

<http://www.coe.int/pharmacrime>



Strasbourg, 25 juillet 2009
pc-isp/Docs 2009/pc-isp (2009) 04FR

PC-ISP (2009) 04

**COMITÉ AD HOC SUR LA CONTREFAÇON DES PRODUITS MÉDICAUX
ET LES INFRACTIONS SIMILAIRES MENAÇANT LA SANTÉ PUBLIQUE
(PC-ISP)**

Etude portant sur le dispositif
en matière de compétence juridictionnelle et d'extradition
relative au projet de Convention du Conseil de l'Europe
sur la contrefaçon des produits médicaux
et les infractions similaires menaçant la santé publique

Document préparé par Claude Debrulle, Expert-consultant, Directeur Général Honoraire au
Ministère belge de la Justice

CHAPITRE I.

Ampleur et caractéristiques de la criminalité portant sur les produits médicaux de contrefaçon et les infractions similaires menaçant la santé publique

L'ampleur et les caractéristiques de la criminalité portant sur des produits médicaux de contrefaçon et les infractions similaires menaçant la santé publique ont été évoquées dans plusieurs documents préparatoires à l'élaboration du projet de convention du Conseil de l'Europe portant sur le même objet.

Je me réfère, à cet égard, aux travaux de la conférence internationale de Moscou d'octobre 2006 portant sur « L'Europe contre les médicaments contrefaits », aux délibérations de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe aboutissant à la recommandation 1793 (2007) sur la nécessité d'une convention du Conseil de l'Europe relative à la suppression de la contrefaçon et du trafic de produits contrefaits ou, encore, à l'étude de faisabilité de janvier 2007 du professeur Tom VANDERBEKEN (R.U.G.) portant sur une convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon de médicaments et le crime pharmaceutique.

Même si l'ampleur précise de cette criminalité est difficilement chiffrable en raison même de son caractère occulte, il est patent que la prolifération de faux produits médicaux est un fléau qui prend des allures d'épidémie tant sur le plan de la variété que du volume de médicaments et de dispositifs médicaux en cause.

Et cette épidémie s'est mondialisée : aucun continent, aucune région, aucun pays n'y échappe aujourd'hui.

Selon certains auteurs, le commerce des médicaments contrefaits représenterait 5 à 7 % du marché pharmaceutique mondial et se chiffrerait au moins à 27 milliards d'euros par an.

Les pays en voie de développement seraient les plus gravement touchés par cette criminalité. Selon l'organisation mondiale de la santé (O.M.S.), en Afrique et en Asie du sud-est, jusqu'à 60 à 70 % de certaines catégories de médicaments seraient contrefaits. Toujours selon cette même organisation, chaque année, quelques 200.000 décès des suites de malaria sont dus à la prise de médicaments contrefaits. En Chine, 192.000 personnes seraient mortes en 2001 du fait de faux médicaments.

Tous les Etats membres du Conseil de l'Europe sont également concernés, que ce soit en tant que pays d'origine, de transit ou de destination de ces faux produits médicaux.

Lors de la conférence de Moscou, il a été cité, à titre exemplatif pour l'année 2006, 93 cas de contrefaçon de médicaments en Russie, 39 au Royaume-Uni, 28 en Ukraine et 25 en Allemagne.

L'Union européenne considère que les produits de contrefaçon représentent au moins 3 % du marché pharmaceutique en Europe. En 2005, pour la seule Union européenne, 560.598 médicaments de contrefaçon ont été saisis.

* * *

Aujourd'hui, cette vulnérabilité des Etats s'accroît en raison du recours à la vente de faux produits médicaux par INTERNET qui permet le contournement de la réglementation et des contrôles des autorités nationales.

INTERNET permet, en effet, un écoulement massif et anonyme de ces produits grâce à des procédés de dissimulation, voire des déplacements rapides des sites d'offres s'ils sont localisés par les autorités publiques.

Une étude de l'Union européenne portant sur ses Etats membres a découvert, au cours des cinq dernières années, 170 médicaments de contrefaçon dans des canaux de distribution, essentiellement par INTERNET.

L'organe international de contrôle de stupéfiants comme l'organisation mondiale de la santé s'inquiètent du développement important de pharmacies en ligne fournissant illégalement

des médicaments vendus normalement sur ordonnance, y compris des substances placées sous contrôle international, quand il ne s'agit pas de médicaments contrefaits.

* * *

Et cette fabrication de produits médicaux est un outil lucratif à moindre risque. Parce que les sanctions pénales varient considérablement d'un Etat à l'autre, sont souvent dérisoires quand elles ne sont pas inexistantes. Ce qui multiplie les lieux d'impunité (les paradis « pharmaceutiques » !).

Selon une étude de l'O.C.D.E., 80 % des saisies des produits contrefaits proviendraient seulement d'une dizaine de pays, essentiellement de l'Asie, surtout du Sud-Ouest.

* * *

Il résulte de tous ces éléments que la contrefaçon de médicaments et les infractions similaires menaçant la santé sont une forme de criminalité particulièrement grave.

Grave par son ampleur mais grave aussi par la valeur universelle majeure à laquelle elle porte atteinte : la santé publique.

En la matière, nous parlons d'empoisonnement, de malformations, de handicaps, de séquelles physiques et/ou psychologiques, voire de mort parfois pour des centaines, sinon des milliers de personnes.

Lutter efficacement contre l'impunité de cette forme de criminalité suppose la réunion de plusieurs conditions.

Sans doute, la définition des produits médicaux visés, l'énoncé exhaustif des incriminations à poursuivre et à sanctionner, la mise en place d'une structure de coopération interne et internationale.

Mais aussi, l'instauration d'une politique audacieuse en matière de compétence juridictionnelle ainsi qu'en matière d'extradition à la hauteur des caractéristiques de cette criminalité : son ampleur, sa gravité pour la santé des personnes, son caractère transnational, l'existence de « paradis pharmaceutiques », le facteur multiplicateur par le recours à INTERNET.

C'est l'objet des chapitres 2 et 3 de cette note.

CHAPITRE II.

Règles conventionnelles de compétence juridictionnelle
--

La présente étude a pour but de fournir au groupe intergouvernemental de négociation du projet de convention les éléments d'appréciation d'une politique à la hauteur de l'enjeu, notamment en matière de compétence juridictionnelle.

A cet effet, cette étude procède, dans ce chapitre, à la comparaison des dispositions pertinentes figurant dans une quinzaine d'instruments de droit international conclus dans des domaines de lutte contre des formes de criminalité présentant une ampleur et des caractéristiques comparables à celles sous examen : la fausse monnaie, les stupéfiants, la criminalité organisée, la traite des êtres humains, la corruption, l'exploitation sexuelle des enfants, le terrorisme ou la cybercriminalité.

L'analyse comparée de ces principaux instruments de droit international, qu'ils émanent de l'Union européenne, du Conseil de l'Europe ou des Nations Unies, met en lumière l'application, à des degrés divers, de cinq principes de compétence juridictionnelle.

Le premier principe est celui de la compétence territoriale du droit pénal.

Ce principe constitue une des traductions du pouvoir de souveraineté nationale des Etats sur leurs territoires respectifs. Toutefois, en raison de l'internationalisation croissante de la délinquance, il est de plus en plus fréquent que des infractions comportent des éléments d'extranéité. La question se pose alors de savoir dans quelle mesure le juge national peut en connaître. A ce titre, un instrument de droit international peut prévoir des exceptions au principe de territorialité de la loi pénale. Ces exceptions peuvent être classées en fonction des quatre critères subséquents :

- le principe de compétence réelle
- le principe de personnalité active
- le principe de personnalité passive
- le principe de compétence universelle.

A. Le principe de territorialité du droit pénal.

La compétence de la juridiction répressive nationale s'exerce à l'égard de toutes les infractions commises, en tout ou en partie, sur le territoire national, quelles que soient la gravité de l'infraction, la nationalité de l'auteur ou de la victime.

* * *

Cette compétence territoriale s'étend également, en raison des caractéristiques de la criminalité combattue, aux infractions commises à bord d'un navire battant pavillon national ou commises à bord d'un aéronef immatriculé conformément à son droit interne.

Pour illustrer l'intérêt de cette extension de compétence juridictionnelle, le rapport explicatif de la convention du Conseil de l'Europe du 25 octobre 2007 sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels s'exprime ainsi : « *Ce type de compétence est très utile lorsque le navire ou l'aéronef ne se trouve pas sur le territoire de l'Etat Partie au moment où l'infraction est commise, (le principe de territorialité) ne pouvant alors servir à établir la compétence.*

Si l'infraction est commise à bord d'un navire ou d'un aéronef se trouvant en dehors du territoire de l'Etat de pavillon ou d'immatriculation, il se pourrait qu'aucune Partie ne puisse exercer sa compétence si cette règle n'existait pas. En outre, si une infraction est commise à bord d'un navire ou d'un aéronef qui ne fait qu'emprunter les eaux ou l'espace aérien d'un autre Etat, ce dernier Etat peut rencontrer des obstacles concrets importants à l'exercice de sa compétence. Il est alors utile que l'Etat d'immatriculation puisse également exercer sa compétence ».

* * *

La décision-cadre du 22 décembre 2003 de l'Union européenne relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie contient, en matière de compétence territoriale, une disposition qui est susceptible de présenter un intérêt particulier dans le cadre de la présente étude dans la mesure où elle renvoie à un système informatique permettant la commission de l'infraction.

Son article 8, § 5 et libellé comme suit :

« Chaque Etat membre veille à ce que sa compétence couvre les cas dans lesquels une infraction visée par l'article (pédopornographie) et, dans la mesure pertinente, à l'article (complicité, tentative) a été commise au moyen d'un système informatique auquel l'accès a été obtenu à partir de son territoire, que ce système informatique se trouve ou non sur ce dernier. »

* * *

Ce principe de territorialité du droit pénal est pratiquement de droit commun dans tous les instruments internationaux qu'ils soient conclus dans le cadre du Conseil de l'Europe ou des Nations Unies (cf. la convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, ou celle sur la cybercriminalité (Budapest, 23 novembre 2007 – art. 22 § 1b et c), les conventions des Nations internationales pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (New York, 15 décembre 1997) ou par la répression du financement du terrorisme (09 décembre 1999) ou, encore, le protocole facultatif à la convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants (25 mai 2000) ou, enfin, la convention des Nations Unies contre la corruption (31 octobre 2003 – art. 42 § 1, b)).

* * *

Cette règle sur la territorialité prend cependant une modalité particulière lorsqu'elle s'applique à l'activité infractionnelle d'une organisation criminelle.

Ainsi l'action commune du Conseil de l'Union européenne du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle précise, en son article 4, que chaque Etat membre s'assure que les comportements infractionnels incriminés qui se sont produits sur son territoire soient justiciables quel que soit le lieu sur le territoire des Etats membres où l'organisation est basée ou exerce ses activités criminelles.

La décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme contient le même principe mais encore élargi : « *quel que soit le lieu où le groupe terroriste est basé ou exerce ses activités criminelles* », donc peu importe l'Etat concerné.

Il en est de même dans la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (convention de Palerme 15 novembre – 15 décembre 2000). En son article 15, elle précise que chaque Etat Partie adopte les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions commises par une organisation criminelle lorsque certaines de ces infractions sont commises hors de son territoire en vue de la commission d'autres infractions sur son territoire.

Dans la mesure où les Parties au projet de convention ont également ratifié cette convention des Nations Unies, cette précision ne me semble pas utile dans le texte en discussion.

B. Le principe de la compétence réelle

Un instrument de droit international en matière pénale peut aussi prévoir la compétence du juge interne lorsque certains intérêts primordiaux d'un Etat ou d'une institution internationale sont menacés.

Il en est ainsi, par exemple, dans la décision-cadre du 29 mai 2000 de l'Union européenne visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux-monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro. En son article 7, § 2, cette décision-cadre dispose qu'au moins les Etats membres ayant adopté l'euro précisent les mesures appropriées pour s'assurer que la contrefaçon, tout au moins à l'égard de l'euro, soit passible de poursuites indépendamment (de la nationalité de l'auteur de l'infraction) et du lieu où elle est commise.

De même, la convention des Nations Unies contre la corruption, en son article 42, §2,d), consacre une compétence juridictionnelle à un Etat Partie lorsque l'infraction de corruption

est commise à son encontre. On peut penser que la corruption peut porter atteinte aux intérêts généraux de l'Etat ce qui justifie ce titre de compétence. La question peut se poser dans les mêmes termes lorsque l'atteinte à la santé publique touche la structure financière de l'Etat, en l'occurrence le budget de la sécurité sociale.

C. Le principe de personnalité active.

Le principe de personnalité active prend comme critère de compétence des tribunaux internes la nationalité de l'auteur de l'infraction.

Ce critère part du principe selon lequel les ressortissants d'un Etat sont tenus de se conformer au droit interne de leur Etat même lorsqu'ils se trouvent en dehors du territoire de cet Etat.

De nombreux instruments de droit international de l'Union européenne, du Conseil de l'Europe et des Nations Unies adoptent ce critère de compétence juridictionnelle.

Il en est ainsi notamment des conventions internationales des Nations Unies pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (New York – 15 décembre 1997) ou pour la répression du financement du terrorisme (09 décembre 1999).

La décision-cadre de l'Union européenne relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie précise, en son article 8, § 1, c, que cette compétence vaut aussi lorsque l'infraction a été commise pour le compte d'une personne morale établie sur son territoire.

La convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 de même que les conventions de lutte contre le terrorisme citées ci-dessus font un pas de plus en consacrant une règle de compétence juridictionnelle pour chaque Etat Partie lorsque l'infraction est commise non seulement par l'un de ses ressortissants mais également par une personne apatride résidant habituellement sur son territoire.

Mieux encore, la convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (Vienne – 20 décembre 1988, art. 4 § 1, b, i) de même que le protocole facultatif à la convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants (25 mai 2000, art. 4 § 2, a) ouvre la faculté aux Etats Parties d'établir leur compétence lorsque l'auteur présumé de l'infraction a sa résidence habituelle sur le territoire de ceux-ci.

La convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (Lanzarote – 25 octobre 2007, art. 25 § 1, e) attribue de plein droit cette compétence à l'Etat Partie lorsque l'infraction est commise par une personne ayant sa résidence habituelle sur son territoire.

Toutefois, en son § 3 de l'article 25, la convention prévoit la faculté pour l'Etat-partie de déclarer qu'elle se réserve le droit de ne pas appliquer, ou de n'appliquer que dans des cas ou des conditions spécifiques, cette règle de compétence.

Par contre, pour la poursuite des infractions les plus graves, l'article 25 § 6 demande à chaque Etat Partie de prendre les mesures législatives ou autres nécessaires pour que l'établissement de sa compétence au titre de ses ressortissants ou de ses résidents ne soit pas subordonné à la condition que la poursuite soit précédée d'une plainte de la victime ou d'une dénonciation de l'Etat du lieu où les faits ont été commis.

Et le rapport explicatif relatif à ce paragraphe justifie cette règle dans les termes suivants :
« *Certains Etats dans lesquels des enfants sont abusés ou exploités n'ont pas toujours la volonté ou ne disposent pas des ressources nécessaires pour mener à bien des enquêtes. Dans ces conditions, l'exigence d'une dénonciation officielle ou d'une plainte de la victime constitue souvent un obstacle à l'exercice des poursuites.* »

D. Le principe de personnalité passive.

Le principe de personnalité passive s'attache à la nationalité de la victime et identifie les intérêts particuliers des nationaux victimes aux intérêts généraux de leur Etat d'origine.

La convention des Nations-Unies contre la criminalité transnationale de même que celle de lutte contre le terrorisme citées ci-dessus, consacrent ce principe à titre d'option offerte aux Etats Parties.

Quant au protocole facultatif à la convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, il établit de plein droit cette compétence juridictionnelle lorsque la victime est un ressortissant de l'Etat Partie.

La convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, en son article 25 § 2, demande à chaque partie de s'efforcer de prendre les mesures législatives ou autres nécessaires pour établir sa compétence lorsque l'infraction est commise à l'étranger à l'encontre de l'un de ses ressortissants ou d'une personne ayant sa résidence habituelle sur son territoire.

Et le rapport explicatif de préciser qu'il ne s'agit pas d'une obligation comme en témoigne l'emploi du verbe « s'efforcer ».

E. Le principe de compétence universelle

La compétence universelle consiste en l'aptitude légale d'un juge à connaître d'une infraction indépendamment du lieu où elle a été commise et quelle que soit la nationalité de l'auteur et celle de la victime.¹

Ce principe constitue une application de l'adage « aut dedere, aut judicare » invoqué pour éviter l'impunité pour la répression des infractions les plus graves : en vertu de cet adage, l'Etat qui n'est pas en mesure d'extrader les personnes dont l'extradition est demandée, est tenu de la juger lui-même, quels que soient, je répète, le lieu de l'infraction, la nationalité de l'auteur et celle de la victime.

La compétence universelle tend ainsi à protéger des valeurs et des intérêts jugés essentiels sur les plans national et international et, à ce titre, à rendre plus effective la répression des formes extrêmes de criminalité internationale.

Par exemple, de tout temps, la piraterie maritime est apparue comme le premier cas de compétence universelle.

D'autres cas s'y sont ajoutés : le trafic de stupéfiants, la traite des êtres humains, la pédopornographie, le terrorisme, ... De même, pour les crimes les plus graves qui révoltent la conscience universelle : le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.

L'article 36, § 2, a, iv) de la convention unique sur les stupéfiants de 1961 telle que modifiée par le protocole de 1972 portant amendement de la convention unique sur les stupéfiants prévoit que « *les infractions de production, d'exportation et de trafic de stupéfiants, qu'elles soient commises par des nationaux ou par des étrangers, seront poursuivies (...) par la Partie sur le territoire de laquelle le délinquant se trouvera si son extradition n'est pas acceptable conformément à la législation de la Partie à laquelle la demande est adressée et si le délinquant n'a pas déjà été poursuivi et jugé.* »

¹ Henri.D.Bosly, Damien VANDERMEERSCH – Droit de la procédure Pénale. La Charte 2003 Pages 76-79

L'article 22 § 2 a) iv de la convention sur les substances psychotropes de Vienne du 21 février 1971 consacre la même règle.

D'autres conventions des Nations Unies modalisent ce principe selon des formules différentes.

Ainsi, les conventions des Nations Unies de lutte contre le terrorisme donnent compétence à chaque Etat Partie pour les infractions, par exemple de financement du terrorisme ou d'attentats à l'explosif, pour peu que l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur son territoire et où il ne l'extrade pas vers l'un quelconque des Etats Parties qui ont eux-mêmes établi leur compétence conformément aux dispositions de ces conventions.

Dans le protocole facultatif à la convention relative aux droits de l'enfant, l'article 4 § 3 prescrit à chaque Etat Partie de prendre des mesures propres à établir sa compétence aux fins de connaître des infractions comminées par ledit protocole lorsque l'auteur présumé de l'infraction est présent sur son territoire et qu'il ne l'extrade pas vers un autre Etat Partie au motif que l'infraction est commise par l'un de ses ressortissants.

Quant à la convention des Nations Unies contre la corruption, elle distingue deux options :

L'une est obligatoire : il y a compétence de l'Etat Partie lorsque l'auteur présumé se trouve sur son territoire et ne l'extrade pas au motif qu'il est l'un de ses ressortissants. L'autre est facultative : chaque Partie peut établir sa compétence lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur son territoire et ne l'extrade pas. On peut penser à deux cas de figure : l'auteur présumé a la qualité de réfugié politique ou la demande d'extradition est refusée pour un motif humanitaire (application de la peine de mort, torture, juridiction d'exception, ...).

L'article 7 § 1^{er} de la convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne stipule que l'extradition ne peut être refusée au motif que la personne qui fait l'objet de la demande d'extradition est un ressortissant de l'Etat membre requis.

Toutefois, en son article 7 § 2, la convention permet à tout Etat membre de déclarer qu'il n'accordera pas l'extradition à ses nationaux ou ne l'autorisera que sous certaines conditions.

Cependant, cette réserve n'a une durée de validité que de cinq ans et devient caduque en l'absence de notification de prorogation de la part de l'Etat membre qui a formulé cette réserve.

La décision-cadre de l'Union européenne relative à la lutte contre la traite des êtres humains (19 juillet 2002) prévoit que tout Etat membre, qui, en vertu de sa législation, n'extrade pas ses ressortissants établit sa compétence pour poursuivre les auteurs d'infractions visées par ladite décision-cadre lorsqu'elles sont commises par l'un de ses ressortissants en dehors de son territoire.

Les conventions du Conseil de l'Europe contiennent aussi des dispositions de ce type.

Ainsi, la convention européenne pour la répression de terrorisme de 1977 telle qu'amendée par son protocole du 15 mai 2003, dispose, en son article 7, comme suit :

« Article 7

Un Etat contractant sur le territoire duquel l'auteur soupçonné d'une infraction visée à l'article 1^{er} est découvert, et qui a reçu une demande d'extradition, (...) soumet, s'il n'extrade pas

l'auteur soupçonné de l'infraction, l'affaire, sans aucune exception et sans retard injustifié, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de caractère grave conformément aux lois de cet Etat. »

La convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité du 23 octobre 2001, celle pour la prévention du terrorisme du 16 mai 2005 ainsi que celle sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels du 25 octobre 2007 contiennent toutes les trois la même disposition :

« chaque Partie prend les mesures législatives ou autres nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de toute infraction établie conformément à la présente convention, lorsque l'auteur présumé est présent sur son territoire et ne peut être extradé vers une autre Partie à raison de sa nationalité. »

F. Concurrence de titres de compétence juridictionnelle

Dans certains cas, des règles de compétence peuvent être concurrentes et aboutir à ce que plusieurs Etats Parties se déclarent compétents à l'égard d'une même infraction. Pour éviter les inconvénients de ces chevauchements et les désagréments inutiles tant pour les victimes que pour les témoins, certaines des conventions citées contiennent des dispositions visant, par la consultation, à coordonner l'action desdits Etats.

Ainsi, la convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels prévoit, en son article 25 § 4 que, lorsque plusieurs Parties revendiquent leur compétence à l'égard d'une infraction présumée (...), les Parties concernées se concertent lorsque cela est opportun afin de déterminer la mieux à même d'exercer les poursuites.

Et, dans le rapport explicatif de cette convention, il est précisé ce qui suit :

« 175. Dans certains cas d'exploitation et d'abus sexuels concernant les enfants, il peut arriver que plusieurs Parties aient compétence à l'égard de certaines ou de toutes les personnes ayant participé à la commission d'une infraction donnée. Ainsi, par exemple, un enfant peut être recruté dans la prostitution dans un Etat puis transporté et exploité dans un autre Etat. Afin d'éviter des procédures concurrentes et des désagréments inutiles pour les témoins, ainsi que pour renforcer à d'autres égards l'efficacité ou l'équité des procédures, le paragraphe 4 prévoit que les Parties concernées doivent se consulter afin de décider quelle est la juridiction la mieux à même d'exercer les poursuites. Dans certains cas, les Etats ont tout intérêt, pour des raisons d'efficacité, à choisir un lieu de poursuite unique ; dans d'autres, le mieux est qu'un Etat poursuive certains auteurs présumés, tandis qu'un autre Etat ou plusieurs autres Etats poursuivent les autres. Ce paragraphe permet de recourir à l'une ou l'autre solution. Enfin, l'obligation de consultation n'est pas absolue, mais la consultation doit avoir lieu « lorsque cela est opportun. » Ainsi, par exemple, si l'une des Parties sait que la consultation n'est pas nécessaire (par exemple, lorsqu'elle a reçu confirmation que l'autre Partie n'envisage pas d'engager des poursuites), ou qu'une Partie estime que la consultation pourrait nuire à l'enquête qu'elle a ouverte ou à la procédure qu'elle a engagée, elle peut repousser ou refuser cette consultation. »

Dans la décision-cadre de l'Union européenne relative à la lutte contre le terrorisme, l'article 9, § 2 va plus loin en hiérarchisant, de façon successive, les éléments de rattachement.

Cette disposition est libellée comme suit :

« 2. Lorsqu'une infraction relève de la compétence de plus d'un Etat membre et que n'importe lequel de ces Etats peut valablement engager des poursuites sur la base de mêmes faits, les Etats membres concernés coopèrent pour décider lequel d'entre eux poursuivra les auteurs de l'infraction avec pour objectif de centraliser, si possible les poursuites dans un seul Etat membre. A cette fin, les Etats-membres peuvent se servir, de tout organe ou mécanisme institué au sein de l'Union européenne aux fins de faciliter la coopération entre leurs autorités judiciaires et la coordination de leurs actions. Sont pris en compte, de façon successive, les éléments de rattachement suivants :

- *l'Etat membre doit être celui sur le territoire duquel les faits ont été commis,*
- *l'Etat membre doit être celui dont l'auteur est un ressortissant ou un résident,*
- *l'Etat membre doit être l'Etat membre d'origine des victimes,*
- *l'Etat membre doit être celui sur le territoire duquel l'auteur a été trouvé. »*

CHAPITRE III.

Règles conventionnelles d'extradition
--

Entre les Etats membres du Conseil de l'Europe, la matière de l'extradition est réglée par les dispositions de la « Convention européenne d'extradition » du 13 décembre 1957.

Son article 2 en fixe les deux conditions de base : donnent lieu à extradition les faits punis par les lois de la Partie requérante et de la Partie requise d'une peine privative de liberté d'un maximum d'au moins un an ou d'une peine plus sévère. Soit double incrimination et seuil de peine.

Ces deux conditions ont encore été rappelées dans une convention récente du Conseil de l'Europe, celle du 23 octobre 2001 sur la cybercriminalité (cf. art. 24, § 1^{er}, a). Ce rappel a, sans doute, été jugé utile en raison du caractère ouvert de cette convention aux Etats non-membres du Conseil de l'Europe.

En ce qui concerne le seuil de la peine, il est à noter que l'article 2 de la convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne stipule que donnent lieu à extradition les faits punis par la loi de l'Etat membre requérant d'une peine privative de liberté d'un maximum d'au moins douze mois et par la loi de l'Etat requis d'une peine d'un maximum d'au moins six mois.

Pour les Etats du BENELUX (Belgique, Pays-Bas, Grand-Duché du Luxembourg) l'article 2 du Traité du 27 juin 1962 prévoit un seuil de peine d'au moins six mois.

En ce qui concerne la « double incrimination », cette règle est de droit commun dans la plupart des instruments de droit international.

IL y a cependant des exceptions.

En ce qui concerne les crimes de génocide, de crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, de nombreux instruments internationaux (conventions, résolutions du Conseil de Sécurité et de l'Assemblée générale de Nations Unies) obligent les Etats à réprimer ces crimes de droit international humanitaire (D.I.H.)

Et cette compétence universelle prévue par le droit international à l'égard d'auteurs de crimes graves de D.I.H., peut s'appliquer en droit interne dès lors qu'il s'agit d'une

compétence de caractère coutumier et que l'ordre juridique interne de l'Etat du for n'y fait pas obstacle.²

Par ailleurs, dans la convention des Nations Unies contre la corruption, son article 44 stipule qu'un Etat partie dont la législation le permet peut accorder l'extradition d'une personne pour l'une quelconque des incriminations visées par ladite convention qui ne sont pas punissables en vertu de son droit interne.

La convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (Lanzarote, 25 octobre 2007) fait un pas de plus dans cette direction.

Son article 25 § 4 prévoit que, pour les infractions les plus graves de « tourisme sexuel » dont les enfants sont victimes, chaque partie prendra les mesures législatives ou autres nécessaires pour que l'établissement de sa compétence ne soit pas subordonné à la condition que les faits soient également punissables au lieu où ils ont été commis.

Toutefois, le § 5 de cette même disposition ouvre une faculté de réserve à l'égard de cette exception à la règle de la double incrimination. Cette réserve est cependant limitée aux infractions qui ne sont pas typiquement commises par des « touristes sexuels ».

Sur ces deux paragraphes de l'article 25 de ladite convention, le rapport explicatif s'exprime dans les termes suivants :

« 171. Le paragraphe 4 est un élément de valeur ajoutée de la Convention et constitue une avancée dans la protection des enfants contre certains actes d'exploitation et d'abus sexuels. Cette disposition élimine, en rapport avec les infractions les plus graves de la Convention, la règle habituelle de la double incrimination, qui veut que les agissements incriminés doivent également être qualifiés d'infractions pénales dans le pays où ils sont commis. Son objectif est de combattre le phénomène de « tourisme sexuel », qui permet à des individus de se rendre à l'étranger pour y commettre des faits que le droit pénal de leur pays de nationalité qualifie d'infraction. Le paragraphe 4 permet de juger ces cas, même en l'absence d'incrimination dans l'Etat sur le territoire duquel l'infraction a été commise. Ce paragraphe s'applique exclusivement aux infractions définies aux articles 18 (abus sexuels), 19 (infractions se rapportant à la prostitution enfantine), 20 paragraphe 1a (production de pornographie enfantine) et 21 paragraphes 1a et b (infractions se rapportant à la participation d'un enfant à des spectacles pornographiques) et commises par des ressortissants de l'Etat Partie considéré. »

« 172. Dans le paragraphe 5, les négociateurs ont voulu introduire la possibilité pour les Parties de réserver le droit de limiter l'application du paragraphe 4 en ce qui concerne les infractions établies conformément à l'article 18 paragraphe 1b, deuxième et troisième tirets. Par conséquent, la réserve s'applique seulement aux situations dans lesquelles il y a abus d'une position reconnue de confiance, d'autorité ou d'influence sur l'enfant, y compris au sein de la famille, ou d'une situation de particulière vulnérabilité de l'enfant. On a considéré que ce genre d'infractions ne sont pas typiquement commises par des « touristes sexuels ». Ainsi, les Parties devraient avoir la possibilité de limiter l'application du paragraphe 4 aux cas où une personne qui a réellement sa résidence habituelle dans l'Etat de sa nationalité et a voyagé dans le pays où l'infraction a été commise. De telles réserves ne devraient pas couvrir des cas de personnes qui travaillent à l'étranger pendant des périodes de temps

² Lutter contre l'impunité – Actes du Colloque de Bruxelles – 11 au 13 mars 2002 – BRUYLANT – Rapport de l'atelier 1. La compétence universelle sous la présidence de Eric DAVID (U.L.B.).

limitées, telles que celles impliquées dans les postes humanitaires ou militaires, ou d'autres missions similaires. »

Il est un dernier point en matière d'extradition sur lequel je souhaiterais attirer l'attention dans la perspective de la conclusion d'une convention ouverte à l'adhésion d'Etats non-membres du Conseil de l'Europe.

Il s'agit de dispositions relatives aux conditions auxquelles est soumise l'extradition en l'absence de traité d'extradition portant sur le type de criminalité couvert par la convention en projet.

A cet égard, je me réfère aux §§ 3 à 5 de l'article 24 insérés dans la convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité.

Ces dispositions sont libellées comme suit :

- « 2. *Les infractions pénales décrites au paragraphe 1 du présent article sont considérées comme incluses en tant qu'infractions pouvant donner lieu à extradition dans tout traité d'extradition existant entre ou parmi les Parties. Les Parties s'engagent à inclure de telles infractions comme infractions pouvant donner lieu à extradition dans tout traité d'extradition pouvant être conclu entre ou parmi elles.*
3. *Lorsqu'une Partie conditionne l'extradition à l'existence d'un traité et reçoit une demande d'extradition d'une autre Partie avec laquelle elle n'a pas conclu de traité d'extradition, elle peut considérer la présente Convention comme fondement juridique pour l'extradition au regard de toute infraction pénale mentionnée au paragraphe 1 du présent article.*
4. *Les Parties qui ne conditionnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent les infractions pénales mentionnées au paragraphe 1 du présent article comme des infractions pouvant donner lieu entre elles à l'extradition.*
5. *L'extradition est soumise aux conditions prévues par le droit interne de la Partie requise ou par les traités d'extradition en vigueur, y compris les motifs pour lesquels la Partie requise peut refuser l'extradition. »*

CHAPITRE IV.

Propositions de dispositions conventionnelles portant sur la compétence juridictionnelle et sur l'extradition.
--

Tenant compte de l'ampleur et des caractéristiques de la criminalité portant sur la contrefaçon de produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique (cf. chapitre 1^{er} ci-dessus) et de l'analyse de droit comparé, en matière de compétence et d'extradition, portant sur les instruments de droit international relatifs à des formes de criminalité comparables à celles sous examen (cf. chapitres II et III ci-dessus), je sou mets à l'appréciation du groupe intergouvernemental de négociation les propositions de textes suivants : article 8 compétence ; article 8bis extradition.

Ces textes s'appuient également sur l'hypothèse d'une convention ouverte à l'adhésion d'Etats non membres du Conseil de l'Europe.

« Article 8 – Compétence »

1. *Chaque Partie prend les mesures législatives ou autres nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de toute infraction pénale établie conformément à la présente Convention, lorsque l'infraction est commise :*
 - a) *sur son territoire ; ou*
 - b) *à bord d'un navire battant pavillon de cette Partie ; ou*
 - c) *à bord d'un aéronef immatriculé selon les lois de cette Partie ; ou*
 - d) *par un des ressortissants ; ou*
 - e) *par une personne ayant sa résidence habituelle sur son territoire ; ou*
 - f) *pour le compte d'une personne morale établie sur son territoire ; ou*
 - [g) *à son encontre.*]
2. *Chaque Partie prend les mesures législatives ou autres nécessaires pour que sa compétence couvre les cas dans lesquels une infraction visée par les articles 5 et 6 et, dans la mesure pertinente, par l'article 7, a été commise au moyen d'un système informatique auquel l'accès a été obtenu à partir de son territoire, que ce système informatique se trouve ou non sur ce dernier.*
3. *Chaque Partie prend les mesures législatives ou autres nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de toute infraction pénale établie conformément à la présente Convention, lorsque l'infraction est commise à l'encontre de l'un de ses ressortissants ou d'une personne ayant sa résidence habituelle sur son territoire.*
4. *Chaque Partie peut, au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, dans une déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, déclarer qu'elle se réserve le droit de ne pas appliquer, ou de n'appliquer que dans des cas ou conditions spécifiques, les règles de compétence définies au § 1.e du présent article.*
5. *Pour la poursuite des infractions établies conformément à l'article 5 § 1^{er}, alinéas a, b et c, combiné avec l'article 11 points a, e ou f, chaque Partie prend les mesures législatives ou autres nécessaires pour que l'établissement de sa compétence au titre du point d du § 1^{er} ne soit pas subordonné à la condition que les faits soient également punissables au lieu où ils ont été commis.*
6. *Pour la poursuite des infractions établies conformément à l'article 5, § 1^{er}, alinéas a, b et c combiné avec l'article 11, points a, e ou f de la présente convention, chaque Partie prend les mesures législatives ou autres nécessaires pour que l'établissement de sa compétence au titre des points d et e du § 1^{er} ne soit pas subordonné à la condition que la poursuite soit précédée d'une plainte de la victime ou d'une dénonciation de l'Etat du lieu où les faits ont été commis.*
7. Alternative 1

§ 7 Chaque Partie sur le territoire duquel l'auteur présumé d'une infraction visée aux articles 5 et 6 est découvert et qui a reçu une demande d'extradition dans les conditions mentionnées à l'article 8bis § 1^{er} soumet, s'il n'extrade pas l'auteur soupçonné de l'infraction, l'affaire sans aucune exception et sans retard injustifié, à ses autorités compétences pour l'exercice de l'action pénale. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de caractère grave conformément aux lois de cet Etat.

Alternative 2

§ 7 Chaque Partie prend les mesures législatives ou autres nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de toute infraction établie conformément à la présente Convention, lorsque l'auteur présumé est présent sur son territoire et ne peut être extradé vers une autre Partie à raison de sa nationalité.

En pareil cas, la Partie requise soumet l'affaire, à la demande de la Partie requérante, à ses autorités compétentes aux fins de poursuite, et rendra compte, en temps utile, de l'issue de l'affaire à la Partie requérante. Les autorités en question prendront leur décision et mèneront l'enquête et la procédure de la même manière que pour toute autre infraction de nature comparable, conformément à la législation de cette partie.

§ 7bis Chaque Partie peut également prendre les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions établies conformément à la présente convention lorsque l'auteur présumé se trouve sur son territoire et qu'il ne l'extrade pas.

8. Lorsque plusieurs Parties revendiquent leur compétence à l'égard d'une infraction présumée établie conformément à la présente Convention, les Parties concernées se concertent, lorsque cela est opportun, afin de déterminer la mieux à même d'exercer les poursuites.

[A cette fin, les Parties peuvent se servir de tout organe ou de mécanisme institué au sein du Conseil de l'Europe aux fins de faciliter la coopération entre leurs activités judiciaires et la coordination de leurs actions.

Sont pris en compte, de façon successive, les éléments de rattachement suivants :

- la Partie doit être celle sur le territoire duquel les faits ont été commis,
- la Partie doit être celle dont l'auteur est un ressortissant ou un résident,
- la Partie doit être la Partie d'origine des victimes,
- la Partie doit être celle sur le territoire duquel l'auteur a été trouvé.]

9. Sans préjudice des règles générales de droit international, la présente convention n'exclut aucune compétence pénale exercée par une Partie conformément à son droit interne.

Article 8bis : Extradition

1. a - Le présent article s'applique à l'extradition entre les Parties pour les infractions pénales définies conformément aux articles 5 et 6 de la présente Convention, à condition, sans préjudice de l'application de l'article 8, § 5, qu'elles soient punissables dans la législation des deux Parties concernées par une peine privative de liberté pour une période maximale d'au moins un an, ou par une peine plus sévère.
- b – Lorsqu'il est exigé une peine minimale différente, sur la base d'un traité d'extradition tel qu'applicable entre deux ou plusieurs Parties, y compris la Convention européenne d'extradition (STE n°24), ou d'un arrangement reposant sur des législations uniformes ou réciproques, la peine minimale prévue par ce traité ou cet arrangement s'applique.
2. Les infractions pénales décrites au § 1 du présent article sont considérées comme incluses en tant qu'infractions pouvant donner lieu à extradition dans tout traité d'extradition existant entre ou parmi les Parties. Les Parties s'engagent à inclure de telles infractions comme infractions pouvant donner lieu à extradition dans tout traité d'extradition pouvant être conclu entre ou parmi elles.

3. *Lorsqu'une Partie conditionne l'extradition à l'existence d'un traité et reçoit une demande d'extradition d'une autre Partie avec laquelle elle n'a pas conclu de traité d'extradition, elle peut considérer la présente Convention comme fondement juridique pour l'extradition au regard de toute infraction pénale mentionnée au § 1 du présent article.*
4. *Les parties qui ne conditionnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent les infractions pénales mentionnées au § 1^{er} du présent article comme des infractions pouvant donner lieu entre elles à l'extradition.*
5. *L'extradition est soumise aux conditions prévues par le droit interne de la Partie requise ou par les traités d'extradition en vigueur, y compris les motifs pour lesquels la Partie requise peut refuser l'extradition.*
6. *a – Chaque Partie communique au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, le nom et l'adresse de chaque autorité responsable de l'envoi ou de la réception d'une demande d'extradition ou d'arrestation provisoire, en l'absence de traité.*

b – Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe établit et tient à jour un registre des autorités ainsi désignées par les Parties. Chaque Partie doit veiller en permanence à l'exactitude des données figurant dans le registre.

ANNEXE

Instruments de droit international sous examen dans le cadre de la présente étude.

A. Entraide judiciaire en matière d'exercice de la répression

1. Dans le cadre du Conseil de l'Europe
Convention européenne d'extradition (Paris, 13 décembre 1957)
2. Dans le cadre du BENELUX
Traité d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Royaume de Belgique, le Grand-Duché du Luxembourg et le Royaume des Pays-Bas (Bruxelles, le 27 juin 1962)
3. Dans le cadre de l'Union européenne
Convention relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne (Dublin, 27 septembre 1996)

B. Incriminations internationales destinées à protéger l'Etat ou une institution internationale

1. Faux monnayage
Décision-cadre de l'Union européenne visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage au vu de la mise en circulation de l'euro (29 mai 2000)
2. Terrorisme
 - a) Nations Unies
 - Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (15 décembre 1997)
 - Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (09 décembre 1999)
 - b) Conseil de l'Europe
 - Convention pour la répression du terrorisme (Strasbourg, 27 janvier 1977)
 - Convention pour la prévention du terrorisme (Varsovie, 16 mai 2005)
 - c) Union européenne
 - Décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme (13 juin 2002)
3. Corruption
 - a) Nations-Unies
Convention contre la corruption (31 octobre 2003)
 - b) Conseil de l'Europe
Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 27 janvier 1999)

C. Incriminations internationales destinées à protéger l'individu

1. Traite des êtres humains, Exploitation sexuelle des enfants
 - a) Nations-Unies

Protocole facultatif à la Convention relative aux Droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants

- b) Conseil de l'Europe
 - Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains (Varsovie, le 16 mai 2005)
 - Convention sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (Lanzarote, 25 octobre 2007)
- c) Union européenne

Décision-cadre relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie (22 décembre 2003)

2. Stupéfiants

- Convention unique sur les stupéfiants de 1961 telle que modifiée par le Protocole de 1972 portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 (New York 30 mars 1961)
- Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (Vienne, 20 décembre 1988)

3. Criminalité transnationale organisée

- a) Nations-Unies

Convention contre la criminalité transnationale organisée (Palerme, 15 novembre 2000)
- b) Conseil de l'Europe

Convention sur la cybercriminalité (Budapest, 23 novembre 2001)
- c) Union européenne

Action commune relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'union européenne (21 décembre 1998).