champ d'application du code pénal à un comportement situé en amont d'une infraction, de sorte qu'il faut poser des exigences plus strictes en ce qui concerne l'élément subjectif de l'infraction²⁶². Quant aux al. 3 et 4, ils ne sont pas franchement contestés sur le fond. Certains auteurs estiment tout au plus qu'ils ne sont pas indispensables, car ils sont couverts par les dispositions générales sur les motifs justificatifs²⁶³. Par ailleurs, en niant l'admissibilité du caractère politique d'un acte en cas de recours à des actes de violence graves, le Tribunal fédéral a précisé que l'al. 3 ne pouvait s'appliquer qu'à des conditions exceptionnelles²⁶⁴ et, du même coup, confirmé qu'il n'entraîne pas en conflit avec les obligations internationales de la Suisse, notamment celles découlant de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme. Comme rappelé plus haut, le GAFI n'a à juste titre relevé aucune insuffisance de l'art. 260^{quinquies} CP sur ce point.

4.6.3 Norme pénale contre le terrorisme

Il n'existe pas en droit pénal suisse de norme générale contre le terrorisme. Ses dispositions n'en englobent pas moins tous les actes à motivation terroriste, tous sanctionnés par de lourdes peines. En dehors des dispositions concernant les infractions communes²⁶⁵, qui couvrent le terrorisme en tant qu'infraction principale (pouvant justifier jusqu'à une peine privative de liberté prononcée à vie) et la participa-

²⁵⁹ Art. 64 EIMP.

²⁶⁰ RS 955.0.

²⁶¹ Sur l'ensemble de cette problématique, voir en particulier Fiolka, in : Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafrecht II, Bâle 2013, n° 21 ad art. 260^{quinquies} CP et les références citées ; Jositsch, Terrorismus oder Freiheitskampf?, ZStrR 2005, p. 462.

²⁶² Message du Conseil fédéral du 26 juin relatif aux Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme et pour la répression des attentats terroristes à l'explosif ainsi que la modification du code pénal et à l'adaptation d'autres lois fédérales (FF 2002 5014, 5066).

²⁶³ Voir notamment Perrin/Gafner, Le droit de la lutte anti-terroriste, in : Rapports suisses présentés au XIXe Congrès international de droit comparé, Zurich 2014, p. 359.

²⁶⁴ ATF 131 II 235, consid. 3.3.

²⁶⁵ Par ex. les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, les infractions contre la liberté, les infractions créant un danger collectif, les infractions contre la paix publique et les dispositions du droit pénal accessoire.

tion à des actes terroristes, il sanctionne aussi les actes préparatoires²⁶⁶, la participation et le soutien à des organisations terroristes et le financement d'actes terroristes.

Il n'est pas un cas où l'on a pu constater des lacunes juridiques dans la lutte contre le terrorisme, ni au niveau de la poursuite pénale (mesures de contrainte comprises) ou de l'entraide judiciaire internationale, ni dans la jurisprudence. Le droit pénal suisse a toujours constitué une base appropriée pour l'activité des autorités compétentes. Il ne semble donc nullement nécessaire d'instaurer une norme pénale générale contre le terrorisme, qui s'appliquerait en dehors de tout lien avec une organisation.

Les avantages d'une telle norme, d'ailleurs proposée dans le cadre de la mise en œuvre des Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme et des attentats terroristes à l'explosif²⁶⁷ et refusée par le Parlement en 2002, sont avant tout symboliques. Son adoption permettrait au législateur de poser un acte (supplémentaire) contre cette forme de criminalité et de réaffirmer sa détermination à lutter contre le terrorisme.

Plus que cet aspect, ce sont les implications pratiques qui semblent importantes. Contrairement aux infractions préalables proposées dans le projet, une norme pénale générale contre le terrorisme ne rendrait pas punissables des comportements jusqu'ici jugés non répréhensibles ou dont la punissabilité n'est pas manifeste. Une telle norme aurait pour effet d'accroître la pression s'agissant d'infractions déjà punissables, par exemple des atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle d'un nombre important de personnes. Elle serait aussi source de redondances dans l'arsenal législatif.

La punissabilité en vertu de la nouvelle norme coexisterait avec la punissabilité des infractions communes au sens du code pénal et du droit pénal accessoire, de la participation à une organisation, d'une infraction à la législation sur Al-Qaïda et l'Etat islamique ou d'une infraction au sens de l'art. 74 LRens. Lorsque plusieurs dispositions pénales sont applicables à un même acte ou à un nombre limité de comportements, les autorités de poursuite pénale et les tribunaux doivent se référer aux règles relatives au concours d'infractions, comparer les normes et prononcer le verdict en conséquence. Mais en l'occurrence, le concours d'infractions n'entraînerait pas de peines plus élevées ni ne simplifierait l'application du droit. Qu'il existe une norme pénale générale sur le terrorisme ou non, la peine prononcée doit refléter la gravité de l'atteinte à un bien juridique, l'illicéité de l'acte et, selon la capacité de discernement de l'auteur et par conséquent sa faute, les motivations et les objectifs de ce dernier.

Une telle norme ne protégerait pas davantage la population contre les crimes terroristes. Elle n'améliorerait sans doute pas non plus la coopération internationale ni l'entraide judiciaire. Il est bien plus important, comme le propose l'avant-projet, de rendre punissables les actes commis en amont d'un acte terroriste et de fournir des instruments spécifiques aux autorités de poursuite pénale afin de leur permettre d'intervenir à un stade précoce et de mener à bien les procédures. Tous ces éléments parlent en défaveur d'une norme pénale générale contre le terrorisme.

²⁶⁶ Art. 260^{bis} CP.

²⁶⁷ RS 0.353.22 et 0.353.21.

4.6.4

Norme pénale contre la justification ou l'apologie du terrorisme

Ni la Convention ni le Protocole additionnel n'obligent les Etats parties à sanctionner la justification ou l'apologie du terrorisme. Ces traités ne leur attribuent pas d'ailleurs la mission d'examiner le bien-fondé de l'adoption de telles normes. Ils sont toutefois libres d'en adopter, ce qu'ont fait la France et l'Italie.

En *France*, suite à une réforme du code pénal du 14 novembre 2014, l'apologie du terrorisme est sévèrement punie. Conformément à l'art. 421-2-5 du code pénal, le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsque les faits ont été commis en utilisant un service de communication au public en ligne. En *Italie*, l'apologie du terrorisme est traitée de la même manière que l'instigation. Elle est donc réprimée par l'art. 414 CP, qui réprime justement les actes d'instigation et expose son auteur à une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à sept ans et demi.

L'*Allemagne* a adopté une disposition pénale punissant quiconque approuve ou justifie le régime nazi ou encore en fait l'apologie²⁶⁸. Cette disposition forge l'identité du pays et se veut réhabilitatrice suite aux horreurs commises par ce régime. En *Belgique*, la tendance générale est de préserver le plus largement possible la liberté d'expression. Ainsi, l'apologie du terrorisme n'est pas punissable. En revanche, l'incitation à commettre des actes terroristes ou à entreprendre un voyage à des fins terroristes est réprimée par l'art. 140^{bis} CP.

Les normes pénales contre la justification ou l'apologie du terrorisme entraînent de fortes restrictions de la liberté d'expression. Elles sont souvent adoptées suite à des événements tragiques et brutaux. La description des actes répréhensibles y est presque forcément vague. Il se pose régulièrement des questions particulièrement difficiles à résoudre de délimitation entre les actes légaux et les actes punissables. L'apologie ne doit-elle être punissable que si elle contribue directement et de manière prouvée à provoquer un acte de violence ou suffit-il qu'elle vienne rompre le sentiment commun d'injustice face à un certain comportement et la compassion à l'égard des victimes ?

Il y a lieu de renoncer à mettre en place une disposition pénale réprimant la justification ou l'apologie d'actes terroristes ou d'autres infractions graves en général. Le droit en vigueur sanctionne déjà la provocation à la violence, l'instigation à une infraction, les actes préparatoires à certaines infractions et le soutien (au sens large²⁶⁹) à une organisation criminelle (terroriste). La loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées et la LRens révisée²⁷⁰ punissent le soutien aux organisations et groupements interdits et l'organisation d'actions de propagande en leur faveur. Il n'est nécessaire, ni dans les faits ni sur le plan juridique, d'adopter des normes pénales plus poussées pour réprimer des propos qui ne sont pas de nature à susciter un acte terroriste.

²⁶⁸ §130, al. 4, du code pénal allemand.

²⁶⁹ Voir le ch. 4.1.2.4.

²⁷⁰ Après son entrée en vigueur et sur décision du Conseil fédéral conformément à l'art. 74 ; voir le ch. 4.3.

De tels propos, qui vont à l'encontre du ressenti général quant à la gravité d'un acte et quant à la compassion qu'il y a à avoir vis-à-vis des victimes, sont sans aucun doute déplacés et inacceptables. Il y a toutefois lieu de les combattre en priorité avec d'autres moyens que ceux du droit pénal. Le travail de prévention mené avec les jeunes et les adultes qui risquent de se radicaliser, la sensibilisation et la diffusion de versions contradictoires dûment étayées peuvent être des moyens efficaces d'éviter que de tels propos glorifiant la violence ne se répandent davantage, et de minimiser l'impact sur la population.

Un autre aspect, préventif cette fois, invite à renoncer à une disposition pénale contre l'apologie de la violence terroriste. Les premières expériences réunies à l'étranger quant à l'application à large échelle de normes pénales contre de tels propos, qui impliquent en général le prononcé de peines privatives de liberté de courte à moyenne durée, témoignent du risque au moins latent que la criminalisation de ces propos renforce les personnes désorientées, souvent jeunes, dans leurs convictions et fasse mûrir le germe de la radicalisation et du fanatisme. Ce risque exige qu'on recoure à des instruments autres que ceux de la législation et de la procédure pénale²⁷¹.

4.6.5 Autres adaptations

Les modifications du code pénal (art. 260^{ter} et 260^{sexies}) et de l'art. 74 LRens proposées exigent qu'on complète les listes d'infractions et qu'on adapte d'autres dispositions sur le plan rédactionnel. Il faut notamment modifier les règles du code pénal sur la protection des sources²⁷² pour qu'on ne puisse pas refuser de témoigner dans un cas au sens du nouvel art. 260^{sexies} CP²⁷³. L'art. 66a, al. 1, AP-CP prévoit en outre l'expulsion obligatoire de Suisse en cas d'infraction au sens de l'art. 260^{sexies} CP ou de l'art. 74 AP-LRens²⁷⁴.

On fait à l'art. 72 CP les modifications rédactionnelles nécessaires concernant la confiscation de valeurs patrimoniales d'une organisation criminelle ou terroriste. On complète par ailleurs les listes d'infractions du CPP concernant la juridiction fédérale (art. 24, al. 1), la protection des sources des professionnels des médias (art. 172, al. 2) et les mesures de surveillance secrètes (art. 269, al. 2, et 286, al. 2), pour tenir compte des modifications du code pénal et de la LRens.

L'art. 27a CPM²⁷⁵ est le pendant de l'art. 28a CP en matière de protection des sources. Tout comme cela a été fait pour cette dernière disposition, il faut ajouter dans le catalogue des infractions justifiant une dérogation à la protection des sources

²⁷¹ Le plan d'action national contre la radicalisation et l'extrémisme violent que le délégué du Réseau national de sécurité élaborera d'ici le deuxième semestre 2017 en collaboration avec la Confédération, les cantons, les villes et les communes revêt une grande importance à cet égard. Les comités de la CCDJP, de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) et de la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP) ont approuvé ce mandat. Le projet bénéficie également du soutien de la Délégation du Conseil fédéral pour la sécurité.

²⁷² Art. 28a, al. 2, let. b, CP.

²⁷³ On renoncera par contre à inscrire les infractions à l'art. 74 AP-LRens au rang des exceptions à la protection des sources statuées à l'art. 28a, al. 2, let. b, CP, car il y a une certaine réticence à inscrire de nouvelles exceptions dans la loi.

²⁷⁴ Bien que l'infraction statuée à l'art. 74, al. 4^{bis}, AP-LRens soit un délit (art. 10, al. 3, CP).
²⁷⁵ RS 321.0.

le nouvel art. 260^{sexies} AP-CP. Il faut également profiter du présent projet pour y ajouter l'art. 260^{quinquies} CP, qui est absent de l'art. 27a, al. 2, let. b, CPM. En effet, dans le cadre de la mise en œuvre des Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme²⁷⁶, le législateur a intégré l'art. 260^{quinquies} CP dans la liste de l'art. 28a, al. 2, let. b, CP, mais a oublié de faire la même chose dans l'art. 27a, al. 2, let. b, CPM. Cet oubli doit être réparé. On procède également aux adaptations nécessaires à l'art. 52 CPM, qui règle la confiscation des valeurs patrimoniales d'une organisation criminelle ou terroriste.

Outre les adaptations matérielles déjà évoquées²⁷⁷, il faut faire les adaptations rédactionnelles résultant de la modification de l'art. 260^{ter} CP²⁷⁸ dans la LBA.

4.6.6 Durée de validité de la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées

La loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées²⁷⁹, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015, est limitée dans le temps²⁸⁰. Elle sera en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018. Or la nouvelle LRens telle qu'acceptée par le peuple devrait entrer en vigueur avant cette date, comme exposé au ch. 4.3. Dès ce moment, le Conseil fédéral pourra émettre des décisions d'interdiction de groupements et d'organisations en se fondant sur l'art. 74 LRens et engager les suites pénales qui s'imposent pour participation, soutien, recrutement, propagande ou encouragement d'un autre type. Cependant, l'art. 74 LRens ne prévoit pas de compétence fédérale en matière de poursuite pénale et fixe une peine inférieure à celle inscrite dans la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées. Il peut en résulter l'absence de compétence fédérale et une peine de trois ans au lieu de cinq dans les procédures pénales ouvertes après 2018.

Les actes considérés demeureront punissables et il n'y aura pas de lacune sur le plan légal, mais cette phase au cours de laquelle les compétences et la peine encourue seraient autres donnerait un mauvais signal qu'il y a lieu d'éviter dans un contexte sécuritaire et sociétal tendu. Un changement de compétences serait de plus synonyme d'inefficacité.

Il est donc prévu que le Conseil fédéral demande la prolongation de la législation sur Al-Qaïda et l'Etat islamique dans un projet législatif distinct qu'il soumettra au Parlement dans les délais qui s'imposent. Il faudra coordonner cette prolongation avec l'entrée en vigueur de l'art. 74 LRens révisé²⁸¹. Une fois celle-ci effective, il n'y aura plus lieu de maintenir la loi limitée dans le temps, ni pour des raisons liées à la

²⁷⁶ Message du Conseil fédéral 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 ainsi que la modification du code pénal et à l'adaptation d'autres lois fédérales (FF 2002 5014).

²⁷⁷ Voir le ch. 4.5.

²⁷⁸ LBA : art. 6, al. 2, let. b, art. 8a, al. 2, let. b, art. 9, al. 1 et 1^{bis}, art. 15, al. 5, art. 16, al. 1, art. 23, al. 4, art. 27, al. 4, art. 29a, al. 1.

²⁷⁹ RS 122.

²⁸⁰ Voir les explications au ch. 4.3.1.

²⁸¹ La législation en cours de révision ne sera vraisemblablement pas encore en vigueur lorsque la loi limitée dans le temps cessera d'avoir effet.

quotité de la peine, ni pour des raisons liées à la compétence en matière de poursuite pénale. L'art. 74 AP-LRens la remplacera et elle cessera d'avoir effet.

5 Classement d'interventions parlementaires

Le Conseil fédéral demandera au Parlement le classement de la motion 14.4187 (Glanzmann-Hunkeler ; Ratification immédiate de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme), déposée le 11 décembre 2014, et de la motion 15.3008 (Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats ; Art. 260^{er} du code pénal. Modification), déposée le 10 février 2015, toutes deux adoptées par le Parlement.

6 Conséquences

6.1 Conséquences pour la Confédération et les cantons

La mise en œuvre et la ratification de la Convention et du Protocole additionnel, l'instauration de nouvelles dispositions pénales et l'adaptation de dispositions pénales existantes n'étend pas grandement la punissabilité et ne risque pas de provoquer une explosion de cas.

L'expérience réunie au cours des mois passés par les autorités de poursuite pénale et les tribunaux a montré que l'arsenal pénal existant permettait déjà de poursuivre les auteurs d'actes terroristes, mais aussi d'actes préparatoires tels que le soutien au sens large d'une organisation terroriste ou un voyage en sa faveur. En pratique, la punissabilité ne devrait pas s'étendre à des activités qui, jusque-là, étaient légales.

La situation est par contre différente en ce qui concerne l'entraide judiciaire pénale. Les nouveaux instruments de l'entraide judiciaire requièrent une rapidité d'intervention dont le succès dépendra en particulier de mesures d'entraide prononcées rapidement ainsi qu'exécutées avec célérité. Certes, la Convention prévoit que les Parties coopèrent en tenant compte de leurs possibilités, afin d'améliorer leur capacité de prévenir la commission des infractions terroristes. Selon la manière dont l'information parviendra à l'Office fédéral de la justice (OFJ), cet office prononcera fréquemment lui-même les mesures provisoires concernées. La prévention d'actes terroristes n'autorise aucun retard afin d'en empêcher la réalisation.

Les statistiques de l'entraide judiciaire internationale indiquent une augmentation générale des demandes. Au cours des dix dernières années, les demandes de collecte de preuves ont ainsi augmenté de 46 %, les demandes d'extradition adressées à la Suisse de 73 % et celles adressées à des autorités étrangères de 81 %. Il faut noter aussi que la Suisse, au cours des dernières années, a souscrit de nombreuses obligations qui se traduisent en tâches nouvelles et en demandes plus complexes pour l'OFJ en tant qu'office compétent. Les services responsables ont, faute de nouveaux postes attribués à l'entraide judiciaire dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, jusqu'ici affronté ces nouvelles tâches et la charge de travail supplémentaire avec les moyens existants. Mais il leur sera impossible de traiter davantage de cas en conservant la promptitude requise. Le respect du principe de célérité exige, en considération de la charge de travail qui s'est ajoutée au cours des dernières années, qu'on adapte les effectifs. On estime que le nombre de demandes d'entraide judiciaire

internationale que l'OFJ devra traiter au cours des prochaines années augmentera dans les mêmes proportions que ces dix dernières années. La place financière suisse, l'économie et la société sont de plus en plus connectées à l'échelon international, de quoi offrir aux criminels de nouvelles possibilités de commettre des forfaits. Le crime, et notamment le crime terroriste, a de plus en plus souvent une composante internationale, qui nécessite une démarche coordonnée entre pays en matière de poursuite. Rien ne semble pouvoir briser cette tendance. Le domaine de direction Entraide judiciaire internationale dispose actuellement de 36,5 équivalents plein temps. L'expérience et l'évolution du nombre de cas montrent que la charge de travail tend à augmenter chaque année de 5 à 10 % selon le groupe d'objets, et ce en considération seulement des instruments d'entraide existants. Il faudra y ajouter les demandes fondées sur la Convention et le Protocole additionnel et sur les nouvelles dispositions relatives à l'entraide dynamique. D'ici cinq ans, il faudra donc traiter de 25 à 50 % de cas de plus qu'aujourd'hui. Pour maîtriser quelque peu cette augmentation, il faudra selon les estimations actuelles, augmenter les effectifs de 5 équivalents plein temps (soit 13 % des effectifs actuels du domaine de direction).

Le renforcement des compétences du MROS aura des répercussions sur les ressources de ce dernier. Demander des informations aux intermédiaires financiers sur la base de demandes ou informations spontanées des homologues étrangers élargira l'activité du MROS à plusieurs égards.

Tout d'abord, il s'agira de traiter les demandes auxquelles le MROS répond actuellement de manière négative. Il s'agit d'environ 60 % des demandes étrangères. Plus concrètement, le MROS ne pourra plus se contenter simplement de vérifier dans ses bases de données, mais s'adressera aux intermédiaires financiers qui lui fourniront les documents nécessaires. La suite des activités du MROS suivra deux axes. Le premier consistera à analyser les documents reçus et à en tirer les informations demandées par l'homologue étranger. En effet, en vertu de l'art. 30, al. 3, LBA, le MROS doit envoyer les informations sous forme de rapport – l'envoi de documents bancaires est donc exclu par la loi. Le deuxième axe de travail consistera dans le volet suisse de l'utilisation des informations obtenues tant des homologues étrangers que des intermédiaires financiers suisses. Le MROS ne pourra en effet se limiter à informer son homologue étranger. Croisées avec les renseignements étrangers, les informations livrées par les intermédiaires financiers constitueront un nouveau type de communications de soupçons. Les informations supplémentaires reçues seront donc partagées avec les autres autorités nationales chargées de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Le MROS pourra soutenir activement les enquêtes des ministères publics, notamment en les complétant avec des informations obtenues à l'étranger. Lorsque les dispositions relatives aux nouvelles compétences du MROS entreront en vigueur, il y aura un nouveau type de communications de soupçons qui nécessitera une augmentation substantielle des ressources en personnel. Il sera en effet impossible d'assumer cette nouvelle tâche avec les effectifs existants. Selon les estimations actuelles, les effectifs requis à moyen et long terme par le MROS pour assumer ses nouvelles compétences seront de l'ordre de 10 postes.

Il n'est pas nécessaire de répondre définitivement à la question de l'augmentation des effectifs fédéraux avant l'ouverture de la procédure de consultation. Il faudra évaluer la question des ressources supplémentaires demandées par les services concernés dans le cadre du message du Conseil fédéral au Parlement, en tenant compte des

résultats de la procédure de consultation et de l'évolution éventuelle constatée sur le front de la lutte contre le terrorisme.

Puisqu'on propose le maintien de la compétence fédérale en matière de poursuite pénale des actes terroristes et que l'extension de la punissabilité est mesurée, le projet ne devrait pas avoir de conséquences notoires pour les cantons.

6.2 Conséquences économiques

Pour que notre économie prospère, il est indispensable que nous protégeions notre territoire d'actes terroristes graves et des conséquences du crime organisé. Sans avoir d'effets directs, l'avant-projet a sur l'économie des conséquences positives notables à moyen et à long terme.

6.3 Conséquences informatiques

La mise en œuvre et la ratification de la Convention et du Protocole additionnel et les propositions de modification du droit pénal ne devraient pas avoir de conséquences sur l'informatique.

7 Relation avec le programme de la législature

Le projet est annoncé dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015-2019 et dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016²⁸².

8 Aspects juridiques

8.1 Constitutionnalité

L'arrêté fédéral repose sur l'art. 54, al. 1, Cst., qui autorise la Confédération à conclure des traités internationaux. L'art. 184, al. 2, Cst. attribue au Conseil fédéral la compétence de les ratifier. Conformément à l'art. 166, al. 2, Cst., ils sont soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale.

Les traités internationaux qui sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables, qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale ou qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales sont sujets au référendum²⁸³. Tant la Convention que le Protocole additionnel sont de durée indéterminée, mais ils sont dénonçables et ne prévoient pas l'adhésion à une organisation internationale. Par contre, l'adhésion à ces traités requiert des adaptations du droit pénal. L'arrêté fédéral est donc soumis au référendum facultatif conformément à l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. L'art. 141a, al. 2, Cst. permet, lorsque l'arrêté portant approbation d'un traité international est sujet au référendum, d'y intégrer les modifications de lois liées à la mise en œuvre du traité. Or les dispositions légales figurant dans l'avant-projet servent à la fois à la mise en œuvre de la Convention et du Protocole additionnel et au renforcement des

²⁸² Objectif n° 15 ; FF **2016** 4999.

²⁸³ Art. 141, al. 1, let. d, Cst.

normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé. Il ne serait pas judicieux d'un point de vue matériel de scinder ces deux objectifs. L'avant-projet se fonde sur l'art. 54, al. 1, et sur l'art. 123, al. 1, Cst.

8.2 Compatibilité avec les obligations internationales

L'adhésion à la Convention et au Protocole additionnel et les adaptations législatives proposées sont conformes aux obligations internationales de la Suisse²⁸⁴. Notre pays s'engage clairement dans la lutte contre le terrorisme et dans la coopération internationale, dans le respect de ses obligations liées aux droits de l'homme et au droit international humanitaire.

²⁸⁴ Voir le ch. 1.