

Le 11 octobre 2011

Prise de position de la Faculté de droit de l'Université de Genève.

Procédure de consultation relative à l'approbation et la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (Convention de Lanzarote)

La présente prise de position s'inscrit dans le cadre de la procédure de consultation ouverte le 22 août 2011, à propos de l'approbation et la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (Convention de Lanzarote).

La Suisse participe pleinement aux travaux du Conseil de l'Europe en matière de criminalité ; dès lors, l'opportunité de la ratification de la Convention de Lanzarote ne fait guère de doute.

Les remarques ci-dessous se limiteront, par conséquent, aux modifications du droit suisse proposées dans l'avant-projet (ci-après AP) mis en consultation.

Ces modalités de mise en œuvre **dépassent sur plusieurs points les exigences découlant de la Convention de Lanzarote**. En revanche, il est regrettable au regard des **lacunes de l'actuel art. 102 CP** par rapport au droit conventionnel, qu'aucune proposition d'amendement des dispositions en matière de responsabilité de l'entreprise ne soit formulée.

1. Modification de l'art. 5 CP (compétence universelle du juge suisse)

L'AP élargit le champ d'application du principe de l'universalité en vertu de l'art. 5 CP aux actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes âgées entre 16 et 18 ans (art. 188 CP), au nouvel art. 196 AP-CP (actes d'ordre sexuel avec des personnes mineures contre rémunération) et à la pornographie qualifiée (art. 197 ch. 2^{bis} (nouveau) et ch. 3 AP-CP).

Il est rappelé que l'art. 5 CP ne se limite pas à conférer au juge suisse la compétence universelle pour les infractions énumérées, mais qu'il lui demande, en outre, d'appliquer le droit suisse sans tenir compte du droit étranger au lieu de commission, en renonçant à la condition de double-incrimination et au principe de la *lex mitior* qui régissent la compétence universelle « ordinaire » sur la base de l'art. 6 CP. La seule limitation de la compétence universelle du juge suisse en vertu de l'art. 5 CP réside dans le fait que l'auteur doit **se trouver en Suisse au moment de la poursuite et ne pas être extradé**. C'est donc à tort que le rapport explicatif constate, à la page 53, que le « *prévenu peut*

faire l'objet de poursuites quelle que soit sa nationalité. La seule condition est qu'il doit être domicilié en Suisse ou y avoir sa résidence habituelle». L'exigence du domicile ou de la résidence habituelle avait certes été prévue, à l'occasion de la création de l'art. 5 CP en 2002, dans le projet du Conseil fédéral. Ce dernier était conçu pour frapper le phénomène du « tourisme sexuel » ; cependant, les Chambres fédérales ont biffé ce lien avec la Suisse.

L'ajout de nouvelles infractions dans la liste de celles qui sont soumises à l'art. 5 CP **élargit donc une disposition qui est d'ores et déjà bien trop large**. Ainsi, pour prendre un exemple, sur la base de l'art. 196 AP-CP, les clients de personnes prostituées mineures du monde entier pourraient avoir à répondre devant le juge suisse ; *de lege lata*, le principe de l'universalité (art. 5 CP) ne s'applique au client que si son partenaire a moins de 14 ans. De même, la justice pénale suisse devrait poursuivre et juger les comportements (y compris la simple possession ou l'acquisition par la voie électronique) relatifs à la pornographie montrant des actes d'ordre sexuel avec des personnes de moins de 18 ans réelles ou fictives, adoptés dans le monde entier, y compris dans des pays où la protection de la liberté d'expression est plus large.

Il convient de noter que l'**art. 5 CP va très largement au-delà des principes définissant la compétence dans la Convention de Lanzarote**. Cette dernière ne retient pas le principe de l'universalité, au contraire de la personnalité active et de la compétence pour juger les auteurs qui ont leur résidence habituelle sur le territoire du pays en question (art. 25 § 1 lit. d et e), qui doit être considérée comme une forme élargie du principe de la personnalité active. Quant au principe « *aut dedere aut iudicare* », il est limité aux cas dans lesquels une personne n'est pas extradée en raison de sa nationalité (art. 25 § 7). Il s'agit donc également d'une hypothèse relevant de la personnalité active.

Il conviendrait de **réinstaurer le lien avec la Suisse qui a été malencontreusement abandonné lors des travaux préparatoires en vue de la révision de la partie générale de 2002**, afin de ne pas imposer aux autorités pénales le devoir de poursuivre en vertu du droit suisse des personnes dont l'acte ne présente aucun rapport avec notre pays, sauf le fait que l'auteur s'y est rendu postérieurement aux faits.

Nous proposons donc que l'art. 5 CP soit complété par l'ajout de l'exigence que l'auteur ait son **domicile ou sa résidence habituelle en Suisse ou que le lieu de commission de l'acte ne relève d'aucune juridiction pénale** (art. 7 al. 1 lit. a CP par analogie).

2. Lacune du droit suisse en matière de responsabilité pénale de la personne morale

L'art. 26 de la Convention de Lanzarote exige l'instauration d'une responsabilité « civile, pénale ou administrative » de la personne morale selon le **modèle vicarial**, dans lequel la personne morale répond des fautes commises par ses organes. En vertu de l'al. 4, cette « responsabilité est établie sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques ayant commis l'infraction ».

Les infractions englobées dans le champ d'application de la Convention de Lanzarote sont soumises, en droit suisse, au **régime subsidiaire** de la responsabilité de l'entreprises décrit à l'art. 102 al. 1 CP. Cette responsabilité résiduelle, n'entrant en jeu que si la personne physique ayant commis l'infraction ne peut être identifiée suite à un manque d'organisation de l'entreprise, ne nous paraît pas satisfaire aux exigences découlant de l'art. 26 de la Convention de Lanzarote.

Il conviendrait donc de **réviser l'art. 102 CP**, de manière à introduire une responsabilité selon le **modèle vicarial** ou, pour le moins, de **soumettre les infractions couvertes par la Convention de Lanzarote au modèle direct décrit à l'art. 102 al. 2 CP**. Ce modèle présente, en effet, l'avantage de faire répondre l'entreprise **parallèlement** à la personne physique fautive et pas seulement si l'identification de l'auteur est impossible.

3. Modifications proposées en matière de prostitution (art. 195 et 196 AP-CP)

L'art. 196 AP-CP (nouveau) vise « *quiconque, contre rémunération, commet un acte d'ordre sexuel avec une personne mineure ou l'entraîne à commettre un tel acte* ».

Cette disposition va bien au-delà du but explicitement visé dans la Convention de Lanzarote :

- D'une part, contrairement à l'art. 19 al. 1 lit. c de la Convention de Lanzarote, l'art. 196 AP-CP **ne se limite pas à la prostitution enfantine**, mais englobe **tout acte d'ordre sexuel commis contre rémunération**. Seraient ainsi visés tous les actes d'ordre sexuel (par exemple du « petting »), pour lesquels un des partenaires obtient un avantage appréciable en argent (par exemple un cocktail dans un bar ou une paire de baskets). L'âge de protection irait jusqu'à 18 ans, et la clause exemptant les partenaires dont la différence d'âge ne dépasse pas trois ans (art. 187 ch. 2 CP) serait inopérante. C'est manifestement *excessif* et éloigné des réalités de la vie. Par ailleurs, les difficultés de délimitation de l'infraction pénale seraient considérables au vu du fait que le rapport explicatif précise que « l'art. 196 ne sera applicable que si la victime accepte le rapport sexuel uniquement parce qu'elle en retire un avantage patrimonial. La distinction sera probablement difficile à établir, p.ex. dans le cas où une jeune fille de 17 ans entretient une relation avec un homme beaucoup plus âgé qui lui offre de coûteux cadeaux. Il s'agira de déterminer au cas par cas s'il y a infraction ou non ». L'infraction manque ainsi de contours, et son application dépendra du caractère plus ou moins intéressé et calculateur du mineur en cause (qui devrait tout de même être perceptible pour l'auteur). *Cette imprécision se heurte à l'exigence de précision des incriminations (« Bestimmtheitsgebot ») découlant du principe de la légalité.*
- D'autre part, la formulation proposée (en langue allemande autant que française) est très maladroite, puisqu'elle englobe **à la fois le client qui entretient des rapports sexuels avec une personne prostituée mineure et la personne prostituée qui entretient des rapports sexuels avec un client mineur**. C'est même cette seconde hypothèse qui semble spécifiquement visée par la formulation proposée (« quiconque, contre rémunération, commet un acte d'ordre sexuel avec une personne mineure... »). Or, ce sens littéral du texte de l'AP ne correspond manifestement pas au but de la Convention de Lanzarote, dont l'art. 19 vise « **la prostitution enfantine** » et non la protection de clients mineurs contre les possibilités d'accès à des services sexuels rémunérés. Pour les clients âgés entre 16 et 18 ans, cette « protection » constituerait d'ailleurs une discrimination injustifiable par rapport aux clients adultes qui peuvent avoir accès aux services d'une personne prostituée ou travaillant dans un salon de massage érotique sans que cette dernière ne tombe dans l'illégalité.

La formulation est ainsi bien trop large et inadéquate. Même à supposer qu'une formulation qui se limiterait au recours par des clients à des personnes prostituées

mineures soit adoptée, on peut encore **s'interroger sur l'effectivité d'une telle disposition**. En effet, il y a fort à craindre que la prostitution de jeunes personnes ne serait pas éradiquée mais qu'elle emprunterait des voies plus clandestines, ce qui rendrait la détection des abus et la protection des mineurs touchés plus difficiles.

4. Modifications proposées en matière de pornographie (art. 197 AP-CP)

Les modifications proposées de l'art. 197 CP vont, elles aussi, très nettement au-delà de ce qui est exigible au regard de la Convention de Lanzarote. Elles ont d'ailleurs en partie déjà été formulées dans le cadre de l'avant-projet de la loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le Code pénal suisse, le Code pénal militaire et le droit pénal fédéral accessoire envoyé en procédure de consultation en 2010 (cf. la prise de position de la Faculté de droit du 9 novembre 2010).

- L'art. 197 AP-CP étend considérablement la **définition de la pédopornographie**. Dans le droit actuel, celle-ci englobe les objets et représentations comprenant des actes d'ordre sexuel avec les **enfants**. La doctrine est divisée sur le point de savoir s'il faut entendre par là les personnes âgées de moins de 16 ans (comme à l'art. 187 CP) ou les personnes « impubères »¹. Pour le surplus, on s'accord pour dire qu'en pratique, la **question de savoir si la limite d'âge est franchie** reste très difficile à trancher. Or, l'avant-projet propose de remplacer le mot « enfants » par « **personnes mineures** », ce qui aggraverait encore ces difficultés. En effet, bien des adolescents de 16 à 18 ans présentent toutes les caractéristiques de la maturité sexuelle, de sorte qu'il serait souvent téméraire de dire que la personne dans telle ou telle représentation a ou n'a pas franchi la limite d'âge.
- L'illustration d'un acte d'ordre sexuel ou de violence avec une **personne de moins de 18 ans transformerait donc automatiquement la pornographie « douce » en pornographie « dure », soumise à l'interdiction absolue découlant de l'art. 197 ch. 3 et 3^{bis} AP-CP**. Cette interdiction absolue constitue une atteinte disproportionnée à la **garantie fondamentale de la liberté d'expression** au regard du fait qu'en droit suisse, la pornographie dure peut représenter un acte d'ordre sexuel totalement **fictif**, par exemple un écrit, une peinture, une image de synthèse, une bande dessinée, etc. Ainsi, il faudrait considérer comme pornographie dure un écrit évoquant de manière crue et provocante un acte d'ordre sexuel commis avec un jeune homme de 17 ans ou une peinture montrant une jeune femme dont l'apparence suggère qu'elle pourrait avoir moins de 18 ans. De même, s'agissant d'un film dans lequel le rôle d'une personne mineure est joué par une personne plus âgée d'apparence juvénile. Une difficulté supplémentaire provient du fait que le consommateur ou même le diffuseur **ignore en général** l'âge de la personne qui a contribué comme actrice ou acteur à un film, ce qui aggrave encore les incertitudes juridiques.
- L'art. 197 AP-CP distingue entre, d'une part, les **actes de fabrication, de diffusion, d'acquisition et de possession** (ch. 3) et, d'autre part, la **simple consommation** (ch. 3^{bis}), comportement qui n'était pas réprimé dans le texte légal jusqu'à présent et dont le Conseil fédéral écrivait, dans son Message de

¹ Notamment TRECHSEL / BERTOSSA, in Trechsel et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, art. 197 N 11.

2000 à propos de la création du ch. 3^{bis}, qu'elle devait rester impunissable². Ainsi l'AP consacre-t-il dans la loi la solution que le Tribunal fédéral a d'ores et déjà adoptée en violant le principe de la légalité : conformément à la jurisprudence³, l'**acquisition** par la voie électronique d'images (téléchargement) à des fins de consommation personnelle est punie de la même manière que la fabrication (ch. 3). Contrairement au droit actuel, l'AP-CP considère également que la **simple possession** doit tomber sous le coup du ch. 3. Il ne reste, dès lors, pour le cas visé au ch. 3^{bis} (**consommation**), que des comportements sans gravité de personnes qui n'acquièrent aucune maîtrise sur le matériel visionné.

- Enfin, l'art. 197 ch. 3 AP-CP est doté de deux clauses punitives : la lit. a réprime un délit, alors que la lit. b introduit un **crime**, pour la première fois en matière de pornographie. Cela paraît **excessif**, étant rappelé que **le simple téléchargement à des fins personnelles est suffisant pour réaliser l'infraction**. Il en va différemment de l'aggravante proposée au ch. 4 lit. b, visant la pornographie enfantine réelle, commise dans un dessein d'enrichissement illégitime. Ici, la création d'un crime nous paraît justifiée.

Le régime très répressif qui est ainsi proposé dans l'AP-CP **va nettement au-delà de ce qui est exigible au regard de la Convention de Lanzarote** :

- La Convention de Lanzarote ne vise que le « matériel **représentant de manière visuelle** un enfant se livrant à un comportement sexuellement explicite.... » (art. 20 § 2) et les « spectacles pornographiques impliquant la participation d'enfants » (art. 21). Le droit suisse va beaucoup plus loin, puisqu'il inclut « **[les] écrits, enregistrements sonores ou visuels, images ou autres objets pornographiques ou [les] représentations pornographiques** » (art. 197 ch. 1 CP) impliquant des actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 197 ch. 3 CP).

Parmi les supports visés par le droit suisse, l'inclusion des **écrits** dans le régime très répressif de l'art. 197 ch. 3 et 3^{bis} CP est la plus critiquable. Certes, les écrits sont des vecteurs traditionnels de la pornographie ; toutefois, cette forme de pornographie impliquant une certaine distanciation n'a pas le même impact et ne porte pas en elle le même potentiel de nuisance que les représentations visuelles. Pour cette raison, le législateur avait renoncé à faire figurer ce support à l'art. 135 CP (représentations illicites de la violence). Or, les écrits sont soumis comme les autres formes de pornographie au régime de l'interdiction absolue que l'AP-CP propose de rendre encore plus incisif. Est ainsi punissable, au regard de l'AP-CP, le fait pour une personne de confier à son journal intime des phantasmes sexuels crus relevant de la pornographie dure, par exemple du fait qu'ils impliquent une personne de 17 ans. Il conviendrait, au moins pour les écrits, de revenir au régime issu de la révision des infractions contre la liberté sexuelle entrée en vigueur en 1992, consistant à ne pas réprimer les actes de fabrication, d'importation, d'acquisition et de possession à des fins privées, ni la « consommation » que l'AP-CP propose d'ériger en infraction.

- La Convention de Lanzarote (art. 20 § 3) permet, en outre, à chaque Partie de se **réserver** notamment le droit de **ne pas incriminer la production et la possession** de matériel pornographique constitué **exclusivement de**

² Message concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (infractions contre l'intégrité sexuelle / prescription des infractions contre l'intégrité sexuelle des enfants et interdiction de la possession de pornographie dure, FF 2010 2804.

³ ATF 131 IV 16.

représentations simulées ou d'images réalistes d'un enfant qui n'existe pas. Cette distinction nous paraît pertinente. Il serait, à notre sens, souhaitable non pas de déclarer ces représentations fictives complètement licites mais de limiter la punissabilité de la consommation et des actes préparatoires à la consommation personnelle (fabrication, importation, acquisition, possession à des fins personnelles) à la **pédopornographie réelle**.

- Enfin, la Convention de Lanzarote (art. 20 § 4) permet à chaque Partie de se réserver le droit **de ne pas incriminer le fait d'accéder**, par le biais des technologies de communication et d'information, à de la pornographie enfantine, sans télécharger les contenus. La formulation d'une réserve en ce sens serait souhaitable au regard de la protection de la liberté d'expression.

Ursula Cassani
Professeure de droit pénal