

EXPOSE DES MOTIFS ET PROJET DE LOI
modifiant la loi sur la police cantonale du 17 novembre 1975

et

RAPPORT DU CONSEIL D'ETAT AU GRAND CONSEIL

**sur la motion Pierre Zwahlen et consorts pour la poursuite de l'investigation secrète contre les
pédophiles (10_MOT_122)**

1 CADRE LEGAL - COMPARAISON DE L'ANCIEN ET DU NOUVEAU DROIT

Le 1er janvier 2011, est entré en vigueur le nouveau Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP). Au contraire de l'ancienne Loi fédérale sur l'investigation secrète du 20 juin 2003 (LFIS, abrogée au 31.12.2010), les nouvelles dispositions du CPP (art. 286 et suivants) ne prévoient rien quant à la possibilité pour les services de police de mener une investigation secrète préalablement à l'ouverture formelle d'une instruction pénale par le Ministère public. En effet, si l'article 4, alinéa 1, lettre a LFIS stipulait que cette mesure pouvait être ordonnée dès que des soupçons, reposant sur des faits déterminés, indiquaient que des infractions particulièrement graves "pourraient vraisemblablement être commises", il n'en est rien du nouvel article 286 CPP. Celui-ci exige désormais, pour la mise en œuvre d'une investigation secrète, que les soupçons laissent présumer qu'une infraction "a été commise".

A ce propos, le Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2005, relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, mentionne ce qui suit : "*A la différence de ce que prévoit la LFIS, le code de procédure pénale n'opère pas de distinction entre deux phases de l'investigation secrète : la phase de la procédure pénale (art. 14ss, LFIS) et la phase durant laquelle la direction de la procédure n'est pas encore assurée par les autorités pénales....En d'autres termes, les conditions auxquelles la LFIS subordonne le recours à l'investigation secrète sont identiques à celles qui doivent être réunies pour qu'une procédure pénale puisse être ouverte. A y regarder de plus près, il n'y a donc pas de place pour la phase de l'investigation secrète précédant l'ouverture d'une procédure pénale, telle qu'elle est réglementée par la LFIS. Aussi, le code de procédure pénale fait-il abstraction de cette phase. Cela n'exclut toutefois pas qu'une investigation secrète soit ordonnée lorsqu'il n'y a que des soupçons suffisants se rapportant à des faits et non à des personnes, puisque les premiers conduisent à l'ouverture d'une instruction contre X...*" (FF 2006 1057, en particulier p. 1238) .

En résumé, les Chambres fédérales ont estimé que la phase préalable à la mise en oeuvre d'une investigation secrète par le Ministère public ne tombe pas dans le champ d'application du CPP, puisqu'elle relève de l'activité des services de police, au titre des recherches préliminaires qu'ils effectuent avant la saisine du procureur. En conséquence, la possibilité de réglementer la matière

devait être laissée aux cantons, par l'intermédiaire de leur législation sur la police.

La Confédération a opéré le même raisonnement en ce qui concerne l'observation au sens des articles 282 et suivants CPP. Désormais, la règle veut que le Ministère public et la police, pendant l'investigation policière, puissent observer secrètement des personnes et des choses dans des lieux librement accessibles et effectuer des enregistrements audio et vidéo lorsqu'ils disposent d'indices concrets laissant présumer que "des crimes ou des délits ont été commis". A ce propos, le message du Conseil fédéral précise que *"l'observation doit servir exclusivement à élucider des crimes ou des délits qui ont déjà été commis, ce qui signifie qu'elle ne peut pas être ordonnée à titre préventif les observations destinées à écarter un danger doivent être régies par la législation (cantonale) sur la police"*(FF 2006 p.1235).

De manière générale, ces nouvelles dispositions du CPP sont particulièrement préjudiciables au travail de la police judiciaire, qui n'est donc plus autorisée à effectuer des recherches secrètes à titre préliminaire, dont le but principal est de déceler des comportements suspects et prévenir ainsi la commission d'infractions. Elles constituent une réelle lacune par rapport à l'ancien droit, que ce soit la LFIS mais aussi le Code de procédure pénale vaudois (CPP-VD), en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010. En effet, l'article 166 CPP-VD prévoyait, d'une part, que la police judiciaire pouvait mener des recherches préliminaires et, d'autre part, que celles-ci devaient rester secrètes (*"Les recherches préliminaires de la police judiciaire sont secrètes..."*). A ce sujet, les auteurs de doctrine écrivaient ce qui suit : *"En procédure vaudoise, les recherches préliminaires sont menées avant que le juge ne décide formellement d'une action pénale et sans égard aux dispositions du Code de procédure pénale...Les recherches préliminaires sont couvertes par un secret absolu, qui correspond aux critères de la plus pure procédure inquisitoriale. Le secret s'impose non seulement à l'égard du public, mais également à l'égard du suspect qui peut même ne pas être tenu au courant des charges qui justifient les opérations de police dirigées contre lui..."*(Jacques MICHOD, Le secret de la procédure en droit vaudois, thèse, Lausanne 1987).

Par nature, la Police cantonale doit pouvoir obtenir des informations permettant d'empêcher certaines infractions ou de détecter celles-ci en anticipation de la procédure pénale. Pour ce faire, elle doit impérativement être en mesure non seulement d'observer mais également d'enquêter secrètement. Il faut que les policiers puissent prendre contact avec un certain milieu et communiquer de quelque manière que ce soit avec les personnes cibles, sans devoir révéler leur identité et surtout leur fonction. Désormais, l'impossibilité de mener des recherches préliminaires secrètes permettant d'établir que des infractions "pourraient vraisemblablement être commises" se répercute dans les activités quotidiennes de la police. Les exemples suivants sont particulièrement parlants :

- dans la traque des pédophiles sur Internet, via les forums de discussion, les policiers ne sont plus autorisés à infiltrer ces aires de "chat" au moyen d'un faux profil ;
- dans la poursuite du trafic de stupéfiants, les policiers ne peuvent plus procéder à ce que l'on appelle des "achats fictifs" de drogue. La manœuvre consiste pour les inspecteurs spécialisés de la brigade des stupéfiants à se faire passer momentanément pour des consommateurs et à faire part de leur volonté d'acheter de la marchandise (sans forcément recourir à une fausse identité) ;
- il n'est plus possible d'observer des personnes, des choses ou des lieux de façon préventive, en vue d'empêcher la commission d'infractions ou d'opérer le constat que des infractions sont sur le point ou en train d'être commises.

L'ensemble de ces points sera traité de façon plus détaillée ci-après.

2 TRAQUE DES PEDOPHILES SUR INTERNET

2.1 Définition

Ces dernières années, le développement d'Internet s'est malheureusement accompagné d'un accroissement de l'offre en matière de pornographie infantine et en a facilité l'accès. En conséquence, on constate une augmentation très nette du nombre de consommateurs de matériel de pornographie infantine sous toutes les formes disponibles. Les forums de discussion ou "chat", par le biais desquels un adulte - motivé par des intentions clairement sexuelles et ayant la possibilité de tromper son interlocuteur sur sa personne - entre en contact avec des enfants, sont un exemple éloquent. Les sollicitations peuvent se traduire par une demande de rencontre, la tenue de propos obscènes et pervers, la prise de photographies ou la confrontation à des scènes de nature sexuelle via caméra (webcam).

Malgré toutes les mesures de prévention, il ne sera jamais possible de tenir des personnes commettant des actes d'ordre pédosexuel - ou en ayant l'intention - à l'écart des sites de discussion fréquentés par des enfants et des adolescents. C'est la raison pour laquelle la police a la mission d'enquêter sur ces personnes. Au niveau de la Confédération, cette tâche ressort à la compétence du Service de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet (SCOCI), rattaché à l'Office fédéral de la police. Dans le Canton de Vaud, elle est exercée par des inspecteurs spécialisés de la brigade mineurs mœurs de la Police de sûreté.

2.2 Jurisprudence du Tribunal fédéral

Dans un arrêt du 16 juin 2008 (6B_777/2007), la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral a considéré que la participation secrète de la police à des discussions dans des forums sur Internet relevait de l'investigation secrète au sens de la LFIS. En l'occurrence, elle a estimé que le simple fait que des membres de la police, non reconnaissables comme tels, prennent contact avec des suspects, en vue de déterminer la perpétration d'une infraction et d'établir des preuves, suffit à dire qu'il s'agit d'une investigation secrète, dès l'instant où les personnes cibles sont leurrées sur la véritable identité des agents infiltrés.

A réception de cette jurisprudence, les autorités judiciaires et les polices cantonales ont dû modifier leur pratique, en considérant que ce type de discussion devait répondre aux exigences de la LFIS. Dans le Canton de Vaud, suivant l'article 8 LFIS et l'article 165a CPP-VD, ce changement s'est traduit par la délivrance d'une autorisation annuelle du Juge d'instruction cantonal, émise au nom des inspecteurs spécialisés dans le domaine, *pour la mise en œuvre d'agents infiltrés dans le cadre d'investigations relatives à la pédophilie sur Internet (enquêtes préliminaires)*. En particulier, les inspecteurs désignés recevaient l'autorisation de créer de faux profils pour intégrer plusieurs réseaux sociaux.

2.3 Cadre légal dès le 01.01.2011

Avec l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure pénale, le fait pour un policier de rejoindre un forum de discussion au moyen d'un faux profil, en vue de rechercher d'éventuelles infractions de la part de pédophiles, n'est plus envisageable faute de base légale spécifique. En effet, pour les motifs exprimés ci-dessus, le Tribunal fédéral considère que cette action répond aux critères de l'investigation secrète. Or, l'article 286 CPP ne permet la mise en route d'une telle mesure par le Ministère public que si des soupçons suffisants permettent de penser qu'une infraction (visée par l'article 286, alinéa 2 CPP) *a été commise*. Même si ces soupçons peuvent se rapporter à des faits et non à des personnes déterminées, cela ne change rien au fait que lorsque le policier se munit d'un pseudonyme pour intégrer un forum de discussion sur Internet et tromper ses interlocuteurs sur sa véritable identité, il ne peut immédiatement déterminer que des infractions ont été commises. Ce n'est qu'en dialoguant avec l'adulte sous le couvert d'un faux profil d'enfant ou d'adolescent qu'il pourra établir s'il a des intentions sexuelles. Et ce n'est qu'une fois arrivé à cette conclusion que le cas pourra donner lieu à l'ouverture d'une investigation secrète par le Ministère public au sens de l'article 286 CPP. Comme l'indique le Message du Conseil fédéral, toutes les étapes permettant d'arriver à ce constat d'infraction font partie d'une phase policière précédant l'ouverture d'une procédure pénale et échappant aux dispositions du CPP. Dès lors, pour pouvoir être entreprises, ces recherches préliminaires doivent reposer sur une base légale spécifique en lien avec l'activité policière.

Ainsi qu'on vient de l'exposer, en l'état, le Canton de Vaud ne possède pas de disposition permettant ce type d'investigation par la police. Aucun problème ne s'était jamais posé jusqu'au 31 décembre 2010, puisque les recherches étaient fondées sur l'article 166 CPP-VD puis, sur la LFIS et l'autorisation du Juge d'instruction cantonal précitée. En conséquence, il faut reconnaître que la lacune créée par le nouveau CPP unifié est particulièrement invalidante : concrètement, la police n'est plus en mesure de prévenir la commission d'infractions par des pédophiles via les forums de discussion sur Internet.

Les autres cantons suisses sont également concernés par ce revirement, à l'exception du Canton de Schwyz, dont la législation sur la police cantonale prévoit expressément le cas des recherches secrètes menées à titre préventif, ainsi que celui de l'observation de police (cf. point 6.2 ci-dessous). De son côté, le Canton de Berne a rédigé un projet de loi allant dans le même sens, lequel est en cours d'adoption.

Le SCOCI se trouve confronté aux mêmes difficultés que les cantons, ce qui l'a obligé à conclure un mandat avec les autorités schwyzoises pour maintenir la surveillance des forums de discussion.

Au plan fédéral, plusieurs interventions sont en discussion auprès des Chambres, dont une initiative parlementaire, déposée par M. le Député Daniel JOSITSCH. Il propose la création d'un article 285a CPP, qui décrirait concrètement ce que représente une investigation secrète. Il en donne lui-même une définition, à savoir *"le fait d'infiltrer, de manière active et par d'importantes mesures de tromperie, d'action et d'intervention et sur une certaine durée, le milieu criminel par des membres de la police et de contribuer ainsi à élucider des infractions particulièrement graves"*. En parallèle, le CPP excluait expressément que soient considérés comme investigation secrète le fait de mentir, celui d'adapter son apparence au milieu concerné, le fait de cacher son identité ou d'acheter quelque chose à des fins d'enquête. Ces démarches constitueraient de facto des recherches préliminaires de police échappant aux règles de procédure pénale. L'initiant part du principe que, de cette façon, une distinction pourra être opérée entre recherches de police et investigation secrète au sens de l'article 286 CPP.

De son côté, le Conseil fédéral propose de régler la question spécifique de l'investigation secrète dans les forums de discussion sur Internet par la création d'un nouvel article 286a CPP (cf. question Barbara SCHMID-FEDERER du 13.12.2010).

Enfin, lors de l'Assemblée de la CCDJP du 7 avril 2011 (Conférence des directrices et directeurs des

départements cantonaux de justice et police), un projet de loi constituant une proposition de solution au niveau cantonal en vue de réglementer les recherches préliminaires de police de façon unifiée a été présenté. Plusieurs oppositions ont été formulées par les cantons à son égard (dont celle du Canton de Vaud), notamment en raison du fait qu'il ne règle pas l'ensemble de la problématique et ne permet pas, en particulier, le recours à une fausse identité. Compte tenu de l'absence de consensus, la CCDJP a formellement décidé que le projet de loi en question constituerait une recommandation à l'égard des cantons, ceux-ci pouvant aussi bien décider de ne pas agir que de réglementer les recherches préliminaires secrètes de manière autonome.

Pour sa part, le Conseil d'Etat est d'avis que les démarches entreprises au niveau fédéral, si elles apporteront sans doute une solution à la lacune actuelle du CPP, mettront probablement du temps à être finalisées. De surcroît, il n'est, en l'état, pas possible de déterminer dans quelle mesure la modification législative élaborée par la Confédération dispensera les cantons de disposer en parallèle d'une base légale propre, fondant la compétence de la police pour procéder à des recherches préliminaires secrètes. Enfin, le projet de législation cantonale proposé par la CCDJP ne paraît pas satisfaisant, en l'état. En conséquence, le Gouvernement préconise que le Canton de Vaud adopte une base légale propre, seul moyen de disposer rapidement de la solution apte à répondre aux préoccupations des services de police.

3 L'EXEMPLE COMPLEMENTAIRE DE L'ACHAT FICTIF DE DROGUE

Comme on vient de le relever, l'impossibilité d'avoir recours à une investigation secrète avant de disposer de soupçons concrets qu'une infraction a été commise a également un impact sur le travail de la brigade des stupéfiants, qui ne peut plus procéder à des achats fictifs de drogue, en vue de déceler des infractions à la législation (Loi fédérale sur les stupéfiants - LStup). La manœuvre consiste pour les inspecteurs spécialisés à se faire passer momentanément pour des consommateurs de drogue et à faire part de leur volonté d'acheter de la marchandise (sans forcément recourir à une fausse identité). Ce procédé leur permet d'entrer en contact avec le trafiquant, de constater l'infraction à la législation et de saisir le Ministère public de l'affaire. Il a aussi pour objectif d'obtenir, sous le couvert de l'anonymat, des renseignements précieux et d'autres moyens de preuve qui permettront peut-être de remonter la filière de distribution et de démanteler par la suite le réseau de vente.

En l'occurrence, cette pratique est légale puisque *"le fonctionnaire chargé de combattre le trafic illicite de stupéfiants qui, à des fins d'enquête, accepte une offre de stupéfiants n'est pas punissable, même s'il ne dévoile pas son identité et sa fonction"* au sens de l'article 23, alinéa 2 LStup. Au demeurant, un récent arrêt du Tribunal fédéral (ATF 134 IV 266) part du principe que chaque contact établi entre un membre de la police qui ne se fait pas connaître comme tel et un suspect, dans un but d'investigation, est à considérer comme une investigation secrète soumise au CPP, peu importe qu'il y ait duperie sur son identité ou non. Dans le même sens, un autre arrêt (6B_777/2007, précité), statue qu'un contact téléphonique d'un acquéreur fictif avec un suspect sur un numéro connu pour la commande de drogue peut être qualifié d'investigation secrète soumise à autorisation. En d'autres termes, dès l'instant où l'enquêteur ne se limite plus à un rôle purement passif et qu'il établit lui-même le contact avec le dealer, cette action peut être qualifiée d'investigation secrète (voir à ce sujet, Gianfranco ALBERTINI, Bruno FEHR, Beat VOSER, *Enquêtes de police*, ed. Schulthess 2009, p. 496 et suivantes).

En conséquence, on en revient au même schéma que celui établi en matière de traque des pédophiles sur Internet : compte tenu du fait que l'achat fictif de drogue peut être considéré comme une forme d'investigation secrète par la jurisprudence, l'article 286 CPP est aujourd'hui applicable et le soupçon suffisant qu'une infraction "a été commise" doit exister. Or, lorsque le policier spécialiste effectue des recherches et prend des contacts en vue de se procurer de la drogue, il n'est pas d'emblée certain qu'une infraction à la LStup a déjà été commise.

Là encore, faute de pouvoir mettre en oeuvre une investigation secrète via le Ministère public, la police doit pouvoir compter sur une disposition légale propre lui permettant d'entreprendre ce type de démarche préalable.

4 L'OBSERVATION A TITRE PREVENTIF

De manière générale, l'observation porte sur une personne ou une chose déterminée et s'étend sur une période relativement longue ou, du moins, elle doit avoir été planifiée pour une certaine durée. Elle n'est envisageable que dans des lieux librement accessibles au public et peut faire l'objet d'enregistrements audio ou vidéo. Au contraire de l'investigation secrète, un contact direct entre l'observateur et la personne cible n'est pas prévu.

Selon les nouvelles dispositions du CPP (articles 282 et suivants), la mise en oeuvre d'une mesure d'observation par le Ministère public ou par la police (durant l'instruction) n'est envisageable que lorsque des indices concrets laissent présumer que "des crimes ou des délits ont été commis".

Or, comme on vient de le voir, il existe une nécessité pour la police de pouvoir mettre en oeuvre ce type de mesure de façon préliminaire, c'est-à-dire préalablement à l'ouverture d'une instruction pénale et de manière préventive, pour empêcher ou déjouer les infractions. Dans le même sens, il peut paraître opportun que l'observation porte non seulement sur des personnes déterminées mais également sur des lieux publics, suspectés de servir à la commission d'infractions (trafic de stupéfiants, délits sériels contre le patrimoine, traite d'êtres humains, etc.). Au final, on peut considérer l'observation à titre préventif comme une forme spécifique de recherche préliminaire secrète.

Pour ces motifs, l'observation préventive n'entre pas dans le champ d'application du CPP. Il s'agit d'une intervention de la police, préalable à l'ouverture d'une procédure pénale, qui doit donc être soumise à sa propre législation (cf. à ce propos ALBERTINI & consorts, op. cit., p. 472 et suivantes et le message du Conseil fédéral qui précise que " *les observations destinées à écarter un danger doivent être régies par la législation (cantonale) sur la police*", FF 2006 p.1235). Dans cette optique, elle doit être planifiée pour une certaine durée (dépassant quelques heures) et porter sur des personnes, des choses ou des lieux librement accessibles pouvant faire l'objet d'enregistrements audio ou vidéo. Il faut ainsi la distinguer de la simple surveillance policière, ponctuelle et à court terme, qui correspond à la mission première de la police, à savoir le maintien de la sécurité et de l'ordre publics au sens de l'article 1er de la Loi sur la police cantonale du 17 novembre 1975 (LPol) (p.ex., présence en rue, patrouilles de police, etc.).

5 REPONSE A LA MOTION PIERRE ZWAHLEN

Rappel de la motion "pour la poursuite de l'investigation secrète contre les pédophiles"

Dès janvier prochain, une modification de l'article 4 de la Loi sur l'investigation secrète pourrait réduire drastiquement les possibilités de débusquer les pervers et autres pédophiles, qui piègent les jeunes victimes sur la toile.

Aujourd'hui, des policiers vaudois, qui se font passer pour une mineure habitant le canton et conversent sur Internet, reçoivent en quelques minutes des messages de personnes intéressées par des relations sexuelles interdites. Si les correspondants se trouvent dans le canton, il est souvent possible de les identifier, de perquisitionner leur domicile et de saisir le matériel informatique nécessaire, en vue de remonter des filières criminelles. Ce type d'investigation est remis en cause par la modification législative fédérale, qui alerte les milieux de protection de l'enfance.

Les cantons ont toutefois la faculté de combler le vide créé sur le plan fédéral contre les délits sexuels impliquant des enfants, comme le soulignait récemment la cheffe du département de la sécurité et de l'environnement (TSR 22.11.2010). Le Conseil fédéral répondait du reste à la conseillère nationale

Barbara Schmid Federer, inquiète de l'évolution du droit fédéral en la matière : "...Dans la mesure où il s'agit au contraire de droit policier, la compétence législative appartient en principe aux cantons. La Confédération ne dispose que de compétences fragmentaires dans ce domaine."

Il importe d'introduire sans tarder, dans la loi vaudoise, la possibilité d'investiguer secrètement, si des soupçons, reposant sur des faits déterminés, indiquent que des infractions particulièrement graves envers des mineurs pourraient vraisemblablement être commises.

Lausanne, le 8 décembre 2010

Rapport du Conseil d'Etat

Au travers de sa motion, M. le Député Pierre ZWAHLEN s'est inquiété de la situation juridique créée par le nouveau CPP, en particulier parce qu'elle empêche les policiers spécialisés d'intégrer les forums de discussion sur Internet au moyen d'un faux profil. Comme dit précédemment, il ne leur est donc plus possible d'entrer en contact avec d'éventuels pédophiles en vue de déceler tout comportement suspect de leur part.

Cette motion a été soutenue par une commission puis par le Grand Conseil en plénum, qui l'a renvoyée au Conseil d'Etat pour traitement lors de sa séance du 31 mai 2011.

Le Conseil d'Etat considère que le présent document répond aux préoccupations exprimées de façon justifiée par M. le Député ZWAHLEN tout en permettant à la police de maintenir des recherches préliminaires efficaces, sans limiter celles-ci à la seule traque de comportements pédophiles sur Internet.

6 DESCRIPTION DU PROJET DE LOI

6.1 Généralités

Par essence, le travail de police est basé sur la recherche de renseignements ou d'indices permettant d'établir qu'une infraction a été commise ou pourrait l'être de façon imminente ou très probable. Il peut donc revêtir un rôle de constat et d'information au procureur compétent (qui décidera ou non de l'ouverture d'instruction) mais également un rôle de prévention criminelle (cf. article 1a LPol). Ainsi, l'administré attend de la police non seulement qu'elle intervienne une fois l'infraction consommée, pour rétablir l'ordre et rechercher les preuves, mais surtout lorsque des indices suffisants laissent penser qu'une infraction pourrait être commise et que son intervention permettrait de l'éviter ou de la faire cesser.

Comme indiqué précédemment, cette phase de recherche préalable à l'enquête pénale ne tombe pas dans le champ d'application du nouveau CPP, dont le législateur a estimé qu'il ne devait pas contenir des règles de droit policier. S'agissant d'une phase primordiale, il est nécessaire qu'elle puisse perdurer au travers d'une nouvelle base légale cantonale. On se référera ainsi au contenu de l'ancien article 166 CPP-VD, qui a fait l'objet d'une application constante et incontestée jusqu'au 31 décembre 2010.

En fin de compte, on relève qu'il ne s'agit pas de créer une nouvelle pratique mais de maintenir celle qui a auparavant fait ses preuves sur le plan cantonal, tout en la rendant compatible avec le nouveau droit fédéral. A contrario, refuser d'instaurer un tel fondement légal engendrerait la nécessité pour la Police cantonale de revoir une grande partie de ses techniques d'enquête et d'abandonner une méthode efficace, au détriment de la sécurité publique et de la poursuite des délinquants.

6.2 Législation du Canton de Schwyz

Au moment de la rédaction du présent projet, Schwyz est le seul canton disposant d'une législation relative aux recherches préliminaires de police (un projet de loi similaire est en cours d'adoption dans le Canton de Berne). Le principe veut que celles-ci demeurent secrètes et puissent être ordonnées par la Police cantonale dans un but de reconnaissance des infractions et de prévention criminelle. La mise en œuvre de telles mesures repose sur les exigences suivantes (article 9d de l'Ordonnance sur la police cantonale du 22 mars 2000) :

- des indices suffisants permettent de penser qu'une infraction pénale pourrait être commise ;
- la gravité ou la particularité de l'infraction visée justifie la méthode ;
- d'autres moyens d'investigation sont restés sans résultat, n'auraient aucune chance d'aboutir ou s'avèreraient disproportionnés.

En outre, deux autres conditions sont requises :

- les recherches ne peuvent être menées que par des policiers. Ceux-ci peuvent se voir attribuer une fausse identité ou un pseudonyme et garantir l'anonymat dans le cadre de l'enquête ;
- elles sont soumises à un contrôle de l'autorité judiciaire, sous la forme d'une autorisation du Tribunal des mesures de contrainte. Les conditions d'octroi d'une telle autorisation de police suivent les règles du CPP, applicables par analogie.

Par ailleurs, l'ordonnance cantonale régit l'observation de personnes ou de choses, menée par les services de police à titre préventif ou dans un but de recherche d'informations (article 9a). Sur le même principe que les recherches préliminaires, la disposition exige d'une part, que des éléments concrets permettent de présumer qu'une infraction pourrait être commise et, d'autre part, que d'autres formes d'investigations n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles.

6.3 Description article par article

Le Conseil d'Etat propose de s'inspirer de la législation schwyzoise et d'insérer les nouvelles dispositions au Chapitre III de la LPol, lequel traite des devoirs et droits des fonctionnaires de police envers les tiers, à la suite de l'article 21 concernant les mesures sur la personne.

6.3.1 Article 21a, alinéa 1 LPol

L'article 21a, alinéa 1 LPol pose le principe selon lequel la Police cantonale peut procéder à des recherches préliminaires, c'est-à-dire de façon préalable à l'ouverture d'une instruction pénale par le Ministère public. Le but de ces recherches est de pouvoir déceler des infractions avec l'objectif principal de les empêcher, à défaut de faire cesser le comportement punissable par une dénonciation auprès du magistrat compétent. De surcroît, elles doivent demeurer secrètes pour ne pas compromettre leur efficacité.

Ceci posé, il paraît nécessaire, en parallèle, de fournir un cadre et des limites aux recherches préliminaires de police, afin de garantir une exécution uniforme par tous les policiers et faciliter ensuite le travail d'enquête du Ministère public. Dans cette optique, bien que ces recherches échappent à l'application du CPP, il semble opportun qu'elles se rapprochent le plus possible des dispositions de procédure pénale, en particulier celles relatives à l'investigation secrète (articles 286 et suivants CPP). La raison principale est qu'elles auront pour conséquence l'ouverture d'une enquête pénale dans la majorité des cas. Ainsi, durant son instruction, le Ministère public devra pouvoir s'appuyer sur les éléments récoltés par la police dans la phase des recherches préliminaires. En d'autres termes, on verrait difficilement que la décision d'ouverture d'instruction soit prise sur la base d'éléments récoltés par la police d'une manière qui pourrait s'avérer ensuite interdite dans le cadre de la procédure pénale

(cf. article 140 CPP - méthodes d'administration des preuves interdites - et 141 CPP - exploitation des moyens de preuve obtenus illégalement). Au final, il s'agit de garantir une forme de continuité dans l'application du droit.

En conséquence, l'article 21a, alinéa 1 LPol soumet la mise en œuvre, par la Police cantonale, de recherches secrètes à titre préliminaire aux conditions cumulatives suivantes :

a) *des soupçons suffisants laissent penser qu'une infraction pourrait être commise* : cette condition permet de combler la lacune du droit fédéral actuel exigeant que des soupçons laissent présumer qu'une infraction (visée à l'alinéa 2 de l'article 286 CPP) "a été commise" pour la mise en place d'une investigation secrète. Les soupçons peuvent être dirigés contre des faits ou des personnes mais ils doivent être suffisants, c'est-à-dire que les recherches doivent être ciblées et reposer sur une probabilité importante qu'une infraction pourrait intervenir. Il va de soi que dès l'instant où la recherche fait apparaître un soupçon suffisant qu'une infraction a été commise, ce sont les règles du CPP, si nécessaire celles traitant de l'investigation secrète, qui seront exclusivement applicables.

b) *la gravité ou la particularité de l'infraction visée justifie l'emploi de la méthode* : suivant l'article 286 CPP, une investigation secrète ne peut être mise en œuvre qu'à la condition que l'infraction recherchée figure dans la liste visée par l'alinéa 2, ce qui implique également qu'elle revête une certaine gravité (cf. article 286, alinéa 1, lettre b CPP). Cette exigence était également imposée par l'ancienne LFIS, dont l'article 4 conditionnait la mise en œuvre d'une investigation secrète à l'existence de soupçons indiquant que des infractions *particulièrement graves*- également listées à l'alinéa 2 - avaient été commises ou auraient vraisemblablement pu l'être. A contrario, le présent projet ne peut lier la gravité de l'infraction à une liste préétablie, pour la simple raison qu'au moment des recherches préliminaires, si la police doit effectivement soupçonner que des infractions pourraient être commises, elle ne peut pas en revanche déterminer toujours lesquelles en particulier. Etablir une liste des infractions sur la base de l'article 286, alinéa 2 CPP n'aurait ainsi pas de sens. En conséquence, le projet se limite à confirmer que les recherches préliminaires doivent se rapporter à des infractions d'une certaine gravité, sans s'arrêter à les définir. Par ailleurs, il réserve la possibilité que des recherches préliminaires soient également entreprises en raison de *la particularité* de l'infraction, c'est-à-dire celle qui revêt une importance particulière pour la sécurité publique, la poursuite des délinquants et la prévention criminelle. Dans tous les cas, le critère de la particularité de l'infraction doit être compris en lien avec la gravité de celle-ci, en ce sens que la particularité de l'infraction justifie la méthode employée en tant qu'elle pourrait permettre de remonter vers des infractions plus graves. Cette interprétation permet également de respecter le principe de proportionnalité. Tel est par exemple le cas lorsque les inspecteurs spécialisés de la brigade des stupéfiants se font passer pour des consommateurs de drogue afin d'entrer en contact avec un dealer et procéder ensuite à son interpellation. Certes, il est probable que, pour ce cas déterminé, l'infraction que l'on aura constatée ne revêtira pas un caractère particulièrement grave (proposition portant sur la vente de quelques grammes de drogue ; article 19, chiffre 1 LStup). Toutefois, l'appréhension de l'intéressé permettra aux policiers de saisir le Ministère public, qui pourra ensuite prendre les mesures visant à déterminer notamment si le dealer agissait seul ou en bande et par métier, auprès de quel revendeur il se procurait la marchandise, etc., avec l'objectif de pouvoir ensuite remonter la filière de distribution et démanteler un réseau (en aboutissant ainsi au cas grave visé par l'article 19, chiffre 2 LStup et l'article 286, alinéa 2, lettre f CPP). Il en va de même des recherches préliminaires secrètes menées dans un cas d'exhibitionnisme de peu de gravité, dans la mesure où ces dernières pourraient aboutir à des investigations orientées contre des actes à caractère pédophile.

On notera pour le surplus que cette solution est actuellement en vigueur dans le Canton de Schwyz.

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*: cette condition

reprend celle de l'article 286, alinéa 1, lettre c CPP. En outre, elle permet d'établir que les recherches secrètes demeurent subsidiaires par rapport aux autres moyens à disposition de la police (p.ex. patrouilles de police, surveillance générale, récolte d'informations auprès de personnes de confiance, etc.).

6.3.2 Article 21a, alinéa 2 LPol

Seul un agent de police judiciaire peut entreprendre des recherches à titre préliminaire. L'étendue de son intervention doit être conforme aux articles 293 à 296 CPP, applicables par analogie (cf. l'article 21a, alinéa 5). En particulier, il lui est interdit d'encourager un tiers à commettre des infractions ou de l'inciter à commettre des infractions plus graves.

6.3.3 Article 21a, alinéa 3 LPol

Cette disposition reprend le contenu de l'ancien article 6, alinéa 1 LFIS. Pour qu'elle soit crédible et apte à protéger le policier, l'identité d'emprunt doit être octroyée avant une intervention proprement dite. Pour cette raison, la compétence doit revenir au Commandant de la Police cantonale. Sa décision fera ensuite l'objet d'une validation de principe par le Tribunal des mesures de contrainte, au moment de la délivrance de l'autorisation prévue par l'alinéa 4 ci-dessous (cf. article 289, alinéa 4, lettre a CPP).

6.3.4 Article 21a, alinéa 4 LPol

Il paraît opportun que les recherches préliminaires, même si elles revêtent un caractère policier, soient fondées sur une autorisation du pouvoir judiciaire. Comme précédemment, la raison principale est qu'elles aboutissent le plus souvent à l'ouverture d'une instruction pénale, ce qui implique que les éléments récoltés jusqu'alors soient ensuite compatibles avec l'application du CPP. En conséquence, le présent projet propose de calquer l'autorisation nécessaire à la mise en œuvre de recherches préliminaires sur la procédure inhérente à l'investigation secrète. L'autorisation sera requise par l'intermédiaire du Ministère public (289, alinéa 2 CPP) et délivrée par le Tribunal des mesures de contrainte, suivant les règles de l'article 289, alinéas 3 à 5 CPP. L'article 289, alinéa 4, lettre c n'est toutefois pas applicable en ce sens que, comme on vient de l'indiquer, seule une personne ayant la formation de policier est habilitée à entreprendre des recherches préliminaires (cf. article 21a, alinéa 2 ci-dessus).

On précise que le rôle du Ministère public ne se limitera pas à transmettre la requête de la police judiciaire au Tribunal des mesures de contrainte. Il paraît logique de lui confier un rôle proactif, consistant notamment à établir dans quelle mesure la demande paraît recevable, connaissant les critères du tribunal. Si tel ne semble pas être le cas, il pourra la renvoyer à la police pour complément, accompagnée de recommandations éventuelles. D'un autre côté, il pourra, de façon informelle, s'entretenir du dossier avec le Tribunal des mesures de contrainte.

6.3.5 Article 21a, alinéa 5 LPol

Cet article renvoie à l'application du CPP. Il s'agit des articles 141 (exploitation des moyens de preuves obtenus illégalement) et 151 (mesures de protection des agents infiltrés). Sous réserve des dispositions expresses prévues par le présent projet, les règles traitant de l'investigation secrète sont également applicables par analogie (articles 286 à 298 CPP).

6.3.6 Article 21b, alinéa 1 LPol

Cette disposition répond à la nécessité pour la police de mettre en œuvre des moyens d'observation avant l'ouverture d'une procédure pénale par le Ministère public, afin d'empêcher la commission d'infractions. Il faut considérer l'observation préventive comme une forme particulière de recherches secrètes de police, d'où la création d'une disposition spécifique s'y rapportant. Dans cette optique, elle doit être planifiée pour une certaine durée et porter sur des personnes, des choses ou des lieux librement accessibles pouvant faire l'objet d'enregistrements audio ou vidéo. L'article 21b, alinéa 1 s'inspire de l'article 282 CPP. L'observation ne peut intervenir que s'il existe des indices concrets que des crimes ou des délits pourraient être commis (lettre a) et d'autres formes d'investigations n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles (lettre b). La sphère privée ou secrète de la personne n'est pas touchée par une observation au sens de la LPol. A cet égard, il n'est absolument pas question de mettre en place des mesures techniques de surveillance de la sphère privée, afin par ex. d'écouter ou d'enregistrer des conversations non publiques (écoutes téléphoniques), qui restent le seul apanage du Ministère public (cf. articles 280 et suivants CPP - Autres mesures techniques de surveillance). Comme pour les autres recherches préliminaires secrètes, il va de soi que dès l'instant où la mesure fait apparaître un soupçon suffisant qu'une infraction a été commise, ce sont les règles du CPP, si nécessaire celles traitant de l'observation, qui seront applicables en exclusivité.

6.3.7 Article 21b, alinéa 2 LPol

A l'instar de ce qui est prévu par le CPP, la Police cantonale dispose d'une compétence propre pour décider la mise en œuvre de moyens d'observation, ici, avant l'ouverture d'une enquête pénale. Toutefois, si la mesure se prolonge au-delà d'un mois, elle est soumise à l'autorisation du Ministère public, par analogie à l'article 282, alinéa 2 CPP.

6.3.8 Article 21b, alinéa 3 LPol

Cette disposition réserve l'application par analogie de l'article 141 CPP lorsqu'une observation préventive ne respecte pas les prescriptions et n'est donc pas conforme au droit (par ex., si elle a été poursuivie par la police au-delà d'un mois sans autorisation). Il en va de même des articles 282 et 283 CPP, traitant des conditions de l'observation, de la communication à la personne observée et des conditions auxquelles l'autorité peut renoncer à celle-ci ou la différer.

7 CONSEQUENCES

7.1 Légales et réglementaires (y.c. eurocompatibilité)

La Loi sur la police cantonale du 17 novembre 1975 (LPol) est modifiée.

7.2 Financières (budget ordinaire, charges d'intérêt, autres)

Néant.

7.3 Conséquences en terme de risques et d'incertitudes sur les plans financier et éc

Néant.

7.4 Personnel

Néant.

7.5 Communes

Néant.

7.6 Environnement, développement durable et consommation d'énergie

Néant.

7.7 Programme de législature (conformité, mise en œuvre, autres incidences)

Mesure No 15 : **Réformer la justice et la chaîne pénale d'une part, la police d'autre part.**
Conséquence de l'entrée en vigueur au 01.01.2011 du nouveau Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007.

7.8 Loi sur les subventions (application, conformité)

Néant.

7.9 Constitution (conformité, mise en œuvre, autres incidences)

Néant.

7.10 Plan directeur cantonal (conformité, mise en œuvre, autres incidences)

Néant.

7.11 RPT (conformité, mise en œuvre, autres incidences)

Néant.

7.12 Simplifications administratives

Néant.

7.13 Autres

Néant.

8 CONCLUSION

Le Conseil d'Etat propose au Grand Conseil :

- d'entrer en matière et d'adopter le projet de loi modifiant la Loi sur la police cantonale du 17 novembre 1975 ;
- d'adopter le rapport du Conseil d'Etat sur la Motion Pierre ZWAHLEN et consorts pour la poursuite de l'investigation secrète contre les pédophiles.

PROJET DE LOI
modifiant la loi sur la police cantonale
du 17 novembre 1975

du 29 juin 2011

LE GRAND CONSEIL DU CANTON DE VAUD

vu le projet de loi présenté par le Conseil d'Etat

décète

Article premier

¹ La loi sur la police cantonale du 17 novembre 1975 est modifiée comme suit :

Art. 21 a 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

Texte actuel

Projet

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.

⁵ Sous réserve des dispositions précitées, les articles 141, 151 et 286 à 298 CPP s'appliquent par analogie.

Art. 21 b Observation préventive

¹ Avant l'ouverture d'une instruction pénale par le Ministère public, la Police cantonale peut observer secrètement des personnes, des choses et des lieux librement accessibles et effectuer des enregistrements audio et vidéo aux conditions suivantes :

- a) elle dispose d'indices concrets laissant présumer que des crimes ou des délits pourraient être commis ;
- b) d'autres formes d'investigations n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles.

² La poursuite d'une observation préventive au-delà d'un mois est soumise à l'autorisation du Ministère public.

³ Sous réserve des dispositions précitées, les articles 141, 282 et 283 CPP s'appliquent par analogie.

Art. 2

¹ Le Conseil d'Etat est chargé de l'exécution de la présente loi. Il en publiera le texte conformément à l'article 84, alinéa1, lettre a) de la Constitution cantonale et en fixera, par voie d'arrêté, la date d'entrée en vigueur.

Texte actuel

Projet

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 29 juin 2011.

Le président :

Le chancelier :

P. Broulis

V. Grandjean