



Université de Genève
Faculté de droit
40, boulevard du Pont-d'Arve
1211 Genève 4

Département fédéral de justice et police DFJP
irh.vertraege@bj.admin.ch

Genève, le 17 mars 2025

Approbation et mise en œuvre de la Convention de Ljubljana-La Haye pour la coopération internationale en matière d'enquête et de poursuite du crime de génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre et autres crimes internationaux

Prise de position de la Faculté de droit de l'Université de Genève dans le cadre de la procédure de consultation 2023/91

Monsieur le Conseiller fédéral,
Mesdames et Messieurs,

La Faculté de droit de l'Université de Genève vous fait part de ses remarques concernant le projet d'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de Ljubljana-La Haye et le rapport explicatif y relatif.

1. La structure de la Convention de Ljubljana-La Haye pour la coopération internationale en matière d'enquête et de poursuite du crime de génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre et d'autres crimes internationaux (ci-après : la Convention ou MLAT) est **complexe**. Les États Parties prennent, en la ratifiant, une série d'engagements relevant essentiellement, mais pas exclusivement, de l'entraide internationale en matière pénale, relativement au noyau des crimes internationaux (*core crimes*) tels que prévus par le Statut de la Cour pénale internationale (Statut de Rome), à l'exception du crime d'agression. Ils peuvent étendre le champ *ratione materiae* de la Convention à d'autres crimes internationaux (dont l'agression), crimes qui bénéficient d'un degré de reconnaissance coutumier variable. C'est un mécanisme d'*opt in* qui va les engager uniquement à l'égard d'États parties qui auront eux aussi activé l'*opt in* pour les mêmes infractions. Les crimes en question sont énumérés dans les annexes à la Convention. S'agissant des crimes de guerre, la distinction entre crimes entraînant l'application obligatoire de la Convention (pour les États parties) et crimes pour lesquels est prévue une possibilité d'*opt in* est essentiellement chronologique, les premiers étant établis dans le Statut dès 1998 et les seconds intégrés au Statut par la suite, entre 2010 et 2019. Au-delà de la chronologie, il existe toutefois également à ce jour un fossé entre le degré de ratification entre le Statut initial (125 États l'ont ratifié) et les amendements (47 États ont ratifié les amendements de Kampala, voir plus bas, et de 19 à 24 États seulement les amendements subséquents).



Le processus de ratification de la MLAT en cours conduira à un tableau également complexe, avec des engagements multilatéraux fixes et des engagements bilatéraux (*opt in-opt in*) qui varieront d'État à État et de crime à crime.

L'Office fédéral de la justice propose :

- de ratifier la Convention ;
- d'activer l'*opt in* pour tous les crimes prévus dans les annexes, à l'exception du crime de torture ;
- d'introduire le crime d'agression dans le droit pénal suisse.

2. Sur le plan de la technique législative, il est choquant de proposer une révision du droit pénal, importante sur le plan symbolique davantage que sur le plan concret, par une sorte de **cavalier législatif** à l'occasion de la ratification d'une convention dont le titre même indique qu'elle porte essentiellement sur l'**entraide internationale** en matière pénale. L'Office fait preuve de pragmatisme, mais ni la transparence ni le respect des principes de technique législative ne sortent grandis de l'opération. Le message paraît clair : une réforme importante du droit pénal national, à laquelle il avait été renoncé en 2015 au moment de la ratification des premiers amendements au Statut de Rome (voir RS 0.312.12), est dictée désormais essentiellement par les besoins de l'entraide. Mais ce message est faux : il s'agit en réalité de profiter de ce processus législatif pour répondre à une motion (22.3262) votée par le Parlement en 2022 et 2023.

3. Le Rapport expose de manière lapidaire, à la p. 32, que « les Annexes A, B, C, D, E permettent aux États parties, qui ont effectué une notification en vertu de l'art. 2 par. 2, d'étendre la définition des crimes de guerre consacrés à l'art. 5 par. 4 let. e de la présente Convention, comme résultant des Amendements du Statut de Rome de l'art. 8 par. 2. La Suisse a adopté ces amendements au Statut de Rome et entend dès lors ratifier les annexes relatives aux crimes de guerre ».

En ratifiant les amendements au Statut de Rome, ceux qui ont été adoptés à Kampala en 2010 en même temps que la configuration du crime d'agression et les amendements postérieurs (2015 et 2017), le législateur suisse a décidé de ne pas modifier le Code pénal, considérant d'une part que les amendements de Kampala avaient pour objet de calquer la liste des crimes de guerre commis lors de conflits armés non internationaux sur celle qui s'applique lors de conflits internationaux, rapprochement effectué par le législateur dès la ratification du Statut et l'adoption du nouveau titre 12^{ter} du CP en 2010 (FF 2010 380) et, d'autre part, que les amendements subséquents « *consolident* des interdictions existantes » également couvertes par le titre 12^{ter} du CP (FF 2019 3782).

Les formulations des Annexes A-E et par conséquent des amendements au Statut de Rome diffèrent de celles des articles du titre 12^{ter} qui lui sont *antérieurs* (le libellé des articles du CP date de 2008, alors que les premiers amendements [Annexe A de la MLAT] datent de 2010). On peut en particulier douter que l'article 264h al. 1 lit. b CP couvre complètement l'objet de l'annexe B, ou que l'article 264g al. 1 lit. c CP corresponde entièrement à l'annexe E. Ce n'est pas le lieu d'examiner ici si cette non-concordance peut conduire à des lacunes dans la répression nationale.

4. En revanche, il est intéressant de mettre cette non-concordance en relation avec un des choix législatifs de la MLAT : ne pas « neutraliser » la condition de **double incrimination**, aux fins



de faciliter la coopération inter-étatique. La logique derrière ce choix est analogue à celle qui a présidé à la construction du mandat d'arrêt européen (Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002, JO L 190 du 18.7.2002, p. 1–20) : plutôt que de prévoir la neutralisation de la double incrimination, le législateur européen a préféré la technique des « euro-crimes » (art. 2 de la décision-cadre), qui consiste à lister les « crimes » (en réalité des comportements) auxquels s'appliquera la remise facilitée.

De la même manière, la MLAT définit des crimes pour lesquels les États parties s'engagent à pratiquer l'entraide facilitée. S'agissant des crimes de guerre et de l'agression, l'opération est moins artificielle que pour le mandat d'arrêt européen, dans la mesure où la convention reprend les définitions du Statut de Rome (art. 5) ou des amendements qui lui ont été apportés (annexes A-E). Il est rappelé que ces incriminations n'ont qu'une portée juridictionnelle, limitée à la juridiction de la Cour, et que chaque État partie au Statut est libre, comme l'a fait la Suisse, de définir à sa guise les comportements. Les définitions de la torture et des disparitions forcées ont, elles, pour source des conventions internationales, qui ont un caractère obligatoire. S'agissant du premier crime, il existe une pluralité de sources internationales, ce qui explique, entre autres raisons, que la proposition législative visant à introduire un article 124bis CP – qui fait l'objet d'une consultation parallèle – prévoit à ce stade deux variantes.

Pour en rester aux crimes de guerre, puisque l'Office fédéral de la justice ne prévoit pas à ce stade un *opt in* pour le crime de torture, l'absence de concordance entre la définition des annexes et la norme correspondante du droit pénal suisse peut poser un problème au regard de la double incrimination. Cela nous semble particulièrement vrai pour les crimes prévus dans les annexes A-E. Imaginons l'utilisation d'une arme qui peut avoir pour effet de provoquer la cécité, mais dont ce n'est pas l'*« effet principal »* au sens de l'article 264h al. 1 lit. e CP. Une procédure ouverte à raison de l'usage de cette arme pourrait se heurter à la définition restrictive de l'article 264h al. 1 lit. e). L'autorité saisie pourra-t-elle se référer directement à l'annexe D de la MLAT (à supposer que l'État requérant ait fait un *opt in* sur cette annexe), voire au droit international coutumier ou sera-t-elle contrainte à une gymnastique interprétative des termes de la lit. e, mettant à mal le principe de légalité ?

De tels exemples – on peut aisément en donner à propos des annexes B ou E – sont certes marginaux, mais il serait utile de clarifier l'argumentation dans le Message.

5. À l'inverse, l'article 264 CP élargit la notion de « groupe protégé » au-delà de la Convention contre le génocide de 1948 et de l'article 6 du Statut de Rome. En droit suisse, les groupes politiques et sociaux sont également protégés. Dès lors, si une procédure était initiée en Suisse pour une atteinte à un des groupes de sa liste élargie, la MLAT n'ouvrirait pas la possibilité d'une assistance que, par hypothèse, l'État étranger pourrait refuser selon son droit national.

6. S'agissant de la responsabilité des personnes morales (art. 15 MLAT), le Rapport se montre là aussi lapidaire, en soulignant que le ch. 1 de l'art. 15 permet à chaque État d'établir la responsabilité des personnes morales conformément à ses principes juridiques. Comme le rappelle le Rapport, à l'heure actuelle, les crimes internationaux ne peuvent être imputés aux entreprises que sur la base de l'al. 1 de l'article 102 CP, modèle d'imputation notoirement difficile et parfaitement inadapté à la criminalité de masse.

Cette approche purement formelle est quasiment injurieuse par rapport à l'objet dont il est question ici. Les crimes internationaux sont le résultat d'une **action collective** pour lesquels l'imputation à un acteur collectif devrait être prioritaire. Qu'on pense à un génocide ou à un



crime contre l'humanité : comment décemment affirmer que l'article 102 al. 1 CP est adapté à de telles situations ? Autant dire que l'article 15 sera ratifié comme le reste de la Convention, mais non respecté dans son esprit.

Le Rapport ne se penche sur aucune des questions qui se posent si l'on veut examiner sérieusement la compatibilité de notre ordre juridique avec l'article 15 et son esprit. Est-ce que la notion d'« entreprise » est adéquate au sujet d'une criminalité qui est souvent une criminalité d'État ? Que sont les « activités commerciales conformes au but » (de l'entreprise) s'agissant d'un groupe armé ? Peut-on imaginer un crime contre l'humanité dont le ou les responsables ne pourraient être découverts en raison du manque d'organisation de l'entreprise ?

En bref, notre Code pénal est absolument inadéquat pour affronter le phénomène de criminalité de masse, et il aurait été honnête de le dire.

À tout le moins, puisque l'heure n'est pas à une refonte de l'article 102 CP ou à la création d'un nouveau mode d'imputation mieux adapté à la criminalité de masse, le Conseil fédéral devrait saisir cette occasion pour compléter l'al. 2 de l'art. 102 CP en ajoutant les crimes pour lesquels la Suisse prend des engagements à travers la MLAT. Il permettra ainsi à la Suisse de se conformer aux obligations qu'elle souscrit en ratifiant la Convention, non pas simplement sur le plan formel, mais également dans l'esprit de cette dernière et de son article 15.

7. L'intégration du crime d'agression dans le Code pénal répond à une demande parlementaire et il n'est plus aujourd'hui question de la mettre en discussion, si ce n'est sous l'angle de la technique législative (voir ch. 2 ci-dessus). En revanche, son intégration dans le droit pénal suisse remet sur le devant de la scène un sujet qui avait été évoqué lors de la ratification du Statut de Rome (2008-2010) : l'adéquation des dispositions générales du Code pour appréhender la criminalité de masse. Il n'est même plus question de l'article 102 al. 1 CP, discuté plus haut et manifestement inadéquat ici.

8. La participation pose un problème nettement moins anecdotique, que le Projet propose de traiter en recopiant le § 13 ch. 4 du *Völkerstrafgesetzbuch* allemand et en excluant la participation de « personnes qui ne sont pas effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État ». Le projet propose donc d'introduire une clause dérogatoire à l'art. 26 CP dans une disposition de la partie spéciale. À notre connaissance, c'est une première. En effet, le participant accessoire à un délit propre (l'auteur principal possède certaines caractéristiques personnelles dont le participant est dépourvu) peut, aux termes de l'article 26 CP être poursuivi, mais bénéficiera d'une atténuation de peine. Le participant accessoire à une agression ne pourra pas être puni du tout.

De cette manière, le projet limite le cercle des personnes punissables. Il n'aborde en revanche pas les problèmes délicats de connaissance par l'agent individuel du plan général d'agression, problèmes que l'on rencontre également dans tous les autres crimes internationaux qui supposent, explicitement comme pour les crimes contre l'humanité, ou implicitement pour le génocide, l'existence d'un **plan concerté**. Il faudra un jour affronter ce problème sur le plan législatif, en particulier si le nombre des crimes, et donc des possibilités de devoir attribuer des responsabilités individuelles dans de tels contextes, se multiplient.

Au-delà des responsabilités individuelles la question la plus importante est sans doute celle de la **participation des entreprises** à la commission de crimes internationaux, à l'égard de laquelle le droit pénal suisse est insuffisamment outillé. On peut douter de la cohérence d'une



politique qui multiplie les incriminations, tout en se refusant à se doter d'un des instruments essentiels d'une lutte efficace contre les crimes visés.

9. S'agissant des **règles portant sur la coopération internationale**, la Convention n'apporte pas de nouveauté fondamentale en matière de coopération pour le droit suisse, puisque le droit suisse interne (EIMP) prévoit toutes les formes de coopération concernées par la Convention (entraide, art. 17-47 ; extradition, art. 49-65 ; délégation de la poursuite, art. 48 ; exécution des condamnations à une sanction privative de liberté, dit transfèrement des personnes condamnées, art. 66-80) et permet déjà la coopération en matière pénale avec tous les États, y compris pour les crimes internationaux (sous réserve du crime d'agression, voir *supra*).

Sa ratification par la Suisse (tout comme par les États étrangers), est toutefois importante pour donner, à ceux des États étrangers dont la législation l'exige, une base conventionnelle permettant la coopération. En effet, la Convention constitue une telle base (voir art. 29 pour l'entraide, art. 50 pour l'extradition). La ratification permettra ainsi à la Suisse de prêter son concours et obtenir la coopération des États étrangers.

La Convention a une portée plus importante pour le droit suisse de la coopération que ce semble indiquer le Rapport, en tant qu'elle élargit, sur plusieurs aspects, le cercle d'États avec lesquelles certaines formes d'entraide seront, à l'avenir, possibles. Quelques points particuliers méritent d'être relevés, s'agissant de certaines dispositions mentionnées *infra*.

Ad art. 24 let. h, i et j MLAT :

Sont visées ici de nouvelles formes d'entraide qui ne sont pas toutes prévues par le droit suisse interne. Elles sont en revanche prévues par certains autres traités, notamment le 2^e Protocole additionnel à la CEEJ. La Convention étend donc les possibilités de coopération de la Suisse à un cercle plus vaste d'États (en matière de crimes internationaux).

En particulier, les équipes communes d'enquête sont possibles avec les États parties au 2^e Protocole additionnel à la CEEJ. De plus, cette forme d'entraide a récemment été insérée dans l'EIMP, l'étendant à tous les États étrangers. Selon la lecture qui est faite de l'art. 80d^{octies} renvoyant à l'art. 80d^{bis} EIMP, il n'est toutefois pas certain qu'elle puisse être utilisée pour des infractions autres que celles relevant de la criminalité organisée et du terrorisme. Partant, la Convention étend potentiellement le champ de cette forme d'entraide.

Ad art. 26 MLAT :

La confidentialité des demandes d'entraide n'est pas possible en droit suisse : la personne concernée doit être informée avant toute transmission, au terme de la procédure d'entraide. Partant, le MPC devra systématiquement en informer les États étrangers requérants. La Suisse pourrait émettre une déclaration à la Convention allant en ce sens.

Ad art. 30 par. 1 let. i MLAT :

Tous les motifs de refus de l'entraide prévus en droit suisse sont couverts par le renvoi ici mentionné. La Convention n'implique donc pas d'adaptation du droit suisse sur ce point.

Ad art. 30 par. 3 MLAT :

Le Rapport explicatif de l'OFJ (p. 17) indique que l'art. 30 par. 3 ne sera pas applicable en Suisse s'agissant des infractions fiscales du fait de l'application de l'art. 30 par. 1 let. i. Cela n'est pas évident à la lecture de la disposition, qui semble plutôt faire prévaloir le par. 3 sur le par. 1. La lecture telle que ressortant du Rapport devra être privilégiée, sans quoi la Convention déroge au droit suisse sur un point pouvant être qualifié de fondamental pour le système suisse.



Ad art. 31 par. 1 MLAT :

Le principe de spécialité tel que prévu par cette disposition est plus strict que celui figurant à l'art. 67 al. 1 EIMP et sa mise en pratique, qui permettent une utilisation subséquente pour toutes les infractions pour lesquelles l'entraide aurait été accordée.

Ad art. 31 par. 2 MLAT :

La disposition est peu claire : en particulier les termes « divulguer » (à qui ?) et « procédure » (laquelle ?) mériteraient des précisions. Si l'on considère que cette disposition signifie que le principe de la spécialité est levé pour une utilisation à décharge des pièces transmises, elle est contraire au droit suisse de l'entraide.

Ad art. 34 MLAT :

La disposition traite de la vidéoconférence. Celle-ci n'est possible actuellement qu'avec les États avec lesquels la Suisse est liée par un traité, tel le 2^e Protocole additionnel à la CEEJ. La Convention élargit par conséquent le cercle d'États concernés (en matière de crimes internationaux). La mention de la compatibilité de la mesure avec les « principes fondamentaux [du] droit interne [de l'État requis] » devra être interprétée (notamment) en ce sens que les informations ne pourront pas être utilisées avant la fin de la procédure d'entraide.

Ad art. 41 MLAT :

La disposition traite des équipes communes d'enquête. Afin de garantir leur compatibilité avec le droit suisse, la « clause suisse » devra être respectée : les informations dont prennent connaissance les membres de l'équipe ne peuvent être utilisées à des fins autres que la progression de l'enquête (ainsi, par exemple, une mise en accusation ou le prononcé d'une condamnation n'est pas possible). Une telle restriction pourrait être déduite de l'art. 24 let. 1 : si l'on en fait une lecture extensive, on peut en déduire que toutes les mesures entreprises, y compris celles prévues aux lettres précédentes (dont la let. j portant sur les équipes communes d'enquête), doivent être compatibles avec le droit de l'État requis.

Ad 64 par. 1 let. b MLAT :

La teneur de cette disposition diffère de la règle prévue par le droit suisse (art. 59 EIMP). À la lecture de la Convention, pourront être remis, par le biais de la remise dite extraditionnelle et donc sans demande d'entraide parallèle, non seulement les biens trouvés en possession de l'extradable, mais aussi ceux « découverts ultérieurement ». La Convention prévoit ainsi une règle plus favorable à la coopération que le droit suisse interne.

Nous vous remercions de prendre connaissance de notre position et restons à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Pour la Faculté de droit de l'Université de Genève,

Robert Roth, Prof. honoraire
robert.roth@unige.ch

Prof. Robert Kolb
robert.kolb@unige.ch

Prof. Maria Ludwiczak Glassey
maria.ludwiczak@unige.ch