Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police
Office fédéral de la justice

Synthèse des résultats de la procédure de consultation

sur le rapport et l'avant-projet
de modification du code de procédure pénale

faisant suite à l'initiative parlementaire (08.458) Investigation secrète. Restreindre le champ d'application des dispositions légales

Berne, décembre 2011

Table des matières

I. Introduction 7
II. Vue d'ensemble des résultats 7
1. Rétrospective et buts du projet 7
2. Appréciation générale 7
3. Principales réserves 8
III. Avis sur les différentes dispositions 8
1. Délimitation entre investigation secrète et recherches secrètes 8
2. Investigation secrète 9
2.1. Définition de l'« investigation secrète » (art. 285a AP-CPP) 9
2.2. Identité d'emprunt (art. 288, al. 1, AP-CPP) 11
3. Recherches secrètes 12
3.1. Remarques d'ordre général 12
3.2. Définition des « recherches secrètes » (art. 298a, al. 1, AP-CPP) 13
3.3. Pas d'identité d'emprunt, divulgation de l'identité (art. 298a, al. 2, AP-CPP) 14
3.4. Conditions (art. 298b, al. 1, AP-CPP) 14
3.5. Autorisation de poursuivre (art. 298b, al. 2, AP-CPP) 15
3.6. Qualités requises de l'agent affecté aux recherches secrètes et modalités d'exécution (art. 298c AP-CPP) 16
3.7. Fin des recherches et communication (art. 298d AP-CPP) 17
4. Délimitation entre investigation et recherches secrètes répressives et préventives 18
5. Autres remarques 20

Liste des participants à la procédure de consultation avec leur abréviation

CANTONS

Regierungsrat Kt. Aargau	AG
Kantonskanzlei des Kt. Appenzell Ausserrhoden	AR
Landammann und Standeskommission Kt. Appenzell Innerrhoden	AI
Regierungsrat Kt. Bern	BE
Regierungsrat Kt. Basel-Landschaft	BL
Regierungsrat Kt. Basel-Stadt	BS
Conseil d'Etat du canton de Fribourg	FR
Regierungsrat Kt. Glarus	GL
Regierung Kt. Graubünden	GR
Gouvernement de la république et canton du Jura	JU
Regierungsrat Kt. Luzern	LU
Conseil d'Etat de la république et canton de Neuchâtel	NE
Regierungsrat Kt. Nidwalden	NW
Regierungsrat Kt. Obwalden	OW
Regierung Kt. St. Gallen	SG
Regierungsrat Kt. Schaffhausen	SH
Regierungsrat Kt. Solothurn	SO
Regierungsrat Kt. Schwyz	SZ
Regierungsrat Kt. Thurgau	TG
Consiglio di Stato della Repubblica e Cantone Ticino	TI
Regierungsrat Kt. Uri	UR
Conseil d'Etat du canton de Vaud	VD
Conseil d'Etat du canton du Valais	VS
Regierungsrat Kt. Zug	ZG
Regierungsrat Kt. Zürich	ZH

PARTIS POLITIQUES

CSP Christlich-soziale Partei *(a renoncé expressément à prendre position)*
PCS Parti chrétien-social
PCS Partito cristiano sociale

CVP Christlichdemokratische Volkspartei der Schweiz PDC
PDC Parti démocrate-chrétien suisse
PPD Partito popolare democratico svizzero

FDP. Die Liberalen — PLR
PLR. Les Libéraux-Radicaux
PLR. I Liberali

Grüne Partei der Schweiz — Les Verts
Les Verts Parti écologiste suisse
I Verdi Partito ecologista svizzero

SP Schweiz Sozialdemokratische Partei der Schweiz — PS
PS Parti socialiste suisse
PS Partito socialista svizzero

SVP Schweizerische Volkspartei — UDC
UDC Union Démocratique du Centre
UDC Unione Democratica di Centro

ASSOCIATIONS FAÎTIÈRES DES COMMUNES, DES VILLES ET DES RÉGIONS DE MONTAGNE

Schweizerischer Städteverband — UVS
Union des villes suisses
Unione delle città svizzere

ASSOCIATIONS FAÎTIÈRES DE L'ÉCONOMIE

Schweizerischer Arbeitgeberverband — *(a renoncé expressément à prendre position)*
Union patronale suisse
Unione svizzera degli imprenditori

Schweizerischer Gewerkschaftsbund — USS
Union syndicale suisse
Unione sindicale svizzera

TRIBUNAUX

Schweizerisches Bundesgericht — *(a renoncé expressément à prendre position)*
Tribunal fédéral
Tribunale federale

Bundesstrafgericht — TPF
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale

Militärkassationsgericht — TMC
Tribunal militaire de cassation
Tribunale militare di cassazione

Obergerichtspräsidentenkonferenz der Zentralschweiz und des Kantons Zürich — OGPK

AUTRES ORGANISATIONS ET INSTITUTIONS

Centre Patronal	CP
COOP Genossenschaft	COOP
Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz Juriste Démocrates de Suisse Giuristi e Giuriste Democratici Svizzeri	JDS
Eidg. Kommission für Kinder- und Jugendfragen Commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse Commissione federale per l'infanzia e la gioventù	CFEJ
GastroSuisse	GS
Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police Conferenza delle direttrici e dei direttori dei dipartimenti cantonali di giustizia e polizia	CCDJP
Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz Conférence des commandants des polices cantonales de suisse Conferenza dei commandanti delle polizie cantonali della svizzera	CCPCS
Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz Conférence des autorités de poursuite pénale de suisse Conferenza delle autorità inquirenti svizzere	CAPS
Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft Société suisse de droit pénal Società svizzera di diritto penale	SSDP
Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter Association suisse des magistrats de l'ordre judiciaire Associazione svizzera dei magistrati	ASM
Schweizerischer Anwaltsverband Fédération suisse des avocats Federazione Svizzera degli avvocati	FSA
Schweizerisches Polizei-Institut (SPI) *Institut suisse de police (ISP)* *Istituto svizzero di polizia (ISP)*	*(a renoncé à prendre position, se rallie à l'avis de la CCPCS)*
Swiss Police ICT Congrès informatique de la police suisse	SPIK
Université de Fribourg	UNIFR
Université de Genève	UNIGE

Verband Schweizerischer Polizei-Bemater FSFP
Fédération suisse des fonctionnaires de polices
Federazione svizzera dei funzionari di polizia

PERSONNES INTÉRESSÉES

Sylvain Métille
Dr en droit, avocat

I. Introduction

Dans le cadre de l'initiative parlementaire 08.458 (Investigation secrète. Restreindre le champ d'application des dispositions légales) déposée par le conseiller national Daniel Jositsch, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) a préparé un avant-projet[1] et un rapport[2] sur la modification du code de procédure pénale (CPP ; RS 312.0).

Le 12 mai 2011, la CAJ-N a invité les cantons, les partis politiques représentés à l'assemblée fédérale et les associations et organisations intéressées à prendre position sur le projet d'ici le 16 septembre 2011[3].

Les avis reçus sont au nombre de 55[4]. Sur les 78 destinataires de l'invitation, 48 se sont prononcés, dont 3 ont expressément renoncé à s'exprimer sur le contenu. 7 avis ont été livrés spontanément.

II. Vue d'ensemble des résultats

1. Rétrospective et buts du projet

Jusqu'à un arrêt du Tribunal fédéral rendu en 2008, les praticiens distinguaient l'investigation secrète des recherches secrètes et n'appliquaient les dispositions strictes de la loi qu'à la première de ces mesures. Mais le Tribunal fédéral les a juridiquement placées à égalité, limitant considérablement les possibilités d'enquêter secrètement. La police s'est tout à coup vue dans l'incapacité de réaliser des achats fantômes de drogue pour confondre les petits trafiquants. Le problème s'est renforcé avec l'abrogation de la loi fédérale sur l'investigation secrète (LFIS), qui était la base légale fondant les mesures préventives d'investigation secrète, à la suite de l'entrée en vigueur du CPP. Les policiers enquêtant dans les chatrooms, en particulier, ont vu leur travail entravé par cette nouvelle situation juridique. La CAJ-N estime qu'il faut éviter de compromettre plus longtemps encore l'efficacité du travail de la police et remédier rapidement aux défauts constatés.

Le projet vise d'une part à définir l'investigation secrète plus étroitement que le Tribunal fédéral et à la limiter au champ d'application que la LFIS entendait régler, d'autre part à donner une base légale aux recherches secrètes, forme moins intrusive de l'activité d'investigation.

2. Appréciation générale

7 participants à la consultation approuvent **sans réserve** la révision proposée[5].

La plupart des participants désapprouvent certaines règlementations ou émettent pour le moins des réserves[6].

5 participants **rejettent** expressément le projet[7].

OW regrette beaucoup que le CPP doive être soumis à une révision aussi rapidement après

---

1 http://www.parlament.ch/f/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/08-458/Documents/entwurf-rk-n-08-458-2011-05-12-f.pdf

2 http://www.parlament.ch/f/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/08-458/Documents/bericht-rk-n-08-458-2011-05-12-f.pdf

3 http://www.parlament.ch/f/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/08-458/pages/default.aspx

4 Ont pris position 25 cantons, 6 partis politiques, l'Union des villes suisses, l'Union patronale suisse et l'Union syndicale suisse, 3 tribunaux et 18 organisations et institutions intéressées ainsi qu'un particulier.

5 AG, BL, LU, NW ; PS ; Coop, CCDJP

6 AI, AR, BE, BS, FR, GL, GR, JU, NE, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, TI, UR, VD, VS, ZG, ZH ; CVP, Les Verts, PLR, UDC ; UVS, USS ; TPF, TMC ; CP, CFEJ, CCPCS, CAPS, OGPK, SSDP, Sylvain Métille, SPIK, ASM, FSFP

7 JDS, GS, FSA, UNIFR, UNIGE

son entrée en vigueur, obligeant les cantons à reprendre des mesures.

3. Principales réserves

L'impossibilité pour les agents affectés aux recherches secrètes d'utiliser une **identité d'emprunt** suscite de vives critiques. Ceux dont elles émanent demandent que l'identité d'emprunt ne serve pas de critère de définition de l'investigation secrète et que les agents affectés aux recherches secrètes disposent aussi de possibilités de se munir d'une identité d'emprunt[8].

Plusieurs participants jugent préoccupante la **divulgation** envisagée de **l'identité** des personnes affectées aux recherches secrètes[9]. Certains réclament par exemple qu'on applique au moins les mesures de protection générales prévues aux art. 149 ss CPP soient[10].

La **limitation** des recherches secrètes aux seuls **policiers** suscite elle aussi de vives critiques[11]. Plusieurs participants demandent que le recours à des tiers (par ex. des victimes ou des complices inculpés repentis) soit possible.

Nombreux sont ceux, enfin, qui souhaitent que la règlementation de (certaines) **mesures** secrètes **préventives** soit également opérée au niveau fédéral[12]. Ainsi, les achats-tests d'alcool[13] ou les comportements jadis englobés dans l'art. 4, al. 1, let. a, aLFIS (infractions qui pourraient vraisemblablement être commises)[14] doivent être réglés à l'échelon fédéral.

III. Avis sur les différentes dispositions

1. Délimitation entre investigation secrète et recherches secrètes

13 participants sont d'avis que le projet délimite (en principe) **bien** les deux institutions[15]. Les doutes qui subsistent devront être clarifiés par la jurisprudence (AG).

Parce qu'il n'est pas toujours facile de faire la distinction, dans le cas concret, entre les deux institutions (et avec d'autres investigations policières secrètes), ZG suggère d'illustrer la matière d'exemples dans le message.

BS estime que la précision apportée à la notion d'investigation secrète a pour effet de la délimiter clairement des recherches secrètes, raison pour laquelle il n'est pas nécessaire de régler celles-ci de manière aussi détaillée dans le CPP.

Plusieurs participants émettent en revanche des **réserves** au sujet de l'identité d'emprunt comme critère de délimitation[16].

Certains sont d'avis que les recherches secrètes nécessitent elles aussi souvent une identité d'emprunt attestée par un titre, ou du moins un pseudonyme. Les agents affectés aux recherches secrètes doivent pouvoir recourir à la tromperie (simple, comme à de simples mensonges, un profil fictif sur Internet)[17]. Ils doivent également être autorisés à utiliser des cartes de crédit pour faire des achats fantômes sur Internet[18] sans que la manœuvre doive être

---

8 BE, FR, GR, SH, SO, SZ, SG, TG, VD, VS, ZH ; PLR ; UVS ; CCPCS, CAPS, FSA, SSDP, FSFP
9 SZ, TG, VD, ZH ; UVS ; SSDP, FSFP
10 ZH ; UVS ; SSDP, FSFP
11 AI, GR, JU, NE, SH, SO, SZ, TG, TI, ZH ; PLR ; UVS ; TPF ; CFEJ, CCPCS, SSDP, FSFP
12 BS, GL, ZH ; PDC, PLR ; GS, CFEJ, OGPK, SSDP, SPIK, FSFP
13 PLR ; GS
14 ZH ; UVS ; SSDP, FSFP
15 AG, AR, BE, BL, BS, GL, SG, SO, SZ, UR, ZG ; Les Verts ; CCPCS. BE et la CCPCS indiquent en particulier que l'identité d'emprunt, combinée avec les autres critères, est un critère de délimitation approprié.
16 BE, FR, GR, SH, SO, SZ, SG, TG, VD, VS, ZH ; PLR ; UVS ; CCPCS, CAPS, FSA, SSDP, FSFP
17 BE, SH, SO, SZ, TG, VD, ZH ; PLR ; UVS ; CCPCS, SSDP
18 SG, SO, SH, TG, ZH ; PLR ; UVS ; CCPCS, SSDP

qualifiée a posteriori d'investigation secrète (problématique de l'exploitation des moyens de preuve)[19]. Selon l'UVS, les art. 285a et 298a, al. 2, AP-CPP ne se réfèrent vraisemblablement qu'aux « fausses identités attestées par un titre », chose qui n'est pas suffisamment claire.

La CAPS estime que la tromperie doit être admise, mais sans aller aussi loin que dans l'investigation secrète. La tromperie au moyen d'un titre n'est pas admissible.

Une identité d'emprunt non attestée par des documents (faux nom, fausse photo par ex.) ne permet pas d'établir une relation de confiance dans la pratique (SO, TG).

SZ allègue que les agents infiltrés doivent aussi, selon les circonstances, se servir de manœuvres trompeuses simples (sans recourir à des titres falsifiés), raison pour laquelle l'identité d'emprunt n'est pas un critère impératif de l'existence d'une investigation secrète (comme UNIFR).

L'intensité de l'atteinte à la situation juridique de la personne visée étant considérable aussi bien dans l'investigation secrète que dans les recherches secrètes et l'identité de leur interlocuteur important peu à la personne concernée, le critère de délimitation de l'identité d'emprunt ne convainc pas (FSA).

Certains participants proposent d'apporter les **précisions** suivantes à l'art. 298a AP-CPP :

BE et la CCPCS souhaitent que les al. 1 et 2 soient modifiés comme suit :

« [1] [...] in einer Art und Weise, *dass sie über ihre wahre Identität und Funktion täuschen oder diese nicht zu erkennen geben*, Verbrechen [...]. «[2] [...] nicht mit einer Legende *im Sinne von Artikel 285a* ausgestattet. »

GR (comme VD) suggère de formuler l'al. 2 comme suit :

« [...] *können von der Polizei mit einer Legende ausgestattet werden, die keine amtlichen Urkunden enthält*. »

ZH et la SSDP proposent de formuler l'al. 2 comme suit[20] :

« [...] *können von der Polizei mit Legitimationspapieren ausgestattet werden, die keine amtlichen Urkunden enthalten. Herstellung und Gebrauch von Urkunden zum Erhalt der Legitimationspapiere bedürfen der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht.* »

Le PLR propose d'expliciter l'al. 2 de l'art. 298a AP-CPP en remplaçant « Legende » par « Legendenpapiere ».

VD souhaite que le champ d'application des recherches secrètes soit étendu dans le sens que les mesures autorisées (par ex. l'utilisation de cartes de crédit, le recours à un profil fictif sur Internet) soient mentionnées explicitement dans la loi.

Etant donné que le recours au « chat » implique non seulement des mensonges simples et des pseudonymes, mais aussi des titres (cartes de crédit par ex.), le travail que la police effectue dans le cyberespace relève lui aussi de l'investigation secrète (SPIK).

2. Investigation secrète

2.1. Définition de l'« investigation secrète » (art. 285a AP-CPP)

L'investigation secrète consiste, pour les membres d'un corps de police ou des personnes engagées à titre provisoire pour accomplir des tâches de police, à infiltrer un milieu criminel pour élucider des infractions particulièrement graves, en nouant des contacts avec des individus et en instaurant avec eux une relation de confiance particulière par le biais d'actions ciblées menées sous le couvert d'une fausse identité dont ils sont munis dans la durée et qui est attestée par un titre (identité d'emprunt).

---

[19] BE, GR, SO, SZ; UVS ; CCPCS

[20] Dans la mesure où on conserve le terme d'identité d'emprunt.

24 participants **saluent** l'introduction dans le code d'une définition (plus étroite) de l'investigation secrète[21]. La limitation de son champ d'application apporte une clarification bienvenue de la situation[22]. La formulation assure que l'investigation secrète se distingue des autres formes que peut prendre une intervention secrète de courte durée de la police[23].

BS et la FSA jugent que le placement de la définition à l'art. 285a AP-CPP est moins qu'optimal et proposent de créer un art. 286a à cette fin[24].

Divers participants se montrent en revanche **critiques** envers cette définition ou certains de ses critères :

- **Notion d'identité d'emprunt**

Le terme allemand de « Legende » prête à confusion[25]. Il est bien plus large dans le jargon policier (GR). Il ne correspond ni à la définition pratiquée en Suisse ni à la définition internationale[26]. GR est d'avis que la parenthèse « Legende » n'a pas sa place dans la loi. La formulation « durch Urkunden abgesicherte falsche Identität » dit déjà tout.

JU et la CFEJ proposent d'utiliser le terme d'« identité d'emprunt » en lieu et place de « fausse identité ».

- **Durée**

Le PDC signale que les termes de « fausse identité dont ils sont munis dans la durée » ne sont pas adéquats dans le monde virtuel. La durée de l'investigation secrète dans les « chatrooms » peut être extrêmement variable (estime aussi le SPIK). Le Tribunal fédéral a d'ailleurs contesté que la durée d'une intervention puisse servir de critère de définition de l'investigation secrète.

SZ est d'avis que le critère de la durée ne doit pas être rattaché à l'identité d'emprunt, mais à l'intervention proprement dite. La durée n'a rien à voir avec la fausse identité, mais avec l'intensité de l'atteinte à la situation juridique de la personne visée et la proportionnalité. UNIFR se pose la question de savoir ce qu'il faut entendre ici par « dans la durée » (par ex. fausse carte d'identité ayant une durée de validité de 5 ans ?).

- **Relation de confiance**

SZ et le PDC partagent l'opinion que l'instauration d'une relation de confiance particulière ne doit pas être un critère de définition. SZ estime que les personnes concernées essaient d'établir une relation de confiance, mais que c'est seulement la suite de l'investigation secrète qui permet de savoir si elles ont réussi à le faire. En ce qui concerne le caractère « particulier » de la relation de confiance, le texte ne dit pas clairement ce qu'il se passe si l'agent infiltré ne parvient à instaurer qu'une relation de confiance « normale ». Le PDC juge également problématique la distinction entre une relation de confiance particulière ou simple. Selon la nature des rapports, on se trouve dans les recherches secrètes ou dans l'investigation secrète (pour UNIFR aussi). Ils craignent que ce point entraine des discussions sans fin au

---

21 AR, BE, BS, FR, GR, JU, NE, NW, OW, SH, SO, SZ, TI, UR, VD, VS, ZG ; PLR ; UVS, USS ; CP, CFEJ, CCPCS, FSFP

22 BE, GL, JU, NE, SZ, OW ; CFEJ

23 AR, SO, UR, ZG ; CCPCS. Cf. également le ch. 1 pour la distinction entre investigation secrète et recherches secrètes.

24 BS : la définition pourrait aussi figurer à l'art. 286 et les conditions placées dans un nouvel art. 286a.

25 GR, ZH ; UVS ; SSDP, comme FSFP

26 ZH ; UVS ; SSDP. On entend par là toutes les mesures permettant de dissimuler la vraie fonction et l'identité ou de créer une fausse identité crédible. Soit aussi les tromperies purement orales, non attestées par un titre (« Spruchlegende »).

stade de l'interprétation du droit (comme SPIK).

D'autres participants sont d'avis que la différence essentielle par rapport aux recherches secrètes réside précisément dans l'instauration d'une véritable relation de confiance[27].

– **Engagement**

En ce qui concerne l'engagement de personnes étrangères à la police, certains pensent qu'il ne doit pas se fonder sur un rapport de travail de droit public, mais sur un mandat. Les obstacles administratifs sont en effet trop élevés dans le cas des engagements de droit public[28]. ZH et la SSDP proposent par conséquent la formulation suivante[29] :

« Verdeckte Ermittlung liegt vor, wenn Angehörige der Polizei oder *vorübergehend mit der Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben beauftragte Personen,* [...]. »

FR note en outre que, dans les rares cas où des tiers sont utilisés dans le cadre d'une investigation secrète, il ne peut s'agir de personnes engagées à titre temporaire.

– **Autres**

Le PDC estime que la définition n'est quasiment pas applicable dans le monde virtuel. Une identité d'emprunt n'y nécessite par exemple pas d'acte authentique, mais se compose d'un ensemble complexe de mensonges et peut-être d'une photo générée sur ordinateur. Le projet doit donc être adapté à la réalité du cyberespace.

SZ est d'avis que la teneur et la praticabilité des différents critères doivent être réexaminées. La question se pose notamment de savoir s'il s'agit d'une définition légale et si les différentes conditions sont cumulatives. Pour UNIFR, il est problématique que les éléments doivent être cumulés pour qu'il y ait investigation secrète. En l'absence ne serait-ce que d'un élément, il n'y a pas d'investigation secrète (par ex. quand l'agent infiltré n'utilise pas une identité d'emprunt attestée par un titre ou que la relation de confiance n'est pas particulière, mais normale).

UNIFR craint en outre que le champ d'application incroyablement étroit de l'investigation secrète ait pour effet que les recherches secrètes, qui peuvent être ordonnées dans des conditions nettement moins strictes, la remplacent purement et simplement, une évolution qui serait problématique au plan des droits fondamentaux. Le texte n'est pas clair non plus sur ce que recouvre le terme de « milieu criminel » (comme SPIK).

UNIGE se montre elle aussi **hostile**, indiquant que l'avant-projet biaise la réalité quand il affirme que la majorité de la doctrine critique la jurisprudence fédérale. Les voix favorables à cette dernière sont au moins aussi nombreuses. Elles font valoir des arguments d'un autre poids que ceux de l'opinion prétendument dominante. Il n'existe aucune raison pertinente de dévier de la ligne tracée par le Tribunal fédéral.

2.2. Identité d'emprunt (art. 288, al. 1, AP-CPP)

[1] *La police dote l'agent infiltré d'une identité d'emprunt.*

14 participants **saluent** le transfert de compétence du ministère public à la police[30].

BE et la CAPS souhaitent cependant que le ministère public – investi de la direction de la

---

27 ZH ; UVS ; SSDP, FSFP

28 ZH ; UVS ; SSDP

29 Il faut donc modifier l'art. 287, al. 1, let. b, CPP comme suit : « [...] Personen, die vorübergehend *von der Polizei mit der Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben beauftragt sind,* [...]. »

30 BE, JU, NE, SO, OW, TG, VD, ZG, ZH ; UVS ; CFEJ, CCPCS, CAPS, SSDP

procédure – soit associé au processus et doive avaliser le recours à une identité d'emprunt. BE propose donc de préciser l'al. 1 comme suit :

«[1] [...] stattet verdeckte Ermittlerinnen oder Ermittler *nach Vorgabe der Staatsanwaltschaft* mit einer Legende aus.»

GR demande que la disposition parle d'identité d'emprunt « attestée par un titre » au vu des commentaires apportés au sujet de l'art. 285a AP-CPP[31].

Le transfert de compétence prévu à l'al. 1 exige d'expliciter à l'art. 288, al. 2, CPP (garantie de l'anonymat) à quoi se réfère l'article « Il ». D'aucuns demandent donc de remplacer « Il » par le ministère public[32] ou la direction de la procédure[33].

L'UVS est au contraire d'avis qu'il est correct que la police soit compétente pour garantir l'anonymat.

Pour ce qui est de la constitution d'une identité d'emprunt en vue d'une investigation secrète, quelques participants signalent le problème que soulève l'art. 317bis CP[34]. En vertu de ce dernier, la constitution d'une identité d'emprunt n'est pas punissable et il n'y a pas de faux dans les titres à condition qu'elle ait été autorisée par un juge.

SZ souhaite par conséquent que l'art. 317bis CP permette la simple fabrication et modification de titres par la police sans l'autorisation d'un juge.

Il faut une norme (par ex. selon le modèle de l'art. 22 AP-LPol) donnant compétence à la police pour constituer une identité d'emprunt, c'est-à-dire fabriquer les titres nécessaires et indiquant expressément que leur utilisation n'est possible qu'après autorisation de l'intervention délivrée par un juge (art. 289 CPP)[35].

ZH et la SSDP souhaitent que l'al. 1 soit précisé comme suit[36] :

«*Die Polizei kann verdeckte Ermittlerinnen und Ermittler mit einer Legende ausstatten. Herstellung, Veränderung und Gebrauch von Urkunden zum Aufbau oder Aufrechterhaltung einer Legende ausserhalb eines konkreten Strafverfahrens bedürfen der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht.*»

Tous deux signalent en outre que le fait de doter un agent d'une identité d'emprunt ne signifie pas impérativement qu'une investigation secrète nécessitant l'autorisation du tribunal des mesures de contrainte est sur le point imminent de commencer. Dans les cas où les conditions de l'ouverture d'une procédure pénale sont certes remplies ou que la procédure est certes ouverte, mais qu'on a uniquement procédé aux préparatifs de l'identité d'emprunt, tandis que l'intervention (concrète) n'a pas encore été ordonnée, il faut autoriser la constitution de cette identité d'emprunt. ZH et la SSDP proposent donc de compléter l'art. 289, al. 1 à 3, CPP comme suit :

«[1] *Die Legendierung und* der Einsatz [...]. [2] [...], innert 24 Stunden seit *Ausstattung der verdeckten Ermittlerin oder des verdeckten Ermittlers mit einer Legende oder* seit der Anordnung der verdeckten Ermittlung [...]. [3] [...] *seit der Ausstattung mit einer Legende oder* der Anordnung [...].»

3. Recherches secrètes

3.1. Remarques d'ordre général

17 participants **approuvent** explicitement l'adoption d'une règlementation sur les recherches

---

31 Cf. ch. 2.1 (notion d'identité d'emprunt).
32 FR, SO, TG, ZH ; SSDP. OW : si la police devait ne pas être compétente, il faudrait préciser l'al. 2 en conséquence.
33 TG
34 BE, ZH, SZ ; CCPCS, SSDP
35 BE ; CCPCS
36 Par analogie avec l'art. 7, al. 2, aLFIS

secrètes et leur définition[37].

D'aucuns jugent adéquate et praticable la conception des recherches secrètes (AG) et leur objet approprié (AI). LU considère le complément de règlementation comme indispensable ; celle-ci augmente la sécurité du droit. NE est convaincu que les recherches secrètes deviendront un outil utile dans la poursuite des crimes et délits.

BE est d'avis que les recherches secrètes ont tout leur sens dans la perspective de l'Etat de droit et que leur définition les distingue clairement de l'investigation secrète. Selon le Centre patronal, la base légale donnée aux recherches secrètes limite et légitime ces activités d'investigation.

D'autres participants se montrent **plus critiques** envers les recherches secrètes ou les **rejettent**[38].

GR considère que la conception des recherches secrètes impose la réserve. Il s'agit d'empêcher que la police cantonale soit amenée à fournir un travail administratif considérable pour assurer le suivi d'activités policières normales. Il faudrait examiner (en renvoyant à la loi sur les tâches de police de la Confédération) l'éventualité de ne préciser que l'investigation secrète dans la loi. La FSA estime que les règles fixées actuellement aux art. 286 ss CPP au sujet de l'investigation secrète sont suffisantes.

Le TPF salue l'introduction des recherches secrètes, mais il signale que cette nouvelle institution soulèvera de nouvelles questions de délimitation.

UNIFR est d'avis qu'il est totalement **inadmissible** des points de vue de l'Etat de droit et de la constitution de se montrer aussi souple envers cette institution. Car les recherches secrètes sont aussi une mesure de surveillance et de contrainte et portent atteinte aux droits fondamentaux. Elles vont plus loin que l'observation (celle-ci ne donne lieu à aucune interaction). Dire que les recherches secrètes touchent accessoirement la position juridique de la personne visée est tout simplement faux. Si tel était le cas, aucune base légale ne serait nécessaire.

3.2. Définition des « recherches secrètes » (art. 298a, al. 1, AP-CPP)

[1] Les recherches secrètes consistent, pour les membres d'un corps de police, à tenter d'élucider des crimes ou des délits dans le cadre d'interventions de courte durée où leur identité et leur fonction ne sont pas reconnaissables, notamment en concluant des transactions fictives ou en donnant l'illusion de vouloir conclure de telles transactions.

La définition suscite diverses **réserves**.

Quelques participants considèrent que le terme de « Fahndung » n'est pas heureux et qu'il doit être réexaminé[39]. Il est déjà utilisé aux art. 210 s. CPP, où il est question de recherche ciblée de personnes et d'objets. Dans le cas des recherches secrètes, il s'agit en revanche de confondre les auteurs d'infractions. Ces participants proposent donc de remplacer le terme de « verdeckte Fahndung » par celui de « verdeckte Einsätze »[40] ou de « verdeckte Nachforschungen »[41].

Le TPF estime que la définition est tendanciellement contraire aux conditions d'investigation dans les chatrooms : l'avant-projet n'évoque que les interventions de courte durée, alors que pareilles investigations sont normalement conçues pour une certaine durée. L'adjectif

---

37 AG, AI, BE, GL, NE, LU, NW, OW, SG, SZ, TI, VD ; TPF ; CP, CFEJ, CCPCS, ASM
38 GR, SG, SH, SO, ZG ; TPF ; FSA, ASM, UNIFR
39 AR, SO, OW, UR, ZG, SZ ; CCPCS
40 AR, SO, UR, ZG, SZ ; CCPCS
41 SZ, ZG ; CCPCS.

« court » n'est donc pas propice. La FSFP juge la restriction par trop restrictive et inutile. UNIFR énonce à ce sujet que des recherches secrètes ne sont pas forcément de courte durée, mais peuvent avoir une durée indéterminée (comme UNIGE). La police doit simplement demander l'autorisation du ministère public au bout d'un mois.

SO ne voit guère de cas, vu la définition trop étroite des recherches secrètes, dans lesquels cette institution pourrait contribuer efficacement à la lutte contre la criminalité (comme SH, UR).

Parce que la définition ne présuppose pas forcément l'existence d'un comportement actif, UNIFR est d'avis qu'il sera difficile dans certains cas de distinguer les recherches secrètes de l'observation.

Le Centre patronal demande que l'art. 298a AP-CPP soit complété par un al. 3 limitant les recherches secrètes à une durée maximale de quatre mois. Seule l'investigation secrète, qui doit répondre aux exigences strictes posées aux art. 286 ss CPP, devrait être possible pour des périodes plus longues.

3.3. Pas d'identité d'emprunt, divulgation de l'identité (art. 298a, al. 2, AP-CPP)

[2] Les agents affectés aux recherches secrètes ne sont pas munis d'une identité d'emprunt. Leur identité véritable et leur fonction figurent dans les dossiers de procédure et sont divulguées lors des auditions.

Voir ch. 1 pour ce qui est de la constitution d'une identité d'emprunt dans les recherches secrètes.

7 participants **critiquent** la divulgation de l'identité des agents affectés aux recherches secrètes[42]. Certains demandent que les mesures de protection générales prévues aux art. 149 ss CPP s'appliquent aussi aux recherches secrètes[43].

ZH et la SSDP proposent par conséquent un al. 3. à la teneur suivante :

«*Die Bestimmungen bezüglich Schutzmassnahmen gemäss Artikel 149 ss gelten auch für verdeckte Fahnderinnen und Fahnder.*»

SZ demande qu'il soit possible d'assurer une totale confidentialité aux personnes affectées aux recherches secrètes (par ex. pour les policiers spécialisés dans la cybercriminalité[44]). TG signale que la divulgation soulève de sérieux doutes en ce qui concerne les ressources disponibles. Le risque est que les membres de la police soient ensuite connus dans le milieu concerné et ne puissent plus y être affectés. De l'avis de VD, l'anonymat des agents affectés aux recherches secrètes doit pouvoir être garanti pendant toute la procédure (comme à l'art. 288, al. 2 CPP).

La FSFP souhaite que le passage « Leur identité véritable et leur fonction figurent dans les dossiers de procédure et sont divulguées lors des auditions » soit biffé en raison de l'augmentation de la violence envers les fonctionnaires.

3.4. Conditions (art. 298b, al. 1, AP-CPP)

[1] Le ministère public et, pendant l'investigation policière, la police peuvent ordonner des recherches secrètes aux conditions suivantes:

a. des soupçons laissent présumer qu'un crime ou un délit a été commis,
b. les mesures d'investigation prises ou les actes d'instruction accomplis jusqu'alors n'ont pas abouti ou

42 SZ, TG, VD, ZH ; UVS ; SSDP, FSFP
43 ZH ; UVS ; SSDP, FSFP
44 Ceux-ci sont difficiles à recruter du fait de leur rareté.

l'investigation, à défaut de recherches secrètes, n'aurait aucune chance d'aboutir ou serait excessivement difficile.

8 participants **saluent** le fait que des recherches secrètes peuvent être ordonnées sans l'autorisation d'un tribunal[45]. Le moindre degré d'intensité de l'atteinte à la situation juridique de la personne visée le justifie (AI).

Quelques participants approuvent aussi que les recherches secrètes ne soient pas limitées aux seules infractions graves, mais possibles pour tous les crimes et délits[46].

ZH et la SSDP jugent inadéquate la formulation « a été commis ». Il faut opter pour une formulation claire dans la loi afin de limiter la marge d'interprétation. Ils proposent le texte suivant :[47]

«[...] a. der Verdacht besteht, eine in Absatz 2 genannte Straftat (bzw. ein Verbrechen oder Vergehen) sei *im Gange oder* bereits begangen worden; oder *b. aufgrund besonderer Umstände davon auszugehen ist, eine konkrete in Absatz 2 genannte Straftat (bzw. ein Verbrechen oder Vergehen) werde voraussichtlich gegangen* [...].»

Les participants suivants se montrent en revanche **défavorables :**

Les JDS et l'USS sont d'avis que les recherches secrètes doivent être ordonnées par un tribunal parce qu'elles portent préjudice aux droits élémentaires de procédure de la personne concernée, et notamment au principe *nemo tenetur* (comme Sylvain Métille[48]). Le Tribunal fédéral a donné des directives claires à l'Etat à ce sujet (comme la FSA) ; l'avant-projet n'en tient pas assez ou pas du tout compte.

UNIFR rejette la compétence accordée à la police. C'est le ministère public qui est en principe compétent pour ordonner des mesures de contrainte (atteinte aux droits fondamentaux). Il est inopportun de mettre entre les mains de la police une mesure aussi intrusive sans contrôle judiciaire au stade de l'investigation. Et il est révoltant que tout contrôle échappe au tribunal des mesures de contrainte. La police et le ministère public pourraient sinon procéder à des recherches secrètes de leur propre chef et pour une durée illimitée dans le cas de tous les crimes et délits (comme UNIGE et FSA).

Les JDS estiment en outre que l'existence d'un soupçon vague ne suffit pas, mais qu'il faut un soupçon suffisant (comme Sylvain Métille).

Les Verts et les JDS réclament en outre que soit établie une liste des actes (comme FSA et UNIFR).

Pour ce qui est des remarques concernant la délimitation entre recherches secrètes répressives et opérations d'investigation secrètes préventives, voir ch. 4.

3.5. Autorisation de poursuivre (art. 298b, al. 2, AP-CPP)

[2] La poursuite des recherches secrètes ordonnées par la police au-delà d'un mois est soumise à l'autorisation du ministère public.

4 participants **approuvent** la limitation dans le temps ; ils invoquent la protection de la personnalité et la protection contre toute atteinte abusive à la situation juridique de la personne

[45] AI, JU, LU, NE, SH ; TPF ; CFEJ, ASM
[46] JU, LU, NE ; CFEJ, ASM
[47] Cette précision s'applique aussi à l'art. 286, al. 1, CPP (investigation secrète).
[48] En l'absence de contrôle judiciaire, il est à craindre que l'autorité policière utilise les dispositions proposées pour procéder à des mesures de surveillance préventives au lieu de n'agir qu'en cas de soupçons suffisants. Vu que les interventions sont généralement de courte durée, une autorisation du tribunal des mesures de contrainte ou au moins du ministère public est nécessaire.

visée[49].

La FSFP, elle, **rejette** la limitation dans le temps et demande que l'alinéa soit biffé.

OW souhaite qu'une autorisation ne soit indispensable que lorsqu'une investigation secrète est menée pendant plus d'un mois à l'encontre d'une personne donnée : l'intensité de l'atteinte à la situation juridique de la personne visée dépasse la mesure que des citoyens doivent normalement tolérer. Il demande donc la précision suivante :

«[2] [...] verdeckte Fahndung *gegen eine bestimmte Person* einen Monat [...] Staatsanwaltschaft.»

ZG considère les recherches secrètes comme une mesure supposée de courte durée et toute prolongation comme une exception. Le ministère public ne doit pouvoir prolonger les recherches secrètes qu'une fois. Toute nouvelle prolongation doit être décidée par une autorité judiciaire. Cela se justifie parce que les recherches secrètes sont plus intrusives que l'observation (art. 282, al. 2, CPP). D'où la précision suivante :

«[...] einen Monat gedauert, *kann durch die Staatsanwaltschaft ausnahmsweise eine einmalige Verlängerung von einem Monat genehmigt werden. Über weitere Verlängerungen entscheidet das Zwangsmassnahmengericht*.»

De l'avis du Centre patronal, les recherches secrètes ordonnées par la police doivent être portées à la connaissance du ministère public au bout de 72 heures pour des raisons de proportionnalité. Lorsqu'elles durent plus de deux semaines, elles doivent être autorisées par le ministère public. Et si leur durée dépasse un mois, elles doivent être ordonnées par le tribunal.

Enfin, VD et la CAPS signalent que ni le rapport ni l'avant-projet n'indique si l'autorisation doit être considérée comme une condition de validité des preuves recueillies ou simplement comme une règle d'ordre qui n'influe pas sur le sort des preuves. Il serait donc souhaitable de préciser la chose.

3.6. Qualités requises de l'agent affecté aux recherches secrètes et modalités d'exécution (art. 298c AP-CPP)

[1] L'art. 287 s'applique par analogie aux qualités requises de l'agent affecté aux recherches secrètes. Il est exclu d'affecter des personnes au sens de l'art. 287, al. 1, let. b à des recherches secrètes.

[2] Les art. 291 à 294 s'appliquent par analogie à la subordination, aux tâches et aux obligations du policier affecté aux recherches secrètes et de la personne de contact.

La disposition réservant les recherches secrètes aux policiers, à l'al. 1, suscite de vives **critiques**.

De nombreux participants demandent qu'il soit possible d'engager des personnes étrangères à la police (par ex. des victimes, des complices repentis, etc.) dans le cadre de recherches secrètes[50]. Le motif invoqué par la CAJ-N, selon lequel des personnes inappropriées risqueraient d'être engagées faute de contrôle judiciaire, ne convainc pas. D'abord parce que les activités de ces personnes sont divulguées pendant la procédure pénale et qu'un contrôle est donc possible a posteriori[51] ; ensuite parce que le ministère public (ou la police) procède sans nul doute à tous les examens nécessaires avant d'engager des tiers[52]. La police et le ministère public disposent en outre de plus de compétence qu'un tribunal (rural) des mesures de contrainte pour juger de l'adéquation d'une personne (AI). Ces participants justifient également leur revendication par le fait que l'intensité de l'atteinte à la situation juridique de

---

49 JU, LU, NE ; CFEJ

50 AI, GR, JU, NE, SH, SO, SZ, TG, TI, ZH ; PLR ; UVS ; TPF ; CFEJ, CCPCS, SSDP, FSFP. Demandent explicitement que la 2e phrase de l'art. 298c, al. 1, AP-CPP soit biffée : AI, GR, ZH ; UVS ; CCPCS, SSDP, FSFP.

51 ZH ; UVS ; SSDP, FSFP

52 JU, NE ; CFEJ

la personne visée est plus faible dans le cas des recherches secrètes que dans celui de l'investigation secrète, où l'engagement de personnes étrangères à la police est en revanche possible[53]. La limitation à la police rend également plus difficiles les recherches effectuées dans certains milieux culturels (SG).

AI propose de compléter l'al. 1 comme suit pour le cas où l'intervention de tiers nécessiterait une autorisation :

«Der Einsatz einer Person nach Artikel 287 Absatz 1 Buchstabe b *bedarf der Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft.*»[54]

ZH, GR et la SSDP proposent par contre de modifier l'art. 298a, al. 1, AP-CPP comme suit :

«Verdeckte Fahndung liegt vor, wenn Angehörige der Polizei *oder vorübergehend von der Polizei beauftragte oder mit der Polizei kooperierende Personen* im Rahmen [...].»

4 participants[55] **saluent** en revanche le fait que seuls des policiers puissent être affectés.

BE et la CAPS l'expliquent par le fait que l'agent affecté aux recherches secrètes – à la différence de l'agent infiltré – révèle à la personne cible qu'il est un policier dès que l'enquête le permet et procède ensuite directement aux autres étapes de la procédure (par ex. appréhension, arrestation, etc.). Ces mesures de contrainte ne pourraient être prises par des particuliers.

En ce qui concerne le statut, les tâches et les obligations, régis par les art. 291 à 294 CPP en vertu de l'al. 2, le TPF note que les garanties fondamentales fournies à la personne visée sont moins étendues dans le cas des recherches secrètes que dans celui de l'investigation secrète et que la question se pose de savoir s'il ne faut pas prévoir la possibilité d'un acquittement en cas d'incitation à l'acte par l'agent affecté aux recherches secrètes. Si on veut traiter à égalité les recherches et l'investigation secrètes sous cet aspect-là, il faut prévoir à l'art. 293, al. 4, CPP la possibilité générale d'un acquittement. L'ASM se demande également, à ce propos, si un éventuel dépassement de l'étendue de l'intervention au sens de l'art. 293 CPP ne doit pas avoir d'autres conséquences que dans le cas de l'investigation secrète et ce, parce que les recherches secrètes sont soumises à des conditions moins strictes.

3.7. Fin des recherches et communication (art. 298d AP-CPP)

[1] L'autorité qui a ordonné les recherches secrètes y met fin immédiatement dans les cas suivants:

a. les conditions ne sont plus remplies;
b. le ministère public a refusé de donner son autorisation à la poursuite des recherches secrètes ordonnées par la police, ou
c. l'agent affecté aux recherches secrètes ou la personne de contact ne suit pas les instructions ou d'une quelconque manière ne respecte pas ses obligations, notamment en induisant sciemment en erreur le ministère public ou en influençant la personne visée de manière illicite.

[2] La police informe le ministère public de la fin des recherches secrètes.

[3] Lors de la clôture de l'intervention, il y a lieu de veiller à ce que l'agent affecté aux recherches secrètes ne soit pas exposé inutilement à des dangers.

[4] L'art. 298, al. 1 et 3, s'applique par analogie à la communication à la personne visée.

5 participants sont d'avis, pour ce qui est l'al. 2, que la fin des recherches secrètes ordonnées par la police ne doit être communiquée au ministère public que si celui-ci a autorisé leur poursuite en application de l'art. 298b, al. 2, AP-CPP (durée d'investigation de plus d'un mois)[56]. ZH et la SSDP demandent que la disposition soit formulée comme suit :

---

53 AI, JU ; comme NE

54 Invoquant que l'autorisation du ministère public est également nécessaire pour d'autres actes d'instruction (par ex. l'observation).

55 AG, BE ; Centre patronal, sans doute aussi la CAPS. AG : bien que la conséquence en soit que la mission secrète soit en fait exclue dans le milieu des jeunes.

56 FR, TG, ZH ; UVS ; SSDP

«[...], *wenn diese gestützt auf Artikel 298b Absatz 2 genehmigt worden ist.*»

BS[57], ZH et la SSDP indiquent que le renvoi fait à l'al. 4 rend impossible de renoncer à une communication ou de la reporter, chose qui est en revanche prévue dans le cas de mesures de surveillance empiétant davantage sur les droits constitutionnels des personnes concernées. Ce point n'est pas logique et doit être corrigé[58].

TG trouve que le texte ne dit pas clairement si le ministère public doit informer dans tous les cas la personne visée par les recherches secrètes au sens de l'art. 298 CPP. Il juge plus sensé que la police, lorsqu'elle ordonne les recherches secrètes, doive en informer elle-même la personne concernée. Le ministère public ne doit s'en charger que si c'est lui qui ordonne ou autorise les recherches.

GR estime qu'il faut biffer l'al. 4 car la communication doit être abandonnée.

4. Délimitation entre investigation et recherches secrètes répressives et préventives

6 participants **saluent** le fait que l'avant-projet n'offre **aucune** base légale aux mesures secrètes d'ordre préventif[59].

Pour AR, la question se pose toutefois de savoir à quelles constellations de cas l'art. 298b AP-CPP s'applique au fond. Car l'investigation secrète dans les domaines des achats-tests d'alcool, des chatrooms ou des petits achats fantômes de drogue compte au nombre des mesures préventives faute de soupçon.

SG suggère que la question de la délimitation entre les recherches secrètes et les activités de recherche simples, tout aussi importantes dans la pratique, soit traitée de manière plus approfondie dans les explications.

L'UDC juge que le point faible du projet réside dans la question de l'existence d'un soupçon se rapportant à un acte déterminé, question qui engendre d'autres problèmes de délimitation. Les cantons devront en tenir compte dans leur loi sur la police.

UNIFR constate que les modifications du CPP proposées au sujet des investigations dans les chatrooms ne changeront rien à la situation actuelle et ratent donc leur cible. C'est dans le droit policier cantonal que des mesures s'imposent.

Plusieurs participants **critiquent** pour leur part **l'absence de base légale** pour (certaines) mesures secrètes préventives et souhaitent qu'elles soient réglées au niveau fédéral[60].

GL est d'avis que 26 règlementations différentes ne peuvent qu'aboutir à une situation incommode et compliquée et que le droit cantonal doit être ajusté aux dispositions du droit de la procédure pénale (comme CAPS, SPIK). Il n'est pas rare en outre que les faits concernent plusieurs cantons (GL). L'ASM note que l'absence de compétences fédérales dans le cadre du travail préventif de la police peut entraîner de nouvelles difficultés de délimitation, d'autant plus qu'une séparation claire entre travail préventif et répressif de la police est difficile dans la pratique. La nouvelle institution offre par ailleurs moins de fonctionnalités que l'art. 4, al. 1, let. a, aLFIS.

BS justifie son exigence par le fait que, selon la qualité du soupçon, des recherches secrètes

---

57 BS se demande, à ce propos, pourquoi l'avant-projet subordonne largement les recherches secrètes aux dispositions sur l'investigation secrète et non – comme le présente le rapport de la CAJ-N – sur l'observation.

58 ZH et la SSDP proposent de prévoir une règlementation correspondant à l'art. 283 CPP (conc. l'observation) ou pour le moins à l'art. 279, al. 2, CPP (conc. la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication).

59 AR, BE, NW, SO, SZ ; Coop

60 BS, GL, ZH ; PDC, PLR ; GS, CFEJ, OGPK, SSDP, SPIK, FSFP

pourront être ordonnées en vertu de la loi cantonale sur la police ou en vertu du CPP, entraînant d'inutiles problèmes de délimitation.

De l'avis du PLR, les opérations de recherches secrètes se déroulent souvent pendant la phase préparatoire d'une procédure pénale et bien plus rarement à titre purement préventif (par ex. achats-tests d'alcool). La présente révision doit créer une base légale suffisante pour les deux catégories. Il suffirait d'introduire la tournure « avec ou sans début de soupçon » dans le nouvel art. 298a, al. 1, AP-CPP pour l'obtenir.

GS exige également une base légale pour les achats-tests d'alcool dans le droit fédéral. L'organisation invoque qu'une lourde atteinte est portée aux droits fondamentaux des personnes concernées, dans ce cadre-là, et que les opérations d'investigation sont contraires aux principes de comportement de l'Etat et de procédure. Les achats-tests d'alcool sont des actes d'investigation secrète qualifiée et une base légale dans le droit cantonal est clairement insuffisante.

La CFEJ regrette beaucoup que les mesures préventives ne soient pas réglées dans le CPP, dans la perspective de la lutte contre la cyberpédophilie. La chose ne devrait pas être laissée aux cantons (comme OGPK[61]). La CFEJ propose par conséquent d'adapter l'art. 286 CPP ou de créer un nouvel article ayant la teneur suivante :

Art. xxx Recherches préliminaires secrètes

[1] Avant l'ouverture d'une instruction pénale par le Ministère public, la police cantonale peut mener des recherches préliminaires de façon secrète, aux conditions suivantes:

- *a. des soupçons suffisants laissent penser qu'une infraction pourrait être commise;*
- *b. la gravité ou la particularité de l'infraction visée justifie l'emploi de la méthode;*
- *c. d'autres moyens employés jusqu'alors n'ont pas abouti ou les recherches envisageables, à défaut d'être secrètes, n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles.*

[2] Seul un membre de la police judiciaire peut procéder à des recherches préliminaires de façon secrète.
[3] Le Commandant de la Police cantonale peut doter le policier d'une identité d'emprunt.
[4] La mise en œuvre des recherches préliminaires entreprises par la police cantonale repose sur une autorisation du Tribunal des mesures de contrainte, sollicitée par l'intermédiaire du Ministère public.

Selon ZH et la SSDP, la formulation «l'une des infractions (un crime ou un délit) a été commise »[62] a pour conséquence que les infractions qui pourraient vraisemblablement être commises ne sont pas prises en compte par le projet. En attribuant la compétence de règlementer dans le domaine préventif aux cantons, le projet méconnaît qu'il existe deux formes de mesures secrètes préventives : d'une part les actes destinés à prévenir ou révéler une infraction, qui ont leur place dans la législation cantonale sur la police ; d'autre part la constellation prévue par l'art. 4, al. 1, let. a, aLFIS,[63] qualifiée par le Tribunal fédéral de mesures relevant de la procédure pénale (ATF 134 IV 266). Il n'est pas logique que ce domaine relevant aujourd'hui de la compétence de la Confédération, sans que nul ne le conteste, soit dorénavant réglé (et ce de différentes manières) au niveau des cantons. La délimitation entre loi sur la police et droit de la procédure pénale est floue dans la pratique et les passages entre l'une et l'autre mouvants. Le risque est que les tribunaux continuent de qualifier les opérations secrètes de mesures de procédure pénale, chose qui serait problématique au plan de l'exploitation des moyens de preuve (comme UVS, FSFP).

ZH et la SSDP proposent donc les formulations et compléments suivants à l'art. 286, al. 1, CPP et à l'art. 298b, al. 1, AP-CPP :

«[...] a. der Verdacht besteht, eine in Absatz 2 genannte Straftat (bzw. ein Verbrechen oder Vergehen) *sei im Gange oder bereits* begangen worden; *oder b. aufgrund besonderer Umstände davon auszugehen ist, eine kon-*

---

61 La surveillance secrète dans le domaine d'Internet notamment, qui est prévue pour durer, devrait être incluse dans l'art. 285a ou l'art. 298a s. AP-CPP.
62 Voir l'art. 286, al. 1, let. a, CPP et l'art. 298b, al. 1, let. a, AP-CPP
63 Une investigation secrète peut être ordonnée lorsque des circonstances indiquent que des infractions particulièrement graves pourraient vraisemblablement être commises.

krete in Absatz 2 genannte Straftat (bzw. konkretes Verbrechen oder Vergehen) werde voraussichtlich begangen [...].»

5. Autres remarques

SO et la CCPCS critiquent le fait que les policiers n'aient guère été associés aux travaux de préparation du projet envoyé en consultation. Une collaboration est indispensable dans des projets aussi importants pour la pratique (SO).

Le TMC indique que les nouvelles règlementations prévues au sujet de l'investigation secrète et des recherches secrètes doivent être prises en compte dans la procédure pénale militaire (art. 73*n* et 15, al. 3, let. d, PPM) (rapport compris). Le recours au TMC reste ouvert en ce qui concerne l'investigation secrète. Pour être conséquent, il faudrait aussi prévoir cette possibilité pour les recherches secrètes.