

12 novembre 2003

# **Modèle de poursuite pénale pour les affaires intercantonales et internationales de cyber- criminalité**

**Propositions du groupe de travail mis sur pied par la Confédération  
et les cantons afin d'analyser l'opération "Genesis"**

**Résumé: cf. pt 7, p. 26ss**

## **1 Contexte**

### **1.1 Opération "Genesis"**

L'opération "Genesis", menée au cours de l'été 2002 pour lutter contre les sites Internet relevant de la pornographie infantile, est la première opération d'ampleur nationale associant presque tous les corps de police de Suisse ainsi que l'Office fédéral de la police (fedpol.ch). Elle vise les clients du fournisseur d'accès à Internet américain "Landslide", qui permet d'accéder à quelque 300 sites relevant de la pornographie infantile.

La compétence en matière de poursuite pénale ressortit clairement aux cantons (art. 346 CP en relation avec l'art. 197 CP), étant donné qu'en l'espèce, aucun élément concret ne permet d'invoquer la compétence de la Confédération en matière de crime organisé [pas de liens entre les suspects, l'art. 197 CP ne porte que sur une infraction et non pas un crime (art. 100ss PPF en relation avec l'art. 340<sup>bis</sup> CP)].

Le nombre de procédures à mener en même temps et la dissémination des procédures dans les cantons constituaient une nouveauté pour les autorités d'enquête suisses. Pour remédier à ces problèmes, la Police judiciaire fédérale (PJF) s'est chargée de la coordination à l'échelon national.

Les autorités de poursuite pénale ne sont pas encore au bout de leurs peines. Les phases de collecte et de conservation des moyens de preuve sont terminées dans tous les cantons, mais leur exploitation durera encore un certain temps.

Plus de la moitié du matériel saisi était constitué de supports pornographiques. 1001 suspects ont déjà été dénoncés. 163 personnes se sont vu infliger des amendes et 63 autres ont été condamnées à des peines d'emprisonnement avec sursis pour possession illégale de supports pornographiques. 490 cas sont encore pendants. La procédure a été suspendue dans 390 cas (pour de plus amples informations concernant le déroulement et l'état actuel de l'opération "Genesis", veuillez vous reporter au rapport intermédiaire du groupe de travail "Genesis" du mois de juin 2003).

L'opération, bien qu'elle ait eu des résultats impressionnants dans de nombreux domaines, a mis en évidence la nécessité d'une collaboration accrue entre la Confédération et les cantons. Elle a également révélé les lacunes des possibilités existantes.

**La nécessité d'agir** s'est fait sentir surtout au niveau de la préparation de l'opération, de l'évaluation technique des preuves, de l'interprétation juridique des éléments techniques, de la formation des enquêteurs et de l'information aux médias. Concrètement, l'impossibilité pour la Confédération d'enquêter dans la première phase, qui visait à établir la compétence et à attribuer les cas en fonction des numéros de carte de crédit se trouvant sur les cédéroms, est un problème particulièrement sévère. Etant donné par ailleurs que la Confédération ne dispose pas de la compétence d'édicter des instructions contraignantes à l'égard des cantons, les enquêtes n'ont pas toutes pu débuter en même temps. En conséquence, l'opinion publique n'a pas été informée en bloc, mais de manière sporadique. Certaines des personnes impliquées ont ainsi pu avoir connaissance de l'opération indirectement et éliminer des preuves.

Les résultats intermédiaires de cette opération montrent qu'il est nécessaire de mieux délimiter le cadre de la lutte contre cette forme de criminalité, car la demande en matière de pornographie infantile est forte en Suisse.

La cheffe du Département fédéral de justice et police, Ruth Metzler-Arnold, a demandé en automne 2002 qu'une analyse relative au cadre juridique et organisationnel de l'opération "Genesis" soit réalisée afin d'en tirer les conséquences pour les cas semblables à venir et de pouvoir présenter des propositions pour améliorer la collaboration entre la Confédération et les cantons.

Les propositions d'amélioration contenues dans le présent document ne concernent que le plan purement juridique. Il s'agit des changements qui semblent judiciaires et nécessaires au vu de l'analyse détaillée du cadre juridique de l'opération. Un rapport final qui tiendra compte de l'ensemble des aspects de l'évaluation sera publié vers la fin de l'année. Il contiendra notamment des propositions de mesures dans le domaine opérationnel, qui tiendront compte des expériences du tout jeune Service de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet (SCOIC; cf. pt 1.3).

## 1.2 Interventions parlementaires

L'opération "Genesis" a rendu l'opinion publique et le monde politique plus attentifs au problème de la pornographie infantile sur Internet.

Ainsi, le 26 septembre 2002, la conseillère nationale **Regine Aeppli Wartmann** a déposé une **initiative parlementaire** dont le texte est le suivant:

"Dans le but de coordonner et d'accroître l'efficacité de la poursuite pénale dans le domaine de la cybercriminalité, et notamment de la pédopornographie, une compétence fédérale semblable à celle que prévoit l'article 340<sup>bis</sup> du code pénal en matière de crime organisé et de criminalité économique doit être créée."

A l'unanimité, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a donné suite à l'initiative parlementaire (02.452) le 21 janvier 2003.

Au cours des dernières années, de nombreuses autres interventions parlementaires liées aux abus commis sur des enfants à l'aide d'Internet ont en outre été déposées:

- Motion Fehr (02.3723) "Centre de compétence international pour la lutte contre la cybercriminalité"
- Motion Aeppli Wartmann (02.3716) "Lutte contre les abus sexuels envers les enfants. Davantage de moyens"
- Motion Vermot (02.3598) "Pornographie pédophile sur Internet et prostitution des enfants"
- Motion Groupe Démocrate-chrétien (02.3522) "Compétence de la Confédération d'édicter des instructions lors de procédures pénales touchant plusieurs cantons"
- Postulat Groupe Démocrate-chrétien (02.3524) "Convention internationale contre la pédopornographie sur Internet"
- Interpellation Groupe Démocrate-chrétien (02.3523) "Renforcer les sanctions dans le domaine de la pédocriminalité"
- Interpellation Cornu (02.3594) "Pédophilie via Internet. Affaire Landslide"
- Motion Commission des affaires juridiques CN (01.3012) "Lutte contre la pédophilie"
- Motion Aeppli Wartmann (01.3196) "Améliorer la procédure de lutte contre la cybercriminalité".
- Motion Pfisterer (00.3714) "Cybercriminalité. Modification des dispositions légales."

Au printemps 2003, la cheffe du Département fédéral de justice et police a demandé que soit rédigé un argumentaire proposant d'autres modèles que celui demandé dans l'intervention parlementaire Aeppli Wartmann. Outre les conséquences juridiques de l'opération "Genesis", le présent document ébauche l'un de ces modèles.

### **1.3 Service de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet (SCOCI)**

Six mois environ après le début de l'opération "Genesis", le 1<sup>er</sup> janvier 2003, le Service de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet (SCOCI), projet national commun à la Confédération et aux cantons, a pris ses fonctions. Rattaché à fedpol.ch, le SCOCI soutient les autorités de poursuite pénale de la Confédération et des cantons dans les domaines suivants:

- **Monitoring**  
Recherches sur Internet dans le but de détecter les abus et traitement a priori des communications de soupçons.

- **Clearing**

Examen juridique du contenu pénal des communications de soupçons, coordination par rapport aux procédures en cours et transmission des dossiers aux autorités de poursuite pénale compétentes (sur le plan géographique et sur le plan du contenu) en Suisse et à l'étranger.

- **Analyse**

Analyse au niveau national du phénomène de la criminalité sur Internet.

En la matière, il convient de rappeler que les compétences d'enquête des autorités de poursuite pénale demeurent les mêmes malgré l'entrée en fonction du service de coordination, c'est-à-dire que les enquêtes sont dans la plupart des cas du ressort des cantons, hormis dans les domaines du crime organisé et de la criminalité économique. Le SCOCI n'est pas autorisé à édicter des instructions vis-à-vis des autorités de poursuite pénale compétentes.

Ainsi, l'entrée en fonction du SCOCI n'enlève rien à la nécessité d'une action (pour obtenir des informations détaillées, veuillez vous reporter au rapport final "Genesis" à paraître vers la fin de l'année). En particulier, le problème de l'absence pour la Confédération de possibilités de mener l'enquête dans la première phase de la procédure demeure.

## 1.4 Recoupements

Ce travail présente des recoupements avec les travaux de la commission d'experts "Cybercriminalité" instituée suite à la motion Pfisterer.

Il faut signaler que le modèle proposé ici a été développé dans l'ignorance du détail des discussions menées par la commission d'experts. Cependant, les expériences vécues dans le cadre de l'opération "Genesis" ont pu servir à l'élaboration du modèle. Les solutions et propositions d'amélioration recherchées répondent avant tout aux problèmes qui se sont fait jour dans la pratique.

Il existe également des recoupements entre le présent travail et le projet d'unification du droit de procédure pénale. Le projet actuel de procédure pénale unifiée

n'ayant pas encore pu prendre en compte les expériences tirées de l'opération "Genesis", aucune référence spécifique n'a été faite à ce sujet. La mise en œuvre de ce projet sera longue et il ne serait par conséquent pas opportun d'y intégrer des améliorations qui doivent être réalisées relativement rapidement. A l'inverse, il convient néanmoins de préciser que les nouveautés présentées dans le présent document, si elles sont acceptées, devront être intégrées au projet, en particulier si elles font leurs preuves dans la pratique. Il faudra alors examiner, le moment venu, comment cette intégration doit avoir lieu.

## 2 Objectif

Comme nous l'avons déjà évoqué, le présent document a été élaboré dans le cadre de l'évaluation de l'opération "Genesis". Il doit fournir des moyens juridiques concrets et pouvant être mis en œuvre rapidement pour optimiser le déroulement d'opérations semblables futures. Il doit en outre être perçu comme un modèle différent de celui proposé par les milieux politiques (principalement celui proposé dans l'initiative parlementaire Aeppli Wartmann). Il va donc à l'encontre de la volonté politique de mettre en place une compétence fédérale dans le domaine de la cybercriminalité et de la pornographie infantile.

Le présent document expose donc dans un premier temps les avantages et les inconvénients d'un transfert à la Confédération des compétences en matière de poursuite pénale dans le domaine qui nous intéresse.

Dans un deuxième temps, il donne, pour les affaires intercantionales ou internationales, un modèle (présentant deux variantes) qui fournirait à la Confédération les moyens d'enquête nécessaires, appropriés et proportionnés pour pouvoir appréhender ces affaires dans la pratique. Ces moyens permettraient un accroissement de l'efficacité dans la première phase d'enquête où, rappelons-le, pour l'opération "Genesis", manquaient les moyens juridiques permettant des enquêtes au niveau fédéral. Ce problème serait résolu sans toucher à la répartition actuelle des compétences.

Notons enfin que les explications fournies se réfèrent uniquement, pour des raisons de priorités politiques, à l'art. 197 CP. Cela dit, il semblerait plus judicieux eu égard à l'évolution à venir, d'étendre le modèle à l'ensemble du domaine de la cybercriminalité. C'est pourquoi les propositions concrètes de modification des bases légales concernent l'ensemble de ce domaine.

### 3 Avantages et inconvénients d'une compétence fédérale

En Suisse, la poursuite pénale est fondée sur une **répartition des tâches entre la Confédération et les cantons**. Les cantons sont responsables de la poursuite pénale dans la majorité des cas; la **juridiction fédérale est exceptionnelle**. L'introduction de l'art. 340<sup>bis</sup> dans le code pénal, qui étend les domaines relevant de la juridiction fédérale, n'a en rien modifié la répartition des compétences inscrite dans la Constitution (art. 123, al. 2, Cst.; FF 2000 71ss). Il ne serait possible d'envisager de transférer un autre domaine de compétence des cantons à la Confédération sans tenir compte de ce système de répartition des tâches, inscrit dans la Constitution, ainsi que du contenu de la procédure pénale fédérale (PPF) (cf. annexe 2).

#### 3.1 Avantages

- La Confédération peut à tout moment ouvrir une procédure et décréter des mesures.
- La collecte des preuves, qui présente une grande complexité technique, est facilitée car le savoir-faire est concentré.
- Les compétences sont claires; les dispositions relatives aux coûts le sont donc aussi.
- La rapidité et, tout particulièrement, l'efficacité requises pour lutter contre les délits commis via Internet sont assurées.
- La sécurité juridique et l'effet préventif sont renforcés grâce à une poursuite des délits et à des peines unifiées.

- La Confédération mène à bien les procédures qu'elle a entamées (après la mise en place du Tribunal pénal fédéral le 1<sup>er</sup> avril 2004, elle n'aura plus besoin de déléguer certaines procédures aux cantons).
- Les cantons sont libérés d'une tâche.

### 3.2 Inconvénients

- La répartition des tâches dans le domaine de la poursuite pénale, telle qu'elle est ancrée dans la Constitution, est remise en question, notamment parce qu'à l'avenir, une grande partie des délits commis pourront certainement être attribués au domaine de la cybercriminalité.
- Reposant sur les éléments constitutifs d'infraction, la délimitation, aujourd'hui claire, des compétences n'est plus possible. En fonction du moyen utilisé, différents éléments constitutifs d'infraction peuvent être du ressort de la compétence fédérale.
- Un transfert des compétences des cantons vers la Confédération ancré dans une base légale porte atteinte à la compétence des cantons.
- L'attribution des compétences en fonction des moyens utilisés pour commettre une infraction entraîne un parallélisme dans les enquêtes portant sur une même infraction.
- Les problèmes de coordination sont déplacés. Les jonctions avec les cantons doivent être définies.
- Les cantons seraient mécontents si une affaire relevant du droit pénal fédéral leur était déléguée (art. 18s. PPF). Dans la pratique, la plupart des cas relevant de la juridiction fédérale sont transmis aux cantons, immédiatement ou au cours de la procédure d'enquête de police judiciaire, pour instruction et jugement (car il n'existe pas de Tribunal pénal fédéral de première instance).
- La Confédération a besoin de l'aide des cantons car elle ne connaît pas les spécificités locales, pourtant essentielles pour enquêter dans le milieu de l'auteur d'une infraction.
- Les opérations de grande envergure atteignent une telle ampleur qu'il n'est pas possible de les mener sans le soutien des cantons en termes de personnel et de logistique, ce qui entraîne une charge disproportionnée pour les cantons dans un domaine où ils ne sont plus compétents.
- Une fois les personnes soupçonnées identifiées, il ne reste plus que le travail classique de police (auditions, séquestres, etc.) dans lequel les cantons disposent de plus d'expérience.

- Il suffit de peu de changements et de ressources pour éradiquer les problèmes apparus lors de l'opération "Genesis". Les analyses effectuées jusqu'à présent indiquent que la plupart des problèmes se sont révélés au cours de la première phase des enquêtes, qui doit donc être centralisée. Etant donné que dans le domaine de l'Internet et de la pornographie infantine, les procédures sont nombreuses, petites et individuelles, les cantons devraient se charger de l'instruction depuis le début, puis du jugement. De ce fait, il n'est pas nécessaire d'instaurer une compétence fédérale à l'instar de celle qui existe pour le domaine du crime organisé et de la criminalité économique. Toutefois, l'affaire relève de la juridiction fédérale si des éléments concrets indiquent la présence de structures d'organisations criminelles au sens de l'art. 260<sup>ter</sup> CP, ce qui n'était pas le cas lors de l'opération "Genesis".
- Le processus de mise en œuvre prendrait beaucoup de temps en raison des profondes modifications apportées au système de poursuite pénale.
- Le Ministère public de la Confédération ne dispose d'aucune compétence en matière de sentence pénale.
- La Confédération devrait renforcer considérablement ses effectifs et débloquer beaucoup plus de moyens financiers. Au vu des difficultés liées à la mise en œuvre du Projet d'efficacité I, il semble peu probable qu'elle supporte un Projet d'efficacité II.

## **4 Variante 1 du modèle (compétence d'enquête du Ministère public de la Confédération en vertu de l'art. 259 PPF, fondée sur la haute surveillance de la Confédération)**

### **4.1 Idée principale**

Cette variante repose sur le principe suivant: donner au **Ministère public de la Confédération (MPC) les moyens d'enquêter dans la première phase de la procédure**, comme c'est le cas dans le droit relatif aux stupéfiants (art. 29, al. 4, LStup, en relation avec l'art. 259 PPF).

## LStup:

Art. 29

1 ...

2 ...

3 ...

<sup>4</sup> Est réservé le droit du procureur général de la Confédération d'ordonner des recherches dans les limites de l'art. 259 de la loi fédérale sur la procédure pénale. Ce droit peut également être exercé pour l'exécution des demandes d'entraide judiciaire de l'étranger.

## PPF:

Art. 259

Lors de la poursuite d'infraction à des lois fédérales qui attribuent à la Confédération un droit spécial de haute surveillance, le procureur général de la Confédération peut ordonner des recherches, si les actes punissables ont été commis totalement ou partiellement à l'étranger ou dans plus d'un canton.

En vertu de l'art. 259 PPF, le MPC peut donc ordonner des recherches lorsque les actes punissables ont été commis, comme c'est le cas pour "Genesis", totalement ou partiellement à l'étranger ou dans plus d'un canton. Cela présuppose cependant l'existence d'un **droit spécial de haute surveillance de la Confédération**, comme c'est actuellement le cas dans le droit relatif aux stupéfiants (art. 2, al. 2, ch. 1, LStup).

Il faut noter que le modèle proposé ne concerne que des compétences d'enquête du MPC. L'introduction de l'art. 259 PPF a été motivée, dans les cas d'infractions à des lois fédérales attribuant à la Confédération un droit spécial de haute surveillance, par la nécessité qu'un organe centralisé puisse ordonner des recherches avant qu'un canton ne prenne l'enquête proprement dite en main.

Les travaux préparatoires et la jurisprudence montrent clairement que le pouvoir d'ordonner des enquêtes attribué par l'art. 259 PPF ne change rien au fait que **les compétences et la procédure demeurent en principe cantonales** (message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur la procédure pénale fédérale du 10 septembre 1929, FF 1929 II 669; ATF 122 IV 91 et ATF 125 IV 165). La transmission des affaires à la Cour pénale fédérale n'est pas possible.

**Le pouvoir du MPC s'étend uniquement au stade de l'enquête de police judiciaire (art. 100 à 107<sup>bis</sup> PPF)**, ce qui signifie qu'il peut établir les faits autant que nécessaire afin de déterminer quelles seront les étapes à venir de la procé-

dure (l'ampleur de ces recherches reste à définir) (cf. GIUSEP NAY dans: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch II, Helbing und Lichtenhahn Basel 2003, titre marginal 27 concernant l'art. 340 CP). Selon l'ATF 125 IV 165, cela concerne quelques recherches nécessitant des investigations urgentes. Concernant ces recherches, il s'agit notamment de jeter les bases permettant d'élaborer un premier rapport de dénonciation respectivement d'enregistrer une dénonciation pénale contre une personne déterminée. **Les pièces doivent ensuite être transmises au canton compétent.** Le MPC n'est néanmoins pas compétent pour ordonner la confiscation de valeurs après la suspension d'enquêtes effectuées sur la base de l'art. 259 PPF (ATF 125 IV 165).

Pour l'instant, dans la pratique, l'art. 259 PPF a été appliqué presque exclusivement dans le domaine des stupéfiants. Le MPC menait ses propres recherches en particulier lorsque l'infraction à la loi sur les stupéfiants avait été commise à l'étranger et qu'aucune juridiction n'avait été déterminée en Suisse. Aussitôt les soupçons d'infraction confirmés et la juridiction déterminée, la procédure était transmise à l'autorité cantonale compétente.

Bien que jusqu'alors l'application pratique de l'art. 259 PPF se limitait au domaine des stupéfiants, il n'existe pas d'obstacle juridique excluant l'application de cette disposition dans d'autres cas.

Dans la mesure où, dans le cadre de l'opération "Genesis", ce sont justement les possibilités d'enquête de la Confédération dans la première phase de la procédure qui faisaient défaut (p. ex. pour l'identification des détenteurs des cartes de crédit utilisées), le fait pour le MPC de pouvoir ordonner des recherches en vertu de l'art. 259 PPF pourrait constituer une solution quasi-idéale. Cette possibilité pour le MPC d'ordonner des recherches pourrait en outre être étendue à d'autres affaires intercantionales ou internationales qui exigent une action concertée et rapide de grande ampleur, et notamment au domaine de la cybercriminalité, pour autant qu'elles relèvent de la haute surveillance de la Confédération. Pour ce qui concerne la cybercriminalité, cette façon d'agir permettrait également une exploitation technique centralisée des moyens de preuve.

Il est intéressant de constater que l'avant-projet de Projet d'efficacité (Mesures tendant à l'amélioration de l'efficacité et de la légalité dans la poursuite pénale) prévoyait également une possibilité d'enquêter pour le MPC (dans le domaine crime organisé / criminalité économique) inspirée de celle qui existe en matière de délits liés aux stupéfiants (art. 29 LStup en relation avec l'art.

259 PPF). Pour des raisons de technique législative, la haute surveillance faisant défaut dans le domaine crime organisé / criminalité économique, une autre voie a été choisie, celle de la création du nouvel art. 340<sup>bis</sup> CP qui, contrairement à l'art. 259 PPF, prévoyait un transfert de compétences à la Confédération pendant la phase d'enquête dans certaines affaires. Cette proposition ayant entraîné une certaine résistance pendant la procédure de consultation, on a finalement opté pour une compétence fédérale s'étendant à l'ensemble de la procédure (art. 340<sup>bis</sup> CP, tel qu'il est appliqué aujourd'hui).

Cela ne signifie pas pour autant qu'une compétence fédérale soit une solution praticable dans tous les cas. Contrairement au modèle présenté ici, une centralisation de l'ensemble de la procédure paraît judicieuse dans le domaine crime organisé / criminalité économique en raison de la complexité des structures d'organisation. **Dans le domaine de la pornographie sur Internet, au vu des expériences faites jusqu'ici, les auteurs des infractions ne forment pas de réseaux. Il ne s'agit donc pas de faire face à des structures d'organisation complexes. Au bout du compte, un grand nombre de procédures individuelles ont dû être menées. Des problèmes se sont fait jour, comme nous l'avons évoqué plus haut, dans la phase des premiers éclaircissements visant à déterminer de quel canton relevait la compétence. La problématique qui nous occupe ne peut donc pas être comparée au domaine crime organisé / criminalité économique, qui se caractérise par la complexité des structures d'organisation.** (cf. annexe 1)

Notons en outre que la possibilité d'une application de l'art. 259 PPF **inclut celle de l'art. 258 PPF.**

#### Art. 258 PPF

Lorsque l'autorité fédérale compétente requiert les autorités cantonales de poursuivre des infractions à des lois fédérales qui attribuent à la Confédération un droit de haute surveillance, la juridiction du canton est tenue sans autre d'ouvrir la procédure et de procéder à l'instruction.

Aux termes de cet article, la Confédération dispose du droit d'édicter des instructions obligeant les cantons à ouvrir des enquêtes. Ce besoin de disposer d'instructions s'est fait sentir dans le cadre de l'opération "Genesis". En raison de la situation légale actuelle, la Confédération n'était pas autorisée à imposer de telles instructions aux cantons. Il convient en outre de se demander si l'art. 258 PPF ne permettrait pas de déterminer une période d'action commune.

## 4.2 Application de la variante 1 à l'art. 197 CP et à la cybercriminalité

Dans le cadre de l'examen d'une application analogue de l'art. 259 PPF pour lutter contre les actes relevant de la pornographie (art. 197 CP) ou de la cybercriminalité (infractions commises sur des réseaux de communications électroniques; définition, cf. p. 18), il convient en premier lieu de déterminer (a) **si** la Confédération s'est vu attribuer un droit de haute surveillance sur ces domaines. Si tel n'est pas le cas, il s'agit de vérifier dans un deuxième temps (b) **dans quelle base légale** il serait possible d'introduire un tel droit et (c) **si**, éventuellement, d'autres adaptations de lois sont nécessaires.

### a) Existe-t-il un droit de haute surveillance?

L'interprétation purement sémantique de l'art. 259 PPF permet de conclure que, pour que la Confédération dispose d'un droit de haute surveillance, il faut que celui-ci soit inscrit dans une loi.

L'**art. 392 CP** stipule que le Conseil fédéral veille à l'observation des dispositions du code pénal, ainsi que des lois et règlements destinés à en assurer l'application. Cette formulation générale pourrait porter à croire que le Conseil fédéral assume une haute surveillance sur l'ensemble des articles du code pénal. Pourtant, il n'en est rien.

- L'art. 392 CP est intégré au livre troisième (Entrée en vigueur et application du code pénal), au titre neuvième (Etablissements), ce qui laisse supposer que le législateur n'entendait pas confier à la Confédération une haute surveillance sur l'ensemble du code pénal.
- Le message relatif au code pénal suisse de 1918 contient en outre une disposition (art. 415) stipulant que la Confédération assume la haute surveillance sur l'ensemble des établissements chargés de l'exécution de la peine et de l'exécution des mesures éducatives et des mesures de sûreté (cf. FF 1918 IV p. 1ss, 114, 228).

- Dans les différents commentaires du code pénal, il est fait référence, pour l'art. 392 CP, à l'art. 247, al. 3, PPF, dont la dernière phrase précise que la Confédération exerce la haute surveillance sur l'exécution des peines.
- Les commentaires du code pénal font allusion à l'essai publié par Victor Kurt en 1955 dans la RPS n°70 et intitulé "Die Aufgaben des Bundes im Strafvollzug". L'auteur y expose clairement l'avis que le droit de haute surveillance du Conseil fédéral en vertu de l'art. 392 CP concerne l'ensemble des questions administratives du code pénal, et avant tout l'exécution des peines.

L'art. 392 CP n'octroie par conséquent aucun droit spécial de haute surveillance à la Confédération en ce qui concerne les dispositions matérielles du code pénal (ce qui signifie qu'elle ne peut exercer de haute surveillance ni sur l'art. 197 CP ni, d'une manière générale, sur les infractions commises à l'aide de réseaux de communications électroniques).

**Il n'existe donc pas de droit spécial de haute surveillance dans le domaine de la cybercriminalité.**

Dans le domaine de la pornographie, l'évocation à l'art. 1 de l'ordonnance du 30 novembre 2001 concernant l'exécution des tâches de police judiciaire au sein de l'Office fédéral de la police (RS 360.1) d'un **office central de lutte contre la circulation des publications obscènes au sein de fedpol.ch** pourrait laisser entendre que la Confédération dispose d'un droit de haute surveillance dans ce domaine.

Deux essais antérieurs (P. Huber, "Einige Probleme aus dem Bereich des gerichtspolizeilichen Ermittlungsverfahren im Bundesstrafprozess", RPS, 1984, p. 391ss; M. Peter, "Bundesstrafgerichtsbarkeit und kantonale Gerichtsbarkeit", RPS 1971, p. 166ss) pourraient en outre venir confirmer cette hypothèse dans la mesure où ils laissent entendre que la compétence d'enquête du procureur général de la Confédération (art. 259 PPF) a été créée dans l'optique de la mise sur pied des offices centraux de police criminelle, comme le montrent les travaux préparatoires à la loi. Bien que le droit de haute surveillance doive être inscrit dans une loi, les auteurs de ces essais estiment que diverses dispositions qui attribuent à la Confédération des possibilités particulières d'exercer son influence

peuvent également laisser présupposer l'existence d'une telle haute surveillance. Néanmoins, cette interprétation historique, qui repose sur le fait que la PPF est une loi très ancienne (15 juin 1934), n'est pas suffisamment fondée.

La loi fédérale du 7 octobre 1994 sur les offices centraux de police criminelle de la Confédération (LOC; RS 360) a été créée dans l'intervalle. Elle décrit les tâches des offices centraux à l'art. 2. Celles-ci relèvent principalement de la coordination, de l'information et de l'analyse. Il s'agit de prestations qu'offre la Confédération dans le cadre de l'élucidation d'infractions qui relèvent de la compétence d'autorités étrangères ou cantonales. Les offices centraux, conçus dès le départ comme des organes de contact prévus par une convention internationale, n'étaient pas censés surveiller des délits spécifiques menaçant la Confédération, mais bel et bien agir comme des organes de coordination chargés de fournir des prestations visant à soutenir les autorités partenaires des autres Etats parties à ladite convention et des cantons dans la poursuite des phénomènes de criminalité transfrontaliers (A. Lobsiger, "Verbrechensbekämpfung durch den Bund", Diss. Basel, 1999). L'idée originale des offices centraux ne permet pas de dégager d'autres fonctions plus poussées qu'ils auraient dû assumer (au sens d'une surveillance pouvant donner lieu à des activités d'enquête de la Confédération).

Cette intention est confirmée dans le message du 12 janvier 1994 concernant la modification du code pénal suisse (création d'un office central de lutte contre le crime organisé), FF 1994 I 1125, où il est dit clairement que, dans le cadre du nouvel office central, la Confédération ne peut pas, contrairement au domaine du trafic de stupéfiants (art. 29, al. 4, LStup en relation avec l'art. 259 PPF), mener seule des enquêtes dans les affaires intercantionales et internationales.

Par ailleurs, dans le domaine des stupéfiants, le législateur a pris la peine d'inscrire le droit de haute surveillance dans la loi (art. 2, al. 2, ch. 1, LStup) et de rappeler explicitement le droit du MPC d'ordonner des recherches conformément à l'art. 259 PPF, et ce dans deux lois (art. 9, al. 3, LOC anc. version et art. 29, al. 4, LStup). Si l'existence même d'un office central, comme c'est également le cas dans le domaine des stupéfiants (art. 9s. LOC), suffisait à motiver un droit de haute surveillance et, partant, le droit d'ordonner des enquêtes conformément à l'art. 259 PPF, il n'aurait pas été nécessaire de légiférer.

Fait caractéristique, l'application pratique de l'art. 259 PPF par le Ministère public de la Confédération s'est limitée jusqu'à présent au domaine des stupéfiants (cf. ATF 125 IV 165), domaine où le droit de haute surveillance est inscrit dans la loi. Dans le commentaire relatif à l'avant-projet de Projet d'efficacité (cf. plus haut), il a en outre été constaté que, dans le domaine crime organisé / criminalité économique, où il existe également un office central, il n'y a pas de droit de haute surveillance.

Enfin, l'office central évoqué dans le domaine de la pornographie se fonde sur l'art. 1 de l'arrangement du 4 mai 1910 relatif à la répression de la circulation des publications obscènes (RS 0.311.41). Cet arrangement couvre en grande partie les éléments constitutifs des infractions visées par l'art. 197 CP, mais pas la totalité. Cela apparaît également dans le fait que, en matière de pornographie, l'obligation d'informer (art. 358 CP) des autorités cantonales d'instruction se réfère exclusivement à l'art. 197, al. 3, CP. Ne serait-ce que pour cela, l'office central qui, nous l'avons dit, ne se fonde que sur cet arrangement, ne peut générer un droit de haute surveillance sur l'ensemble de l'art. 197 CP.

L'interprétation sémantique, historique et téléologique de l'art. 259 PPF permet par conséquent d'arriver à la conclusion que le droit de haute surveillance en question doit être inscrit dans une loi fédérale. La simple existence d'un office central (notamment de lutte contre la circulation des publications obscènes) ne suffit pas à déduire un droit de haute surveillance.

**Il n'existe donc pas non plus de droit spécial de haute surveillance de la Confédération dans le domaine de la pornographie.**

**b) A quel niveau un droit de haute surveillance de la Confédération pourrait-il être réglementé?**

Si l'on se réfère aux art. 258 et 259 PPF, un tel droit doit être introduit dans une loi fédérale. Dans la législation sur les stupéfiants, ce droit est inscrit à l'art. 2, al. 2, ch. 1, LStup. Toutefois, contrairement à la législation sur les stupéfiants, la

criminalité sur Internet n'a jusqu'à présent été réglementée par aucune législation spéciale.

Il existe deux possibilités pour créer un droit de haute surveillance:

1. Elaboration d'une loi spéciale, qui doit porter sur l'ensemble du domaine des réseaux de communications électroniques. Cette variante ne se prête toutefois pas à une mise en œuvre rapide, étant donné qu'elle impliquerait des travaux législatifs de longue haleine.

2. Ajout d'une nouvelle disposition dans le code pénal, attribuant à la Confédération un droit de haute surveillance sur un domaine spécifique.

Dans ce cas de figure, il convient de déterminer s'il faut compléter un article existant (art. 197 CP) pour y intégrer le droit de haute surveillance ou s'il faut créer un nouvel article spécifique. Compte tenu de la structure du code pénal, la première solution serait peu pertinente, étant donné que le Livre deuxième (art. 111 à 332 CP) concerne les éléments matériels constitutifs d'infraction. Pour les contenus de plus grande portée, qui ont également des répercussions sur le droit de la procédure pénale (en l'occurrence, art. 259 PPF), il semble bien plus judicieux d'intégrer une réglementation dans le Livre troisième, plus précisément dans le Titre troisième, sous le titre marginal "2. Jurisdiction cantonale". En effet, le droit de haute surveillance et, partant, la possibilité pour le Ministère public de la Confédération (MPC) d'ordonner des enquêtes sous certaines conditions, n'empiète aucunement sur les compétences cantonales. La proximité de l'art. 340<sup>bis</sup>, dont l'al. 2 prévoit également l'ouverture d'une procédure d'enquête par le MPC (sauf que, dans ce cas, la compétence fédérale est donnée), plaide également en faveur de cette variante.

Une réglementation dans le cadre de l'art. 392 existant, qui concerne également le droit de haute surveillance, est peu logique en raison de l'intégration de cet article dans le Titre neuvième (Etablissements).

Proposition: **création d'un art. 343<sup>bis</sup> CP**

### **Art. 343bis CP (nouveau)**

<sup>1</sup> Est soumise à la haute surveillance de la Confédération:

la poursuite des actes punissables commis par le biais de réseaux de communications électroniques.

<sup>2</sup> La haute surveillance de la Confédération permet notamment au Ministère public de la Confédération d'ordonner quelques recherches nécessitant des investigations urgentes, conformément à l'art. 259 PPF. Les actes d'instruction correspondants sont également autorisés afin de traiter les demandes d'entraide judiciaire émanant de l'étranger.

### **Art. 258 PPF (existant)**

Lorsque l'autorité fédérale compétente requiert les autorités cantonales de poursuivre des infractions à des lois fédérales qui attribuent à la Confédération un droit de haute surveillance, la juridiction du canton est tenue sans autre d'ouvrir la procédure et de procéder à l'instruction.

### **Art. 259 PPF (existant)**

Lors de la poursuite d'infractions à des lois fédérales qui attribuent à la Confédération un droit spécial de haute surveillance, le procureur général de la Confédération peut ordonner des recherches, si les actes punissables ont été commis totalement ou partiellement à l'étranger ou dans plus d'un canton.

Cette proposition met l'accent, non pas sur l'article relatif à la pornographie, mais sur le moyen / le mode de transmission (avec des réseaux de communications électroniques). Il y a haute surveillance uniquement lorsque l'acte a été commis par le biais de ce moyen. Dans le domaine des infractions pénales commises avec des moyens de communication de masse, cette approche n'est pas nouvelle. Le droit pénal des médias se fonde déjà sur le moyen (sous forme de publication par un média, art. 27 CP).

La notion de réseau de communication électronique est définie dans le droit européen (art. 2, al. a, de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques [directive cadre]):

Il s'agit des systèmes de transmission et, le cas échéant, des équipements de communication ou de routage et des autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec transmission par circuits ou par paquets, y compris l'Internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise.

Par conséquent, en cas d'infraction de portée intercantonale ou internationale commise par le biais de réseaux de communications électroniques, le MPC

peut procéder autant que nécessaire à des actes d'instruction en vue d'établir les faits.

### **4.3 Avantages et inconvénients de la variante 1**

#### Avantages

- a) La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de poursuite pénale reste inchangée.
- b) La variante 1 reprend les procédures du domaine des stupéfiants, dans lequel les autorités de poursuite pénale ont fait des expériences positives.
- c) Les autorités chargées d'appliquer le droit connaissent les procédures.
- d) Il s'agit d'une solution acceptable pour les cantons, étant donné qu'ils ne perdent aucune compétence. La Confédération leur apporte simplement son soutien.
- e) Les compétences sont clairement établies.
- f) L'art. 258 PPF peut également être appliqué (c'est-à-dire que la Confédération peut contraindre les autorités cantonales à ouvrir une enquête et à procéder à l'instruction).
- g) Il s'agit d'une solution pratique: le problème est résolu là où il est apparu dans la pratique policière. Les expériences faites jusqu'à présent dans le cadre de l'opération "Genesis" ont en effet montré qu'une préparation centralisée des affaires par la Confédération au cours de la première phase (détermination de la compétence, du détenteur de la carte de crédit) est nécessaire.
- h) La variante 1 peut être mise en œuvre assez rapidement, étant donné que les compétences existantes restent inchangées et qu'un nombre relativement limité d'adaptations légales est nécessaire.
- i) La possibilité de transférer l'affaire aux autorités compétentes s'avère efficace, étant donné que l'ouverture de l'enquête par le MPC contraint les fournisseurs d'accès à Internet à divulguer aux autorités les données pertinentes pour la procédure.
- j) La mise en œuvre de la variante 1 exige beaucoup moins de ressources que dans le cas de la création d'une compétence fédérale.
- k) Il s'agit d'une possibilité flexible de soutien de la Confédération aux cantons.

- l) La variante 1 s'intègre totalement dans le droit de procédure actuellement en vigueur.
- m) La variante 1 peut être appliquée en tant que solution de transition jusqu'à l'entrée en vigueur du code de procédure pénale suisse, ce qui permet d'accumuler des expériences avec le nouveau système.

### Inconvénients

- a) L'ouverture d'une enquête est laissée à l'appréciation du MPC.
- b) Besoin de coordination accru entre le MPC, fedpol.ch et les cantons (la compétence d'enquête du MPC ne remplace pas celle dont bénéficient les cantons, ce qui peut entraîner un parallélisme dans les enquêtes).
- c) Les compétences doivent être clairement délimitées, car il est probable qu'à l'avenir la majorité des infractions relèveront du domaine de la criminalité sur Internet.
- d) Changement de direction en cours de procédure (or, si la Confédération commence l'enquête, alors elle devrait diriger la procédure jusqu'à son terme).
- e) La Confédération n'agit pas sur la base de sa propre compétence.
- f) L'ampleur du soutien apporté par la Confédération aux cantons dépend de l'importance des ressources supplémentaires mises à disposition.
- g) Il n'existe pas encore de droit de haute surveillance de la Confédération limité aux actes délictueux réprimés par le code pénal.
- h) Le terme "droit de haute surveillance" n'est pas suffisamment précis, pour la raison citée sous f).
- i) Les art. 258 et 259 PPF ne figurent plus dans l'avant-projet de code de procédure pénale suisse unifié.

## 5. Variante 2 du modèle (compétence d'enquête des autorités fédérales)

### 5.1 Idée principale

L'idée de base de cette variante s'inspire étroitement de la variante 1. Il s'agit également, en cas de soupçon d'infractions dans le domaine de la criminalité sur Internet commises entièrement ou partiellement à l'étranger ou dans plus d'un canton, de donner à la **Confédération la possibilité d'effectuer des enquêtes au cours de la première phase de la procédure pénale, sans pour autant établir une compétence fédérale**. A l'instar de la variante 1, il s'agit de **quelques recherches nécessitant des investigations urgentes** menées avant la délégation au canton compétent, mais aussi de la coordination d'enquêtes inter-cantoniales ou internationales.

Cette variante ne s'appuie toutefois pas sur les art. 258 et 259 PPF, car dans le domaine de la criminalité sur Internet, la Confédération ne dispose d'aucun droit spécial de haute surveillance (cf. p. 13 à 16). Jusqu'ici, un tel droit n'a été créé que dans des lois spéciales et pour des domaines pour lesquels la Confédération doit disposer de différents droits de surveillance et d'intervention qui ne soient pas limités à la procédure pénale. Bien que rien ne s'y oppose juridiquement, c'est pour cette raison que la création d'un droit de haute surveillance (comme variante 1) n'a pas été retenue.

Pour tenir compte des besoins pratiques, la possibilité de mener des enquêtes n'est pas limitée au MPC; les "**autorités fédérales compétentes (et donc également la Police judiciaire fédérale, selon les circonstances) sont autorisées à ordonner des enquêtes**". A cet égard, **le droit de procédure de la Confédération est applicable**. Par contre, dans tous les cas, **seul le MPC** peut prendre des **mesures de contrainte**, conformément aux dispositions de la PPF.

**Parallèlement, la Confédération peut édicter des instructions contraignantes à l'attention des cantons dans le cadre de la coordination des enquêtes**

**intercantionales et internationales.** Ce besoin est également apparu dans le cadre de l'opération "Genesis" – avant tout au sein de la Police judiciaire fédérale.

## 5.2 Mise en œuvre

Etant donné que cette variante ne permet pas de prendre en compte un droit de haute surveillance, la nouvelle compétence d'enquête de la Confédération est directement inscrite dans le code pénal. Ainsi, la totalité des bases légales figure dans le code pénal.

Proposition: **création d'un art. 343<sup>bis</sup> CP**

### **Art. 343<sup>bis</sup> CP (nouveau)**

<sup>1</sup> L'autorité fédérale compétente peut ordonner quelques recherches nécessitant des investigations urgentes dans le cadre de la poursuite d'infractions commises totalement ou partiellement à l'étranger ou dans plus d'un canton par le biais de réseaux de communications électroniques.

<sup>2</sup> Dans ces cas, l'autorité fédérale compétente chargée de la coordination des enquêtes impliquant plusieurs cantons et/ou un ou plusieurs États étrangers peut en outre édicter des instructions contraignantes à l'attention des autorités cantonales, y compris l'instruction d'ouvrir et d'effectuer une enquête.

<sup>3</sup> Le fait d'ordonner des recherches conformément à l'al. 1 ne fonde pas de compétence juridictionnelle de la Confédération.

Cette proposition s'appuie elle aussi sur le moyen (des réseaux de communications électroniques). Toutefois, comme les possibilités offertes à la Confédération en matière d'enquêtes et d'instructions ne s'appuient pas sur les art. 258 et 259 PPF, faute de droit de haute surveillance, elles sont mentionnées explicitement dans le nouvel article. La formulation s'inspire fortement des articles de la PPF mentionnés.

## 5.3 Avantages et inconvénients de la variante 2

### Avantages

- a) La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de poursuite pénale reste inchangée.
- b) Il s'agit d'une solution acceptable pour les cantons, étant donné qu'ils ne perdent aucune compétence.
- c) Le problème est résolu là où il est apparu dans la pratique policière. Les expériences faites jusqu'à présent dans le cadre de l'opération "Genesis" ont en effet montré qu'une préparation centralisée des affaires par la Confédération au cours de la première phase est nécessaire (détermination de la compétence, du détenteur de la carte de crédit).
- d) Cette variante peut être mise en œuvre assez rapidement, étant donné que les compétences existantes restent inchangées et qu'un nombre relativement limité d'adaptations légales est nécessaire.
- e) La possibilité de transférer l'affaire aux autorités compétentes s'avère efficace, étant donné que l'ouverture d'une enquête par le MPC contraint les fournisseurs d'accès à Internet à divulguer aux autorités les données pertinentes pour la procédure.
- f) La mise en œuvre de cette variante exige beaucoup moins de ressources que dans le cas de la création d'une compétence fédérale.
- g) Il s'agit d'une possibilité flexible de soutien de la Confédération aux cantons.
- h) Un droit de haute surveillance de la Confédération ne doit pas être créé.
- i) Cette variante peut être appliquée en tant que solution de transition jusqu'à l'entrée en vigueur du code de procédure pénale suisse unifié, ce qui permettrait d'accumuler des expériences avec le nouveau système.
- j) Cette variante permet à la Confédération d'édicter des instructions à l'attention des autorités cantonales dans le cadre de la coordination des enquêtes. Ce besoin est également apparu dans le cadre de l'opération "Genesis".

### Inconvénients

- a) L'ouverture d'une enquête est laissée à l'appréciation des autorités fédérales compétentes.
- b) Les autorités fédérales compétentes ne sont pas clairement identifiées et on ne sait pas s'il peut y en avoir plusieurs.
- c) Les autorités chargées d'appliquer le droit ne connaissent pas les procédures.
- d) Une coordination accrue est nécessaire entre les autorités fédérales compétentes et les cantons (la compétence d'enquête de la Confédération ne remplace pas celle des cantons).
- e) Les compétences doivent être clairement délimitées, car il est probable qu'à l'avenir la majorité des infractions relèveront du domaine de la criminalité sur Internet.
- f) En vertu de la Constitution (art. 57, al. 2, Cst.), la Confédération dispose déjà d'un pouvoir d'injonction envers les cantons. Toutefois, la mise en œuvre de ce pouvoir est difficile, même s'il est formulé dans une loi. L'exécution reste donc soumise à la bonne volonté des cantons.
- g) Changement de direction en cours de procédure (or, si la Confédération commence l'enquête, alors elle devrait diriger la procédure jusqu'à son terme).
- h) La Confédération n'agit pas sur la base de sa propre compétence.
- i) L'ampleur du soutien apporté par la Confédération aux cantons dépend de l'importance des ressources supplémentaires mises à disposition.

## **6 Conséquences en termes de finances et de personnel**

### **6.1 Conséquences pour la Confédération**

La mise en œuvre du modèle (qu'il s'agisse de la variante 1 ou 2), entraînera des coûts supplémentaires pour la Confédération.

Les effectifs nécessaires sont difficiles à évaluer. Ils seront en premier lieu affectés à la Police judiciaire fédérale (PJF) et, dans une moindre mesure, au MPC.

Outre les frais de personnel, des frais organisationnels (équipement informatique, aménagement de bureaux, formation, etc.) seront aussi générés.

Aujourd'hui déjà, il est toutefois admis que l'instauration d'une compétence fédérale (cf. l'initiative parlementaire Aeppli Wartmann) coûterait beaucoup plus cher. Il faudrait créer un nombre bien plus élevé de postes supplémentaires. Les expériences faites jusqu'à présent montrent que la Confédération ne pourrait pas mener seule une opération de l'ampleur de "Genesis" (1046 contrôles de personnes, 1096 perquisitions, saisie de milliers d'ordinateurs et de supports de données, etc.). Si l'on considère les effectifs actuels des autorités de poursuite pénale de la Confédération, il serait irréaliste que la PJF doive effectuer des relevés et des saisies de moyens de preuve de cette envergure en peu de temps, puis évaluer le matériel, et que le MPC doive instruire un nombre aussi élevé de procédures. Seul un recrutement massif de personnel permettrait une mise en œuvre réaliste de cette proposition.

Cependant, au vu de la situation budgétaire de la Confédération, la création de nouveaux postes est pour l'heure quasiment exclue. Le Conseil fédéral a en effet décidé de geler les moyens nécessaires pour la mise en œuvre du Projet d'efficacité en 2004 et de donner un coup d'arrêt à ce projet. Etant donné que les moyens actuels ne permettront vraisemblablement plus de faire face à toutes les procédures relevant de la compétence de la Confédération, il est pour l'heure exclu d'attribuer d'autres tâches aux autorités de poursuite pénale de la Confédération.

Le Conseil fédéral entend s'appuyer sur les expériences faites pendant le temps d'arrêt du Projet d'efficacité pour procéder à la planification de la mise en œuvre future. Il reste à voir si des moyens peuvent également être dégagés dans ce cadre pour mettre en œuvre le modèle de poursuite pénale retenu. C'est pourquoi il est également judicieux de se pencher dès maintenant sur les modifications du droit nécessaires relativement au domaine de la criminalité sur Internet.

## **6.2 Conséquences pour les cantons**

Le moyen de communication qu'est Internet donne lieu à des infractions supplémentaires. La mise en œuvre de ce modèle (qu'il s'agisse de la variante 1 ou 2)

permettrait de poursuivre efficacement les infractions commises avec Internet. Ainsi, une grande partie des infractions seraient transmises à la justice pénale, ce qui pourrait accroître ponctuellement la charge des cantons. Mais le modèle proposé (qu'il s'agisse de la variante 1 ou 2) doit être interprété comme une prestation de la Confédération au profit des cantons. En effet, la Confédération entreprend à ses propres frais des actes d'instruction qui, en raison de la compétence en matière de procédure, devraient être effectués par les autorités cantonales.

## 7 Résumé

Les enquêtes menées dans le cadre de l'opération "Genesis" ont révélé le grand nombre de sites Internet contenant de la pornographie infantile ainsi que la problématique qu'ils soulèvent. Le nombre élevé et la dispersion des procédures pénales (relevant de la compétence cantonale) devant être engagées simultanément par plusieurs cantons révèlent la nécessité de prendre des mesures au niveau de la collaboration entre ceux-ci et la Confédération. Cette nécessité s'est manifestée le plus nettement au cours de la première phase d'investigation, qui concernait notamment l'identification des détenteurs de cartes de crédit en vue de la détermination des compétences, la collecte et la saisie des moyens de preuve et la préparation des dossiers pour les autorités cantonales compétentes. Dans le cadre des compétences actuelles, peu d'améliorations essentielles pourront cependant être apportées.

Un certain nombre d'interventions parlementaires réclamant une compétence fédérale pour l'ensemble du domaine de la pornographie infantile sur Internet sont en cours de traitement (**cf. p. 3s.**).

Il ne semble toutefois pas approprié de transférer l'ensemble des compétences en faveur de la Confédération pour résoudre les problèmes qui sont apparus. Abstraction faite du faible niveau des ressources fédérales, il convient également de noter que les procédures concernées ne sont pas des procédures extrêmement complexes (comme pour le crime organisé), mais de nombreuses petites procédures individuelles, qui doivent plutôt être examinées et évaluées par les

cantons, qui connaissent l'environnement local et les milieux dans lesquels gravitent les auteurs des délits (**cf. p. 8s.**).

Toutefois, une centralisation au cours de la première phase de la procédure constituerait une amélioration quasi incontestée.

Le modèle proposé (qu'il s'agisse de la variante 1 ou 2) offre justement une solution allant dans ce sens.

### **Variante 1 (cf. p. 9ss, p. 18ss)**

**Le MPC peut, en vertu de l'art. 259 PPF, ordonner des recherches, si les actes punissables – comme lors de l'opération "Genesis" – ont été commis totalement ou partiellement à l'étranger ou dans plus d'un canton.** La Confédération doit toutefois disposer d'un **droit de haute surveillance** sur la poursuite des actes punissables concernés.

Les possibilités en matière d'enquête qui s'offrent au MPC s'étendent uniquement au stade de l'enquête de police judiciaire (art. 100 à 107<sup>bis</sup> PPF). Il s'agit ici de quelques recherches nécessitant des investigations urgentes, afin notamment de jeter les bases permettant d'élaborer un premier rapport de dénonciation respectivement d'enregistrer une dénonciation pénale contre une personne déterminée. En matière de poursuite pénale, les cantons conservent leurs compétences.

Etant donné que la Confédération est dépourvue d'un droit de haute surveillance aussi bien dans le domaine visé par l'art. 197 CP que dans celui de la cybercriminalité, un tel droit doit être introduit.

Il est proposé de **créer un art. 343<sup>bis</sup> CP** établissant un droit de haute surveillance sur la poursuite des actes punissables commis au moyen de réseaux de communications électroniques. Le potentiel délictueux étant considérable, une limitation à des infractions spécifiques (p.ex. la pornographie) ne serait pas appropriée.

La possibilité d'appliquer l'art. 259 PPF **inclut** en outre celle d'appliquer l'**art. 258 PPF**.

Ainsi la Confédération dispose-t-elle d'un pouvoir d'injonction vis-à-vis des cantons, dans le sens où elle peut leur demander de procéder à des actes d'instruction. Ce besoin s'est également manifesté dans le cadre de l'opération "Genesis".

### **Variante 2 (cf. p. 20ss)**

L'**autorité fédérale compétente** peut ici aussi, dans le cas d'infractions relevant de la cybercriminalité commises entièrement ou partiellement à l'étranger ou dans plus d'un canton, **ordonner quelques recherches nécessitant des investigations urgentes, sans pour autant créer une compétence fédérale**.

Cette variante ne s'appuie pas sur les art. 258 et 259 PPF, car on renonce à introduire un droit spécial de haute surveillance de la Confédération.

**Parallèlement, il est établi que la Confédération peut édicter des instructions contraignantes à l'attention des cantons dans le cadre de la coordination des enquêtes intercantionales et internationales.**

La création d'un art. 343<sup>bis</sup> CP est également proposée.

**Au vu de la situation budgétaire de la Confédération, le présent modèle (variante 1 ou 2) semble proportionné.**

**Le modèle (variante 1 ou 2) est en outre axé sur la pratique ; il s'appuie sur des procédures existantes (variante 1) et il peut être mis en œuvre rapidement au profit de l'ensemble des autorités de poursuite pénale (variantes 1 et 2).**

## 8 D'autres adaptations ou mesures législatives sont-elles nécessaires?

- Il faudrait éventuellement compléter la loi fédérale du 7 octobre 1994 sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération (LOC). La question se pose de savoir si, dans les domaines où le MPC peut ouvrir des enquêtes, la Confédération doit gérer un office central. Une possibilité d'aménagement correspondante est en cours d'étude. En outre, le MPC devrait avoir la possibilité, comme dans la législation sur les stupéfiants - art. 29, al. 2, LStup et art. 9, al. 2, LOC -, de procéder de façon autonome au relevé des preuves dans le cadre de demandes d'entraide judiciaire internationale.
- Il faudrait éventuellement compléter l'ordonnance du 30 novembre 2001 concernant l'exécution de tâches de police judiciaire au sein de l'Office fédéral de la police, RS 360.1 (conformément aux modifications apportées à la LOC).
- Il faudrait compléter la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT)  
Dans le cadre de la poursuite d'actes et de contenus punissables sur Internet, l'adresse IP joue un rôle prépondérant dans la détermination géographique de la compétence. Etant donné que, dans la plupart des cas, l'auteur dispose d'une adresse IP dynamique (une adresse IP est attribuée pour chaque session Internet), son adresse de résidence ne peut être identifiée que dans le cadre d'une procédure pénale formelle (art. 1 et 14 LSCPT; art. 24, let. f, de l'ordonnance du 31 octobre 2001 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, OSCPT), les données individuelles concernant l'adresse IP dynamique étant considérées comme des données relatives aux communications et à la facturation et, partant, comme relevant de l'obligation de garder le secret en vertu de l'art. 43 de la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC). Le modèle proposé permet justement au MPC (variante 1) ou aux autorités fédérales compétentes (variante 2) de procéder à

ces éclaircissements, étant donné que l'ouverture d'une enquête selon l'art. 101 PPF implique celle de la procédure pénale.

Pour que la poursuite pénale soit efficace, le Service de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet (SCOICI), géré par les cantons et par la Confédération, doit toutefois connaître certaines données relatives aux communications, même en dehors d'une procédure pénale formelle, car celles-ci permettent d'impliquer les autorités compétentes. En outre, la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, signée le 23 novembre 2001 par la Suisse, prévoit d'autres obligations de renseignement concernant les données relatives aux communications. La LSCPT doit donc être complétée par une norme qui fixe l'obligation de renseigner correspondante des fournisseurs d'accès à Internet.

- Police XXI

Les expériences faites jusqu'ici dans le cadre de l'opération "Genesis" ont révélé, dans le cas de délits informatiques transfrontaliers commis par le biais de réseaux, un manque flagrant de spécialistes en criminalistique. Les petits cantons ne disposent ni des ressources ni des moyens financiers nécessaires pour se doter du personnel et de l'équipement technique correspondants. Dans le cadre du projet "Police XXI", qui vise la régionalisation d'une partie du travail de la police, il convient d'examiner si une régionalisation des enquêtes dans le domaine informatique est également possible.

## Annexe 1

### Abréviations

RS	Recueil systématique du droit fédéral
Cst.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
PPF	Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale (RS 312.0)
LStup	Loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (RS 812.121)
FF	Feuille fédérale (année et numéro de page)
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral
LSCPT	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (RS 780.1)
OSCPT	Ordonnance du 31 octobre 2001 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (RS 780.11)
LTC	Loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (RS 784.10)
LOC	Loi fédérale du 7 octobre 1994 sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération (RS 360)
RPS	Revue pénale suisse

## Annexe 2

### Procédure pénale fédérale (selon le droit en vigueur)

Pour les infractions relevant de la juridiction fédérale, le principe suivant s'applique: la procédure se déroule conformément aux règles de la **PPF**. Les phases suivantes doivent être respectées:

#### **Dénonciation** (art. 100 PPF)



#### Ouverture d'une **enquête de police judiciaire**

par le Ministère public de la Confédération, qui la dirige (art. 100ss PPF)

En matière de moyens de preuve et de mesures de contrainte, le droit confère au Ministère public de la Confédération pratiquement les mêmes compétences qu'à l'Office des juges d'instruction fédéraux.

#### **Participation des cantons**, dans la mesure où:

- ils procèdent à des actes d'instruction pour la Confédération;
- ils mènent des enquêtes parallèles.



#### **Instruction préparatoire**

par un juge d'instruction fédéral (art. 108 PPF)



#### Etablissement de l'**acte d'accusation**

par le Ministère public de la Confédération (art. 125ss PPF)



Décision concernant **la mise en accusation**  
par la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral (art. 128ss PPF)



**Débats** devant la Cour pénale fédérale  
selon le principe de l'immédiateté (art. 146ss PPF)



**Pourvoi en nullité** très limité  
devant la Cour de cassation du Tribunal fédéral (art. 220ss PPF)

**Ce cadre juridique ne correspond toutefois pas à la réalité actuelle!**

Dans la pratique, la plupart des affaires soumises à la juridiction fédérale sont déléguées aux cantons, soit immédiatement soit au cours de la procédure d'enquête de police judiciaire, pour enquête complémentaire et jugement (art. 18 et 18<sup>bis</sup> PPF). La procédure ultérieure s'instruit selon les règles de la législation cantonale (art. 247 PPF). Seul la Cour pénale fédérale de première instance, qui entamera ses travaux le 1<sup>er</sup> avril 2004, changera cet état de fait.

Ainsi, l'essentiel de la poursuite pénale par la Confédération réside-t-il dans le domaine de la procédure d'enquête de police judiciaire.

## Annexe 3

### **Défis en matière de lutte contre la criminalité sur Internet, en particulier contre la pornographie infantile.**

#### **Domaine d'enquête**

Les enquêtes sur Internet, dans le monde virtuel du "cyberespace", constituent un défi de taille, d'un point de vue aussi bien personnel que technique. Les difficultés sont nombreuses:

- dans le monde virtuel, d'autres méthodes d'enquête que dans le monde réel doivent en principe être utilisées;
- Internet permet à la plupart des auteurs de conserver l'anonymat ou tout au moins d'effacer leurs traces;
- il est difficile de localiser les auteurs, étant donné que les données relatives aux communications concernant l'adresse IP dynamique ne peuvent être déterminées que dans le cadre d'une procédure pénale formelle (cf. p. 29).
- la saisie des moyens de preuve demande un investissement personnel et technique considérable;
- les informations ne restent pas longtemps sur Internet; la longueur des enquêtes rend plus difficile la saisie des moyens de preuve, lesquels disparaissent rapidement du cyberespace;
- le recours à des agents infiltrés est difficile sur Internet, étant donné que dans les milieux concernés, l'accès à l'information exige une recommandation et

que l'accès aux fichiers susceptibles de fournir des preuves n'est possible qu'en y introduisant soi-même du matériel punissable;

- les traces ne peuvent pas être relevées avec les moyens criminalistiques habituels (traces dans le monde entier, certaines législations parfois non compatibles);
- l'équipement est très coûteux, car il doit constamment être adapté aux dernières évolutions technologiques;
- les enquêteurs doivent suivre un perfectionnement intensif, car les auteurs manipulent habilement les moyens d'intervention;
- une difficulté fondamentale réside en outre dans l'exploitation, devant les tribunaux, des moyens de preuve rassemblés; l'absence de jurisprudence dans ce domaine crée en outre une incertitude quant aux exigences correspondantes.