



Rapport explicatif relatif à l'approbation de la Convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains et à sa mise en œuvre (modification de la loi sur la transplantation)

Version pour la consultation, novembre 2017

Vue d'ensemble

Le 10 novembre 2016, la Suisse a signé la Convention du 25 mars 2015 du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains. Celle-ci a pour objectif de combattre le trafic illicite d'organes humains. Les Parties s'engagent à adapter leur législation s'agissant des infractions liées au trafic d'organes humains, à protéger les droits des victimes et à coopérer à l'échelon international. La Suisse satisfait déjà dans une large mesure aux exigences de la Convention. Toutefois, quelques adaptations ponctuelles de la loi sur la transplantation sont nécessaires afin de pouvoir lutter plus efficacement contre le trafic d'organes en Suisse et à l'étranger.

Table des matières

| | | |
|------------|---|-----------|
| 1 | Présentation du projet | 5 |
| 1.1 | Contexte | 5 |
| 1.2 | Déroulement et résultat des négociations | 7 |
| 1.3 | Aperçu de la teneur de la Convention | 7 |
| 1.4 | Appréciation | 8 |
| 1.5 | Rapport avec les autres instruments internationaux | 9 |
| 1.5.1 | Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine | 9 |
| 1.5.2 | Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine | 9 |
| 1.5.3 | Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains | 9 |
| 1.5.4 | Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (Convention de Palerme) | 9 |
| 1.5.5 | 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 | 9 |
| 1.5.6 | Recommandation Rec(2004)7 on organ trafficking | 10 |
| 1.5.7 | Résolution 71/322 des Nations Unies : Adoption de mesures efficaces et renforcement et promotion de la coopération internationale concernant le don et la transplantation d'organes pour prévenir et combattre la traite des personnes à des fins de prélèvement d'organes et de trafic d'organes humains | 10 |
| 1.5.8 | Resolution CM/Res(2013)55 on establishing procedures for the collection and dissemination of data on transplantation activities outside a domestic transplantation system | 10 |
| 1.5.9 | Resolution CM/Res(2017)2 on establishing procedures for the management of patients having received an organ transplant abroad upon return to their home country to receive follow-up care | 10 |
| 2 | Dispositions de la Convention et rapport avec le droit suisse | 11 |
| 2.1 | Chapitre I : But, champ d'application et terminologie | 11 |
| 2.1.1 | But (art. 1) | 11 |
| 2.1.2 | Champ d'application et terminologie (art. 2) | 12 |
| 2.1.3 | Principe de non-discrimination (art. 3) | 12 |
| 2.2 | Chapitre II : Droit pénal matériel | 13 |
| 2.2.1 | Prélèvement illicite d'organes humains (art. 4) | 13 |
| 2.2.2 | Utilisation d'organes prélevés de manière illicite à des fins d'implantation ou à d'autres fins que l'implantation (art. 5) | 15 |
| 2.2.3 | Sollicitation et recrutement illicites, offre et demande d'avantages indus (art. 6) | 16 |
| 2.2.4 | Sollicitation et recrutement illicites, offre et demande d'avantages indus (art. 7) | 16 |
| 2.2.5 | Préparation, préservation, stockage, transport, transfert, réception, importation et exportation d'organes humains prélevés de manière illicite (art. 8) | 16 |
| 2.2.6 | Complicité et tentative (art. 9) | 17 |
| 2.2.7 | Compétence (art. 10) | 17 |
| 2.2.8 | Responsabilité des personnes morales (art. 11) | 18 |
| 2.2.9 | Sanctions et mesures (art. 12) | 19 |
| 2.2.10 | Circonstances aggravantes (art. 13) | 20 |
| 2.2.11 | Condamnations antérieures (art. 14) | 20 |
| 2.3 | Chapitre III : Droit pénal procédural | 21 |
| 2.3.1 | Mise en œuvre et poursuite de la procédure (art. 15) | 21 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| 2.3.2 | Enquêtes pénales (art. 16)..... | 21 |
| 2.3.3 | Coopération internationale (art. 17) | 21 |
| 2.4 | Chapitre IV : Mesures de protection | 21 |
| 2.4.1 | Protection des victimes (art. 18) | 21 |
| 2.4.2 | Statut des victimes dans les procédures pénales (art. 19)..... | 22 |
| 2.4.3 | Protection des témoins (art. 20)..... | 22 |
| 2.5 | Chapitre V : Mesures de prévention | 22 |
| 2.5.1 | Mesures au niveau national (art. 21) | 22 |
| 2.5.2 | Mesures au niveau international (art. 22) | 23 |
| 2.6 | Chapitre VI : Mécanisme de suivi (art. 23 à 25) | 24 |
| 2.7 | Chapitre VII : Relations avec d'autres instruments internationaux (art. 26) | 24 |
| 2.8 | Chapitre VIII : Amendements à la Convention (art. 27)..... | 24 |
| 2.9 | Chapitre IX : Clauses finales (art. 28 à 33)..... | 24 |
| 3 | Adaptation du droit suisse et réserves | 25 |
| 3.1 | Grandes lignes de la modification de la loi sur la transplantation | 25 |
| 3.2 | Commentaire article par article de la loi sur la transplantation | 25 |
| 3.3 | Réserves | 27 |
| 3.3.1 | Réserves de la Suisse | 27 |
| 3.3.2 | Réserves d'autres États | 28 |
| 4 | Conséquences | 28 |
| 4.1 | Conséquences pour la Confédération | 28 |
| 4.2 | Conséquences pour les cantons et les communes | 28 |
| 4.3 | Conséquences économiques | 29 |
| 4.4 | Conséquences sanitaires et sociales | 29 |
| 5 | Relation avec le programme de la législature | 29 |
| 6 | Aspects juridiques | 29 |
| 6.1 | Constitutionnalité..... | 29 |
| 6.2 | Compatibilité avec les obligations internationales | 29 |
| 6.3 | Forme de l'acte à adopter | 29 |
| 6.4 | Frein aux dépenses..... | 30 |

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

Le trafic illicite d'organes humains aux fins de transplantation est un problème de dimension mondiale. Il porte atteinte aux droits élémentaires et aux libertés fondamentales de l'être humain et menace directement la santé publique et individuelle. Le trafic d'organes figure parmi les dix principales activités illicites dans le monde et il est souvent lié à la criminalité organisée ainsi qu'à d'autres formes de crimes, telles que la traite d'êtres humains. Comme celle-ci, le trafic d'organes est un phénomène souterrain, difficile à quantifier en raison du manque d'informations disponibles sur son ampleur¹. Selon un rapport de l'OMS, publié en 2007, le trafic illégal d'organes concerne environ 5 % des greffes de reins réalisées dans le monde². Selon l'ONU et le Conseil de l'Europe, il continue de s'accroître à l'échelle mondiale³.

À l'instar d'autres types de trafics, le trafic d'organes est déterminé par la demande. Le besoin d'organes à des fins de transplantation est supérieur à l'offre. Partout dans le monde, la médecine de transplantation est confrontée à une pénurie d'organes qui continuera de s'accroître à l'avenir. Eu égard aux progrès de la médecine de transplantation et à l'augmentation des maladies chroniques, telles que les maladies cardiovasculaires et le diabète, qui nuisent au fonctionnement des organes, la transplantation représente actuellement une option thérapeutique appropriée pour un nombre de personnes toujours plus important. Le nombre de transplantations au niveau mondial s'élevait à 119 873 en 2014 avec une augmentation de 1,81 % par rapport à l'année 2013 durant laquelle 117 733 organes ont été transplantés⁴.

En 2015, plus de 100 000 patients étaient en attente de greffe dans l'Union européenne et environ 4000 personnes sont décédées avant d'avoir pu bénéficier d'une greffe en raison de cette pénurie⁵. Cinq nouveaux patients sont inscrits sur liste d'attente par heure en Europe⁶. En Suisse aussi, le nombre de personnes en attente d'une greffe d'un organe vital a considérablement augmenté ces dernières années. En 2016, 1480 personnes attendaient une transplantation. Environ 80 % avait besoin d'une greffe de rein. 61 patients inscrits sur liste d'attente sont décédés.

Le 8 mars 2013, le Conseil fédéral a donc lancé le plan d'action « Plus d'organes pour des transplantations ». En collaboration avec les acteurs principaux, il veut optimiser le système de don d'organes afin de mieux exploiter le vivier de donneurs potentiels et d'accroître ainsi le nombre de transplantations en Suisse. La mise en œuvre du plan d'action et de ses quatre champs d'action (formation du personnel médical, processus et gestion de la qualité, structures et ressources des hôpitaux, campagnes et relations publiques) a permis d'uniformiser le financement du personnel spécialisé et la formation spécialisée à l'échelon national. Le processus de don est soutenu, depuis 2017, au moyen d'un nouveau concept d'assurance de la qualité. Dans le cadre du champ d'action « campagnes et relations publiques », la Confédération a lancé, en 2016, une campagne des partenaires en collaboration avec Swisstransplat.

Dans les pays occidentaux, l'obtention d'organes à partir de donneurs décédés ou vivants est en principe strictement réglementée. Par conséquent, de plus en plus de patients cherchent dans d'autres pays des organes qu'ils sont prêts à payer cher. Ce « tourisme de transplantation » et le trafic illicite qui y est associé sont répandus notamment dans les pays émergents comme l'Inde, les Philippines, la Colombie, le Brésil ou la Chine. Quant aux receveurs étrangers de ce trafic, il s'agit souvent de patients fortunés en provenance d'Australie, d'Amérique du Nord, du Japon ou encore d'Arabie Saoudite⁷.

¹ Haken J. Transnational crime in the developing world. Global financial integrity. 2011

² Shimazono Y. The state of the international organ trade: A provisional picture based on integration of available information. Bull World Health Organ 2007; 85: 955–962

³ United Nations Economic and Social Council. "Preventing, Combating and Punishing Trafficking in Human Organs." Report of the Secretary General, United Nations Economic and Social Council, Vienna, Austria, 24–28 April 2006; Council of Europe. Fact-sheet. A new convention to combat trafficking in human organs, 2014, Accessible sur: <https://wcd.coe.int>

⁴ Global Observatory on Donation and Transplantation, Report on Organ Donation and Transplantation Activities 2014, accessible sur <http://www.transplant-observatory.org/>

⁵ EDQM, Newsletter Transplant 2016

⁶ EDQM, Journée européenne don d'organes et de greffe le 9 septembre 2017, communiqué accessible sur <https://www.edqm.eu> >Accueil>About us>Newsroom

⁷ Shimazono Y. The state of the international organ trade: A provisional picture based on integration of available information. Bull World Health Organ 2007; 85: 955–962

Le Conseil de l'Europe, et plus spécifiquement la Direction Européenne de la Qualité du Médicament et Soins de Santé (EDQM), est actif dans le domaine de la transplantation d'organes, de tissus et de cellules. Ses travaux contribuent activement à la mise en œuvre d'exigences de haut niveau pour la protection de la santé publique et la promotion des droits de l'homme et de la dignité des personnes. Parmi les conventions conclues sous l'égide du Conseil de l'Europe, la Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine (1997)⁸ précise à son art. 21 que « *le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit* ». Le Protocole additionnel à cette convention relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine (2002)⁹ étend l'interdiction du profit aux avantages comparables, interdit le trafic d'organes, de tissus et de cellules et la publicité en lien avec ce trafic. D'autres instruments internationaux couvrent également des aspects connexes au trafic d'organes, tels que le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (2000)¹⁰ et la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (2005)¹¹.

Les problèmes croissants de la vente d'organes, du tourisme de transplantation et du trafic d'organes, dans le contexte d'une pénurie mondiale d'organes, ont été abordés lors d'une réunion au sommet qui s'est tenue à Istanbul (Turquie) en 2008, à l'initiative de la Société internationale de transplantation et de la Société internationale de néphrologie. Plus de 150 professionnels de la santé en provenance de 78 pays ont participé à cette rencontre et ont convenu de la « Déclaration d'Istanbul contre le trafic d'organes et le tourisme de transplantation »¹². Ce texte propose plusieurs stratégies visant à accroître les dons d'organes et à prévenir le trafic d'organes, l'exploitation commerciale de la transplantation et le tourisme de transplantation. Également en 2008, le Conseil de l'Europe et l'Organisation des Nations Unies (ONU) ont réalisé une Étude conjointe sur le trafic d'organes, de tissus et de cellules et la traite des êtres humains aux fins de prélèvement d'organes, qui recommandait notamment de préparer un instrument juridique international établissant une définition du trafic d'organes et énonçant des mesures à prendre pour prévenir ce trafic et protéger ses victimes, ainsi que des mesures de droit pénal destinées à le réprimer¹³.

Dans cet élan et pour renforcer la lutte contre le trafic d'organes et compléter les instruments juridiques internationaux en vigueur dans le domaine de la traite d'êtres humains aux fins de prélèvement d'organes¹⁴, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a lancé, en 2012, les travaux en vue d'élaborer un projet de convention de droit pénal contre le trafic d'organes humains. Compte tenu du caractère transnational de ce problème, la coopération internationale joue un rôle primordial dans ce domaine. L'élaboration d'une convention de droit pénal a été jugée nécessaire en raison de la gravité de l'atteinte à la dignité humaine et à l'intégrité corporelle des victimes liée au trafic d'organes (aspect individuel) ainsi que de la menace qu'il représente pour la confiance dans les systèmes étatiques de transplantation d'organes (aspect de santé publique).

La Convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains a été adoptée en juillet 2014 par le Comité des Ministres et a été ouverte à la signature lors de la Conférence internationale sur la lutte contre le trafic d'organes humains qui s'est tenue à St-Jacques de Compostelle les 25 et 26 mars 2015. À cette occasion 14 pays ont signé la convention : Albanie, Autriche, Belgique, République Tchèque, Grèce, Italie, Luxembourg, République de Moldova, Norvège, Pologne, Portugal, Espagne, Turquie et Royaume-Uni. La convention est également ouverte à la signature de l'Union européenne, des États non membres ayant le statut d'observateur auprès du Conseil de l'Europe, et des autres États

⁸ RS **0.810.2**, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} novembre 2008.

⁹ RS **0.810.22**, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} mars 2010.

¹⁰ RS **0.311.542**, entré en vigueur pour la Suisse le 26 novembre 2006.

¹¹ RS **0.311.543**, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} avril 2013.

¹² The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism https://www.edqm.eu/medias/fichiers/The_Declaration_of_Istanbul.pdf

¹³ Trafic d'organes, de tissus et de cellules et traite des êtres humains aux fins de prélèvement d'organes

¹⁴ Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (2000) et la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (STCE n° 197) du 16 mai 2005.

non membres du Conseil de l'Europe sur invitation du Comité des Ministres, ce qui lui donne potentiellement un impact global.

La Suisse a participé activement aux travaux qui ont mené à l'adoption de la Convention et soutient pleinement le but poursuivi par la Convention. Elle a signé la Convention le 10 novembre 2016.

1.2 Déroulement et résultat des négociations

En 2011, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a donné au Comité d'experts sur le trafic d'organes, de tissus et de cellules humains (PC-TO), dont la Suisse fait partie, le mandat d'élaborer un projet de convention de droit pénal contre le trafic d'organes et éventuellement un projet de protocole additionnel sur la lutte contre le trafic de tissus et de cellules humains.

Le 9 juillet 2014, le Comité des Ministres a adopté la Convention contre le trafic d'organes humains et a décidé de reporter à plus tard l'élaboration d'un protocole additionnel sur la lutte contre le trafic de tissus et de cellules humains. La Convention a été ouverte à la signature le 25 mars 2015. Elle est signée par 18 États membres du Conseil de l'Europe (y c. la Suisse) et ratifiée par deux États, l'Albanie et la République de Moldova (*état au 2 octobre 2017*)¹⁵.

La Convention constitue le premier traité de droit pénal consacré spécifiquement à la lutte contre le trafic d'organes. Cet instrument est le fruit d'un compromis, qui permet aux États de formuler des réserves au sujet de certaines dispositions de la convention. Elle prévoit notamment cette possibilité pour l'art. 4, laissant ainsi aux États le choix d'autoriser exceptionnellement le prélèvement d'organes sans le consentement libre du donneur vivant. Cette possibilité de réserve a été fortement critiquée par certaines délégations – dont l'Allemagne et la Suisse –, car elle va à l'encontre d'un autre instrument du Conseil de l'Europe, à savoir la Convention sur la biomédecine, qui interdit le prélèvement d'organes et de tissus non régénérables sur une personne n'ayant pas la capacité de donner son consentement. Le droit suisse interdit également déjà et sans exception le prélèvement d'organes sur des personnes vivantes mineures ou incapables de discernement. Lors de l'ouverture de la convention pour signature, il a encore été indiqué que cette réserve doit être appliquée très restrictivement et exceptionnellement.

Enfin, il a été relevé que les États restent libres d'aller au-delà des dispositions de la convention, et d'adopter d'autres dispositions qui soutiennent la lutte contre le trafic d'organes et la coopération internationale dans ce domaine.

1.3 Aperçu de la teneur de la Convention

La nouvelle convention est basée sur l'approche des « 3 P » : poursuite pénale des infractions, protection des victimes et prévention. Elle s'attaque à toute la chaîne des délits intervenant dans le trafic d'organes ; l'infraction centrale demeurant toutefois le prélèvement d'organes sans le consentement du donneur ou contre rémunération. Si l'une de ces conditions est remplie, peu importe le but du prélèvement (transplantation, recherche, etc.).

La Convention comprend neuf chapitres et 33 articles. Le chapitre I (art. 1 à 3) définit le but, le champ d'application et la terminologie. Le champ d'application englobe le trafic d'organes humains aux fins de transplantation ou autres, ainsi que les autres formes de prélèvement illicite et d'implantation illicite.

Le chapitre II contient les dispositions de la Convention relatives au droit pénal matériel. Ce chapitre central prévoit notamment les actes que les Parties sont tenues d'ériger en infractions pénales. En particulier, selon l'art. 4, par. 1, les Parties à la Convention doivent ériger en infraction pénale le prélèvement d'organes humains de donneurs vivants ou décédés dans les cas suivants :

- l'absence de consentement libre, éclairé et spécifique du donneur ou l'absence d'autorisation en vertu du droit interne de la Partie en question (let. a) ;
- un profit ou un avantage comparable a été proposé ou obtenu en échange du prélèvement d'organes

¹⁵ État des signatures et ratifications du traité 216 : https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/216/signatures?p_auth=zOTL8HVC

sur un donneur vivant (let. b) ou sur un donneur décédé (let. c).

Il suffit que l'une de ces trois conditions soit remplie pour que l'infraction décrite à l'art. 4, par. 1, soit constituée. En revanche, la portée de cette disposition est atténuée par l'art. 4, par. 2 qui prévoit la possibilité de formuler une réserve à la règle générale tendant à établir en infraction pénale les actes visés au par. 1, let. a. Elle est limitée aux donneurs vivants et à des cas exceptionnels uniquement.

Concernant les compétences, chaque Partie est tenue de punir les infractions commises sur son territoire. De plus, les Parties sont tenues d'établir leur compétence pour connaître des infractions commises par leurs ressortissants à l'étranger, par l'un de ses ressortissants ou par une personne ayant sa résidence habituelle sur son territoire (art. 10). Les négociateurs ont estimé que cette disposition était d'une importance particulière dans le cadre de la lutte contre le trafic d'organes humains en raison du manque de volonté, de ressources nécessaires ou d'un cadre juridique approprié de certains États dans lesquels il existe un trafic d'organes humains. Toutefois, la Convention laisse la possibilité aux Parties de formuler des réserves concernant cet article.

La Convention contient par ailleurs des dispositions procédurales (chap. III), des dispositions sur la protection et l'assistance aux victimes d'infractions (chap. IV) ainsi que sur la prévention (chap. V). Le chap. VI de la Convention contient des dispositions qui visent à garantir la mise en œuvre efficace de la Convention par les Parties. Le mécanisme de suivi prévu par la Convention se fonde principalement sur le Comité des Parties, organe composé des représentants des Parties à la Convention.

1.4 Appréciation

En Europe, les normes strictes concernant les centres de prélèvement et de transplantation, la traçabilité ou encore l'allocation d'organes ont jusqu'à présent contribué indirectement à lutter contre le trafic d'organes. Mais aucun texte international contraignant n'était consacré spécifiquement au trafic d'organes. La présente Convention représente donc une avancée dans ce domaine. Elle harmonise le cadre légal international permettant de lutter de façon plus efficace et complète contre ce phénomène transfrontalier. Le commerce d'organes humains est interdit dans nombre de pays membres du Conseil de l'Europe, mais la Convention s'attaque également à des activités qui entourent et qui rendent possible ce commerce. Elle va parfaitement dans le sens des mesures que la Suisse a déjà adoptées au niveau national.

En tant qu'instrument transfrontalier, la Convention constitue un signal important contre le trafic d'organes. Il s'agit d'un texte de compromis qui laisse aux États parties la possibilité de formuler un certain nombre de réserves à l'égard des dispositions centrales de la Convention, notamment relatif à l'art. 4 qui régit le prélèvement illicite d'organes humains. Des réserves sont également possibles à l'égard des règles de compétence des tribunaux définies à l'art. 10, par. 1, let. d et e, de la Convention. La proposition suisse concernant l'usage de ces réserves est exposée au chapitre 3.3 ci-dessous.

Le risque de trafic d'organes peut être qualifié de minime en Suisse du fait notamment que les transplantations se font uniquement dans les hôpitaux agréés et que la Suisse dispose d'ores et déjà d'un cadre juridique solide pour lutter contre le trafic d'organes en Suisse ou à l'étranger, à partir de la Suisse. La mise en œuvre de la Convention permettra toutefois de renforcer encore le dispositif légal et les moyens de coopération dans ce domaine. La Convention prévoit notamment une compétence extraterritoriale des tribunaux : les États pourront poursuivre leurs ressortissants sans que ces poursuites soient subordonnées à une plainte préalable de la victime ou à une dénonciation de l'État où l'infraction a été commise. Un tel renforcement est d'autant plus souhaité que l'ampleur et l'évolution future des cas de trafic d'organes en Suisse et en Europe sont difficilement prévisibles eu égard à la pénurie croissante d'organes mais également aux flux migratoires et à la traite d'êtres humains pouvant être liée au phénomène de la migration.

Le trafic de tissus et de cellules n'entre pas dans le champ d'application de la Convention, ce qui limite la portée de celle-ci. Les États Parties sont toutefois libres d'aller plus loin et d'étendre la portée des dispositions nationales mettant en œuvre la Convention aux tissus et aux cellules également (voir à cet égard le ch. 3.2 *ad art. 2*).

1.5 Rapport avec les autres instruments internationaux

Il existe des instruments internationaux relatifs à des thèmes connexes, dont la Convention d'Oviedo de 1997 du Conseil de l'Europe sur les Droits de l'Homme et la biomédecine et les instruments relatifs à la lutte contre la traite des êtres humains, y compris aux fins de prélèvement d'organes. La nouvelle convention du Conseil de l'Europe est complémentaire à ces instruments.

1.5.1 Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine

Le 24 juillet 2008, la Suisse a ratifié la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine¹⁶. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2008 en Suisse. Les art. 19 et 20 régissent le prélèvement d'organes et de tissus sur des donneurs vivants à des fins de transplantation et la protection des personnes qui n'ont pas la capacité de consentir au prélèvement d'organe. Conformément à l'art. 21, le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit.

1.5.2 Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine

Le 10 novembre 2009, la Suisse a ratifié le Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine¹⁷. Il est entré en vigueur le 1^{er} mars 2010 en Suisse. Il interdit que les organes et les tissus fassent l'objet d'un trafic (art. 22) et que le corps humain et ses parties soient une source de profit ou d'avantages comparables (art. 21).

1.5.3 Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains

La Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains¹⁸, que la Suisse a ratifiée le 17 décembre 2012, est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2013. Elle contient des dispositions qui punissent la traite d'êtres humains en vue du prélèvement d'un organe. L'art. 182 du Code pénal suisse (CP)¹⁹ concrétise cette interdiction et assimile le fait de recruter une personne à cette fin à la traite.

1.5.4 Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (Convention de Palerme)

Ratifiée par la Suisse le 27 octobre 2006, la Convention de Palerme²⁰ est entrée en vigueur le 26 novembre 2006 en Suisse. Ce protocole additionnel vise à lutter contre la traite d'êtres humains aux fins d'exploitation. Ce faisant, il accorde une importance particulière aux femmes et aux enfants. L'exploitation peut être de nature sexuelle ou autre (travail, prélèvement d'organes). La punissabilité de la traite de personnes, la prévention, la protection des victimes et la coopération entre les Parties constituent les principaux contenus de ce protocole. Celui-ci s'applique aux infractions de nature transnationale impliquant un groupe criminel organisé.

1.5.5 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

La Suisse a ratifié le Protocole facultatif à la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants²¹ le 19 septembre 2006. Il est en vigueur en Suisse depuis le 19 octobre 2006. La norme pénale relative à la traite d'êtres humains (art. 182 CP) a été adaptée dans le cadre de la ratification de ce protocole.

¹⁶ RS 0.810.2

¹⁷ RS 0.810.22

¹⁸ RS 0.311.543

¹⁹ RS 311.0

²⁰ RS 0.311.542

²¹ RS 0.107.2

Avant, seule la traite d'êtres humains ou d'enfants à des fins d'exploitation sexuelle était punie. Dorénavant, la traite d'êtres humains à des fins de commerce d'organes et de travail forcé l'est également.

1.5.6 Recommandation Rec(2004)7 on organ trafficking

En 2004, le Conseil de l'Europe a recommandé à ses États membres, d'interdire et de punir le trafic d'organes, de tissus et de cellules en se fondant sur la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine²².

1.5.7 Résolution 71/322 des Nations Unies : Adoption de mesures efficaces et renforcement et promotion de la coopération internationale concernant le don et la transplantation d'organes pour prévenir et combattre la traite des personnes à des fins de prélèvement d'organes et de trafic d'organes humains

L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté cette résolution le 8 septembre 2017. Celle-ci prie les États membres de prévenir et de combattre la traite des personnes à des fins de prélèvement d'organes et le trafic d'organes humains et les exhorte à protéger les victimes. En outre, ils doivent faire en sorte que les transplantations aient exclusivement lieu dans un système national de transplantation et veiller au suivi médical des donneurs vivants et des receveurs.

1.5.8 Resolution CM/Res(2013)55 on establishing procedures for the collection and dissemination of data on transplantation activities outside a domestic transplantation system

Le 11 décembre 2013, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté la Résolution CM/Res(2013)55. Celle-ci a pour objectif de collecter les données des personnes qui ont obtenu illégalement un organe à l'étranger, en dehors d'un système national de transplantation. La collecte des données anonymisées doit également permettre de suivre l'évolution du nombre de transplantations effectuées en dehors des systèmes nationaux de transplantation, d'optimiser les informations sur les risques destinées aux patients sur liste d'attente (et ainsi de prévenir le tourisme de transplantation) et d'améliorer la protection de la santé des receveurs d'organe. Les États membres doivent désigner un point focal national compétent en matière de collecte des données et d'échanges internationaux.

La Suisse soutient l'objectif de la résolution et a désigné un point focal national en 2016. Dans le cadre de l'entrée en vigueur, le 15 novembre 2017, de l'ordonnance sur la transplantation modifiée²³, la collecte de données sur les transplantations effectuées à l'étranger sur des personnes résidant en Suisse fait l'objet d'une nouvelle réglementation.

1.5.9 Resolution CM/Res(2017)2 on establishing procedures for the management of patients having received an organ transplant abroad upon return to their home country to receive follow-up care

Le suivi médical des personnes transplantées à l'étranger se fait habituellement dans leur pays de domicile. Si elles ont obtenu un organe en dehors du système légal de transplantation, la probabilité qu'elles développent des complications et des infections graves, susceptibles de nuire également à la santé d'autres individus, s'accroît. La résolution vise à ce que les personnes transplantées à l'étranger reçoivent un traitement adéquat une fois rentrées dans leur pays. C'est pourquoi le personnel soignant doit être entraîné à identifier les cas de tourisme de transplantation ou de trafic d'organes. Comme pour les transplantations réalisées dans le pays de domicile, le taux de réussite des transplantations effectuées à l'étranger sur ces patients doit être enregistré. En Suisse, l'entrée en vigueur, le 15 novembre 2017, de l'ordonnance sur la transplantation modifiée²⁴ concrétise cette mesure. S'agissant de l'assurance obligatoire des soins, la prise en charge des coûts inhérents à des traitements médicaux effectués à l'étranger est soumise à des conditions strictes prévues à l'art. 36 de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie²⁵. Par conséquent, il n'est pas possible que l'assurance-maladie de base

²² Recommandation Rec(2004)7 sur le trafic d'organes : https://www.edqm.eu/sites/default/files/recommandation_rec20047_du_comite_des_ministres_au.pdf

²³ RS 810.211 (art. 15)

²⁴ RS 810.211

²⁵ RS 832.102

couvre les coûts des transplantations réalisées à l'étranger à la suite d'un trafic d'organes ou de la traite d'êtres humains.

2 Dispositions de la Convention et rapport avec le droit suisse

Préambule

Le préambule de la Convention se réfère à différents actes juridiques des Nations Unies et du Conseil de l'Europe que la Suisse a ratifiés et qui sont en lien étroit avec le trafic d'organes.²⁶

La Convention doit contribuer de manière significative à la lutte contre le trafic d'organes humains. Le préambule souligne que le but et le principe de proportionnalité doivent être pris en compte lors de la mise en œuvre de la Convention.

Il précise qu'une coopération internationale étroite entre États membres et États non membres du Conseil de l'Europe doit être encouragée pour lutter de manière efficace contre la menace mondiale que constitue le trafic d'organes humains.

2.1 Chapitre I : But, champ d'application et terminologie

2.1.1 But (art. 1)

La Convention vise :

- à prévenir et à combattre le trafic d'organes humains, en poursuivant pénalement certains actes (*par. 1, let. a*) ;
- à protéger les droits des victimes des infractions qui font l'objet de la Convention (*par. 1, let. b*), et
- à faciliter la coopération aux niveaux national et international pour la lutte contre le trafic d'organes humains (*par. 1, let. c*).

Le *par. 2* prévoit la mise en place d'un mécanisme de suivi spécifique (art. 23 et 25) afin d'assurer une mise en œuvre efficace de la Convention.

Le but de la Convention concorde avec le droit suisse pertinent. .

La loi du 8 octobre 2004 sur la transplantation²⁷ a entre autres pour but de prévenir toute utilisation abusive d'organes, de tissus ou de cellules, notamment le commerce d'organes (art. 1, al. 3, de la loi sur la transplantation). Ce but sert en premier lieu l'interdiction du commerce visée à l'art. 7 de la loi sur la transplantation. En vertu de l'art. 69, al. 1, let. b, de cette loi., est punissable quiconque fait le commerce d'organes, de tissus ou de cellules d'origine humaine. L'interdiction du trafic d'organes est déjà inscrite dans la Constitution (art. 119a, al. 3, Cst.²⁸).

En Suisse, la loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (loi sur l'aide aux victimes, LAVI)²⁹ protège toute personne qui a subi, du fait d'une infraction, une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle. Toutefois, cette protection se limite aux infractions commises en Suisse. Les prestations des centres de consultation demeurent réservées³⁰.

L'art. 52 de la loi sur la transplantation régit la coopération internationale dans le domaine de la médecine de transplantation. Cet article précise entre autres que la Confédération prend les mesures propres à faciliter l'échange d'informations et à lutter activement contre le trafic d'organes. A cette fin, le fait de

²⁶ La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS **0.101**), la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (RS **0.810.2**) et le Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine (RS **0810.22**), le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (RS **0.311.542**) et la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (RS **0.311.543**).

²⁷ RS **810.21**

²⁸ RS **101**

²⁹ RS **312.5**

³⁰ Art. 3, al. 2, LAVI

siéger dans des organes internationaux constitue notamment un moyen utile.

La coopération entre la Suisse et les pays étrangers requiert un échange de données et d'informations avec des autorités étrangères et des organisations internationales (voir l'art. 60 de la loi sur la transplantation). L'art. 60, al. 2, de la loi sur la transplantation fixe les conditions pour la communication de données confidentielles à des autorités et des institutions étrangères ou à des organisations internationales. Celle-ci peut avoir lieu dans le cadre de conventions ou de décisions internationales. En outre, il est possible de communiquer des données confidentielles pour révéler des cas de trafic illégal.

2.1.2 Champ d'application et terminologie (art. 2)

En vertu de l'art. 2, par. 1, la Convention s'applique au trafic d'organes humains à des fins de transplantations ou à d'autres fins, et à d'autres formes de prélèvement illicite et d'implantation illicite.

L'expression « à d'autres fins » englobe tous les buts autres que celui de la transplantation pour lesquels des organes prélevés de manière illicite pourraient être utilisés (p. ex., pour la recherche scientifique, pour l'obtention des tissus et des cellules en vue de fabriquer des dispositifs médicaux).

L'expression « à d'autres formes de prélèvement illicite et d'implantation illicite » concerne exclusivement les activités mentionnées à l'art. 4, par. 4, et à l'art. 6.

Le trafic de tissus et de cellules ainsi que celui de médicaments fabriqués à partir d'organes ou de parties d'organes humains n'entrent pas dans le champ d'application de la Convention.

L'art. 2, par. 2, décrit les termes essentiels à l'application de la Convention.

Le terme « trafic d'organes humains » peut désigner diverses activités criminelles réalisées par différents acteurs. Compte tenu de la complexité de ces activités, l'on a renoncé à les définir de manière exhaustive. En lieu et place, l'art. 2, par. 2, renvoie à des dispositions du droit pénal matériel mentionnant les activités punissables qui doivent être qualifiées de trafic d'organes humains (art. 4, par. 1, et art. 5, 7, 8 et 9).

La définition d'« organe humain » correspond à la définition reconnue internationalement qui figure dans la Directive 2010/53/EU du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation³¹.

La loi sur la transplantation s'applique à toute utilisation d'organes, de tissus ou de cellules d'origine humaine ou animale ainsi que de produits issus de ceux-ci destinés à être transplantés sur l'être humain (art. 2, al. 1). Le terme « utilisation » comprend toutes les activités allant du prélèvement à la transplantation. Le champ d'application de cette loi va donc plus loin que celui de la Convention qui se réfère exclusivement au trafic d'organes. Outre les organes, la loi sur la transplantation englobe les tissus et les cellules, également ceux pouvant être d'origine animale. Le fait que les organes, les tissus ou les cellules doivent être destinés à une transplantation sur l'être humain joue un rôle déterminant.

L'interdiction de commercialiser qui figure à l'art. 9 de la loi relative à la recherche sur l'être humain (LRH)³² interdit de céder et d'acquérir le corps humain et les parties du corps en tant que tels à des fins de recherche contre une rémunération ou d'autres avantages matériels. L'art. 62, al. 1, let. c, LRH rend punissable l'utilisation d'organes prélevés illicitement à des fins de recherche.

L'art. 3 de la loi sur la transplantation définit différents termes. La définition du terme « organes » concorde avec celle figurant dans la Convention.

La loi sur la transplantation ne définit pas le terme « trafic d'organes ».

2.1.3 Principe de non-discrimination (art. 3)

Cet article contient un principe de non-discrimination s'agissant de la mise en œuvre de la Convention et en particulier de la protection des droits des victimes.

³¹ Directive 2010/53/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation. JO L 207 du 6.8.2010, p. 14-29

³² Loi du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain (LRH), RS 810.30

L'art. 5 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées³³ contient une interdiction de discrimination similaire dans sa conception mais un peu plus exhaustive quant à son contenu. Cette convention est entrée en vigueur en Suisse le 15 mai 2014.

2.2 Chapitre II : Droit pénal matériel

Le chapitre II contient les dispositions relatives au droit pénal matériel de la Convention. Les Parties sont uniquement tenues de réprimer, dans les dispositions impératives, les actes commis intentionnellement. Cependant, elles sont libres de punir les infractions commises par négligence.

S'agissant des auteurs, la Convention se concentre sur les personnes qui prélèvent ou transplantent des organes ainsi que sur les personnes physiques ou morales impliquées dans l'organisation du trafic. Les Parties peuvent également appliquer certaines infractions pénales (art. 4, par. 1, art. 5, 7 et 9) aux donneurs et/ou aux receveurs d'organes les ayant commises..

La loi sur la transplantation contient les dispositions pénales spécifiques relatives au droit de la transplantation (art. 69 à 71 de la loi sur la transplantation). Les dispositions générales concernant le droit pénal figurent dans le Code pénal (art. 1 ss). Comme la loi sur la transplantation, celui-ci incrimine tant les donneurs que les receveurs et prévoit une peine plus clémente pour les infractions commises par négligence.

2.2.1 Prélèvement illicite d'organes humains (art. 4)

Aux termes de l'art. 4, par. 1, let. a à c, les Parties sont tenues, dans les cas suivants, d'ériger en infraction pénale, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, le prélèvement d'organes humains sur des donneurs vivants ou décédés :

- si le prélèvement est réalisé sans le consentement libre, éclairé et spécifique du donneur vivant ou décédé, ou, dans le cas du donneur décédé, sans que le prélèvement soit autorisé en vertu du droit interne (*let. a*) ;
- si, en échange du prélèvement d'organes, le donneur vivant, ou une tierce personne, s'est vu offrir ou a obtenu un profit ou un avantage comparable (*let. b*) ;
- si, en échange du prélèvement d'organes sur un donneur décédé, une tierce personne s'est vu offrir ou a obtenu un profit ou un avantage comparable (*let. c*).

Les éléments constitutifs d'une infraction sont déjà réunis lorsque l'une de ces trois infractions a été commise. La définition du terme « consentement » correspond à celle de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine et du Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine³⁴.

Les dispositions suivantes de la loi sur la transplantation et du Code pénal englobent l'art. 4, par. 1, *let. a*, de la Convention :

- s'agissant du prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules chez une personne décédée, le consentement élargi est inscrit à l'art. 8 de la loi sur la transplantation. Quiconque ne respecte pas cette disposition commet une infraction au sens de l'art. 69, al. 1, let. c, de la loi sur la transplantation. Les conditions requises pour le prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules sur des personnes vivantes sont définies aux art. 12 et 13 de la loi sur la transplantation. Le donneur doit non seulement être majeur et capable de discernement, mais il doit aussi avoir donné son consentement libre et éclairé, par écrit (art. 12, let. a et b). Les personnes vivantes doivent, sur la base des informations fournies, pouvoir prendre une décision librement et sans pression. Le prélèvement d'organes, de tissus et de cellules est lié à une atteinte à l'intégrité physique du donneur. Une atteinte de cette nature est couverte par les dispositions du Code pénal sur les lésions corporelles (art. 122 et 123 CP) lorsque la personne n'a pas donné de consentement justifiable au sens des art. 8 et 12 de la loi sur la transplantation ;

³³ RS 0.109

³⁴ Voir les art. 13, 14 et 17 du Protocole additionnel (RS 0.810.22) et les art. 5, 19, al. 2, et 20 de la Convention sur la biomédecine (RS 0.810.2).

- l'art. 13, al. 1, de la loi sur la transplantation protège les personnes mineures et incapables de discernement. Il est interdit de prélever des organes, des tissus et des cellules sur ces personnes vivantes (art. 13, al. 1, en corrélation avec l'art. 69, al. 1, let. f, de la loi sur la transplantation). Dans des cas exceptionnels, des tissus ou des cellules qui se régénèrent peuvent leur être prélevés (art. 13, al. 2 et 3, de la loi sur la transplantation) ;
- la loi sur la transplantation contient d'autres dispositions dont la violation est punissable en lien avec le prélèvement d'organes, de tissus et de cellules. Il s'agit des mesures médicales préliminaires (art. 10 en corrélation avec l'art. 69, al. 1, let. d, de la loi sur la transplantation), de l'évaluation des risques (art. 12, let. c, en corrélation avec l'art. 69, al. 1, let. e, de la loi sur la transplantation) et de la règle du dernier recours (*ultima ratio* ; art. 12, let. d, en corrélation avec l'art. 70, al. 1, let. c, de la loi sur la transplantation).

L'art. 6, al. 1, de la loi sur la transplantation interdit d'octroyer ou de percevoir un quelconque avantage pécuniaire ou un autre avantage pour le don d'organes, de tissus ou de cellules d'origine humaine. Il doit être exclu que des organes, des tissus ou des cellules soient vendus en tant que tels. Sont ainsi protégés, d'une part, les donneurs vivants dont la santé ne doit pas être mise en danger pour des raisons économiques. D'autre part, les proches ne doivent pas tirer profit d'un don d'organes, de tissus ou de cellules d'une personne décédée. Aucune motivation financière ne doit guider la personne dans son choix de donner ses organes, ses tissus ou ses cellules. Cette interdiction n'englobe pas seulement les avantages pécuniaires, mais elle inclut également les avantages en nature, les traitements de faveur, les promotions, etc.

Comme dans la Convention (par. 1, al. b et c), l'interdiction prévue à l'art. 6 al. 1 de la loi sur la transplantation se réfère au don d'organes par des personnes vivantes ou décédées. Toutefois, selon la loi sur la transplantation le don peut être incriminé alors que selon la Convention (art. 4, par. 1, let. a à c) seul le prélèvement peut l'être.

L'art. 7, al. 1, let. b, de la loi sur la transplantation interdit de prélever ou de transplanter des organes, des tissus ou des cellules d'origine humaine obtenus contre un avantage pécuniaire ou un autre avantage. Eu égard au manque d'organes disponibles, cette disposition vise à empêcher que la détresse de personnes malades soit exploitée.

Tant les dons illicites en vertu de l'art. 6, al. 1, de la loi sur la transplantation que le prélèvement illicite aux termes de l'art. 7, al. 1, let. b, de la loi sur la transplantation constituent des infractions (voir l'art. 69, al. 1, let. a et b, de la loi sur la transplantation).

La loi sur la transplantation (art. 69, al. 1, let. b) ne couvre pas totalement l'art. 4, par. 1, let. b et c, de la Convention :

S'agissant de la let. b, il existe une différence entre l'expression « offrir un profit » figurant dans la Convention et l'expression « contre un avantage pécuniaire » utilisée dans la loi sur la transplantation.

Tel est également le cas pour la let. c. Selon la Convention, le prélèvement est illicite si, en échange du prélèvement d'organes, une tierce personne s'est vu offrir un profit ou un avantage comparable. La loi sur la transplantation interdit, quant à elle, le prélèvement lorsque le donneur a obtenu un avantage pécuniaire ou un autre avantage, mais pas lorsque c'est une autre personne qui l'ait obtenu.

Il importe donc de compléter la loi sur la transplantation à ce niveau.

Le *paragraphe 2* prévoit la possibilité de formuler, au moment de la signature ou du dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, la réserve de ne pas appliquer le par. 1, let. a, au prélèvement d'organes humains de donneurs vivants, dans des cas exceptionnels et conformément aux garanties ou dispositions appropriées sur le consentement en vertu du droit interne. Cela signifie donc de renoncer à ériger un acte en infraction pénale aux termes de cette disposition. Pourront ainsi être couverts, les cas exceptionnels dans lesquels le donneur n'est pas en mesure de donner son consentement et où seule une institution compétente, désignée selon le droit interne, ou une personne autorisée peut donner son consentement..

La Suisse ne formulera aucune réserve, car le droit suisse concorde avec l'art. 4, par. 1, let. a, de la

Convention. L'art. 13, al. 1, de la loi sur la transplantation interdit le prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules sur des personnes mineures ou incapables de discernement. Conformément à l'art. 13, al. 2, de la loi sur la transplantation, des tissus ou des cellules qui se régénèrent peuvent, à titre exceptionnel, être prélevés sur ces personnes.

Le *paragraphe 3* précise que l'expression « un profit ou un avantage comparable », aux fins du par. 1, let. b et c, n'inclut pas l'indemnisation du manque à gagner et de toutes autres dépenses justifiables causées par le prélèvement ou par les examens médicaux connexes. L'indemnisation en cas de dommage inhérent au prélèvement d'organe, hormis la perte de l'organe en lui-même, est également exclue. Cette précision délimite l'indemnisation conforme au droit des donateurs d'organes par rapport aux pratiques illicites. La notion de « profit ou [d']avantage comparable » doit se comprendre au sens large du terme : un donneur ou une personne tierce peut se voir offrir un profit directement ou par des intermédiaires.

Ce paragraphe correspond très largement à l'art. 6, al. 2, de la loi sur la transplantation. Conformément à celui-ci, l'indemnisation du donneur pour la perte de gain et les coûts directs qui lui sont occasionnés, l'indemnisation du donneur pour les dommages subis du fait du prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules, un geste symbolique de remerciement postérieur à la transplantation et la transplantation croisée ne sont pas considérés comme « un avantage pécuniaire ou un autre avantage ».

Le *par. 4* oblige les Parties à envisager d'ériger en infraction pénale le prélèvement d'organes humains sur des donateurs vivants ou décédés, s'il est réalisé hors du cadre de leur système interne de transplantation ou quand le prélèvement est réalisé en violation des principes essentiels des réglementations nationales en matière de transplantation.

Par conséquent, chaque Partie est libre d'ériger des actes correspondants en infractions pénales. En offrant cette marge d'appréciation aux Parties, la Convention entend tenir compte de leurs systèmes de transplantation et de leurs ordres juridiques très différents. L'objectif ne réside pas dans l'uniformisation des différents systèmes.

La loi sur la transplantation fournit le cadre légal en ce qui concerne l'utilisation d'organes. Elle interdit et punit les actes qui contreviennent à ces dispositions. Eu égard au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules, il convient de prendre en compte non seulement les dispositions mentionnées dans les commentaires relatifs au par. 1, let. a, de la Convention, mais aussi l'obligation d'annoncer les prélèvements d'organes, de tissus et de cellules (art. 24 de la loi sur la transplantation), le régime de l'autorisation (art. 27 de la loi sur la transplantation) et l'obligation d'annoncer la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (art. 29 de la loi sur la transplantation) assortis des peines correspondantes (art. 70, al. 1, let. d et f, de la loi sur la transplantation).

2.2.2 Utilisation d'organes prélevés de manière illicite à des fins d'implantation ou à d'autres fins que l'implantation (art. 5)

En vertu de l'*art. 5*, les Parties sont tenues d'ériger en infraction pénale, conformément à leur droit interne, l'utilisation d'organes prélevés de manière illicite ou sans le consentement éclairé du donneur ou lorsqu'en échange du prélèvement d'organes, le donneur s'est vu offrir ou a obtenu un profit ou un avantage comparable (c.-à-d., le prélèvement illicite d'organes au sens de l'art. 4, par. 1, de la Convention) à des fins d'implantation ou à d'autres fins que l'implantation. Cet article peut se limiter exclusivement à l'utilisation d'organes à des fins d'implantation ou s'appliquer à d'autres fins définies par la Partie à la Convention (voir l'art. 30, par. 2, de la Convention). La Suisse ne prévoit aucune restriction de cette nature et renonce à formuler une réserve correspondante.

L'art. 69, al. 1, let. b, de la loi sur la transplantation punit le commerce d'organes, de tissus ou de cellules d'origine humaine, leur prélèvement ou leur transplantation contre un avantage pécuniaire ou un autre avantage. L'utilisation intentionnelle d'organes prélevés de manière illicite selon l'art. 4, par. 1, let. b et c, de la Convention est ainsi réglée.

Il convient de compléter la loi sur la transplantation s'agissant de l'utilisation d'organes prélevés de manière illicite au sens de l'art. 4, par. 1, let. a, de la Convention. La loi sur la transplantation ne punit

actuellement pas la transplantation d'un organe prélevé sans le consentement de la personne concernée (voir le ch. 3.2).

2.2.3 Sollicitation et recrutement illicites, offre et demande d'avantages indus (art. 6)

Conformément à l'*art. 6*, les Parties doivent envisager d'ériger en infraction pénale, conformément à leur droit interne, l'implantation d'organes humains, si cette implantation est réalisée hors du cadre de leur système interne de transplantation ou lorsque l'implantation est effectuée en violation des principes essentiels des réglementations nationales en matière de transplantation.

Cette disposition donne une certaine marge d'appréciation aux États (voir également à ce sujet l'*art. 4*, par. 4, de la Convention relatif au prélèvement d'organes). Ceux-ci sont libres de prévoir des dispositions pénales conformément à l'*art. 6*. La loi sur la transplantation fournit le cadre légal en ce qui concerne l'utilisation d'organes. Elle interdit et punit les actes qui contreviennent aux dispositions de la loi. Il importe donc de prévoir des dispositions pénales supplémentaires pour les actes prévus à l'*art. 6* de la Convention.

2.2.4 Sollicitation et recrutement illicites, offre et demande d'avantages indus (art. 7)

En vertu de l'*art. 7*, par. 1, les Parties sont tenues d'ériger en infraction pénale la sollicitation et le recrutement d'un donneur ou d'un receveur d'organes en vue d'un profit ou d'un avantage comparable pour la personne qui sollicite ou recrute ou pour une tierce personne. Cette disposition doit permettre d'appréhender les activités des intermédiaires qui sollicitent des donneurs, des receveurs et des médecins spécialistes. Ces activités font partie essentielle du trafic d'organes humains (voir également à ce sujet l'*art. 21*, par. 3, de la Convention).

En vertu de l'*art. 7*, par. 2 et 3, les Parties sont tenues d'ériger en infraction pénale la corruption active ou passive de professionnels de la santé, de fonctionnaires ou de personnes qui dirigent ou travaillent pour une entité de droit privé, en vue d'un prélèvement ou d'une implantation d'un organe humain, quand un tel prélèvement ou une telle implantation découlent des circonstances décrites à l'*art. 4*, par. 1, ou à l'*art. 5* et, le cas échéant, à l'*art. 4*, par. 4, ou à l'*art. 6*.

Le Code pénal en corrélation avec la loi sur la transplantation prévoit des normes comparables eu égard au par. 1 (voir les art. 24 [Instigation] et 25 CP [Complicité] en lien avec les art. 6 [Gratuité du don] et 69, al. 1, let. a, de la loi sur la transplantation). Les par. 2 et 3 sont des spécifications du par. 1 (voir le ch. 3.2). Dans la mesure où il s'agit d'actes assimilables à la corruption, le droit pénal suisse en vigueur relatif à la corruption (notamment l'*art. 322^{octies}* CP : Corruption privée) garantit leur punissabilité conformément à l'*art. 7*, par. 2 et 3, indépendamment des dispositions de la loi sur la transplantation.

2.2.5 Préparation, préservation, stockage, transport, transfert, réception, importation et exportation d'organes humains prélevés de manière illicite (art. 8)

En vertu de l'*art. 8*, les Parties sont tenues d'ériger en infraction pénale, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, la préparation, la préservation et le stockage ainsi que le transport, le transfert, la réception, l'importation et l'exportation des organes humains prélevés de manière illicite, visés à l'*art. 4*, par. 1, et, le cas échéant, à l'*art. 4*, par. 4. Elles peuvent ériger en infraction séparée les actes susmentionnés ou les considérer comme un acte de complicité ou une tentative selon l'*art. 9*.

L'interdiction du commerce d'organes est prévue à l'*art. 7*, al. 1, en corrélation avec l'*art. 69*, al. 1, let. b, de la loi sur la transplantation. Pour l'importation et l'exportation d'organes, il convient, en outre, de tenir compte du régime de l'autorisation figurant à l'*art. 25* en lien avec l'*art. 70*, al. 1, let. f, de la loi sur la transplantation et avec l'*art. 22* de l'ordonnance sur la transplantation. Par « commerce d'organes » au sens de la loi sur la transplantation, on entend notamment la vente et l'achat d'organes en vue d'en tirer un profit.

Conformément à la Convention, le fait de stocker, de réceptionner, de transporter, d'importer ou d'exporter des organes prélevés sans le consentement éclairé de la personne concernée est punissable, indépendamment de l'aspect relatif au profit. Ces actes de participation tombent sous le coup de l'interdiction de « commerce d'organes » (voir le ch. 3.2).

2.2.6 Complicité et tentative (art. 9)

Aux termes de l'art. 9 de la Convention, les Parties doivent prendre les mesures nécessaires pour ériger en infraction pénale toute complicité, lorsqu'elle a été commise intentionnellement, en vue de la commission de toute infraction pénale établie conformément à la Convention. Ce principe s'applique également aux tentatives intentionnelles de commettre toute infraction pénale établie conformément à la Convention.

La version française de la Convention ne mentionne pas « l'instigation », car le terme « complicité » l'englobe, selon le droit pénal français. La version anglaise mentionne explicitement l'instigation (« abetting »). Il convient donc de partir du principe que l'instigation compte parmi les infractions au sens de l'art. 9.

En ce qui concerne les crimes et les délits, le droit suisse réprime les tentatives de commettre une infraction au sens de la loi sur la transplantation et la participation (complicité ou instigation) à une infraction, au sens des art. 22 à 25 CP. Concernant les contraventions, la tentative et la complicité sont également punissables aux termes de l'art. 70, al. 2, de la loi sur la transplantation en corrélation avec l'art. 105, al. 2, CP. Les exigences de la Convention sont ainsi satisfaites.

2.2.7 Compétence (art. 10)

Conformément à l'art. 10, par. 1, let. a à c, de la Convention, les Parties sont tenues d'établir leur compétence lorsque l'infraction pénale est commise sur leur territoire, à bord d'un navire battant pavillon de leur pays ou à bord d'un aéronef immatriculé selon leurs lois.

La compétence des tribunaux suisses dans des cas de cette nature est définie à l'art. 3 CP, à l'art. 4, al. 2, de la loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisses³⁵ et à l'art. 97, al. 1, de la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation³⁶.

Conformément au par. 1, let. d et e, les Parties sont, en outre, tenues d'établir leur compétence lorsque l'auteur d'une infraction commise à l'étranger est l'un de leurs ressortissants ou une personne ayant sa résidence habituelle sur leur territoire. Conformément au par. 2, elles s'efforcent, en outre, d'établir leur compétence lorsque l'infraction est commise à l'étranger à l'encontre de l'un de leurs ressortissants ou d'une personne ayant sa résidence habituelle sur leur territoire.

L'art. 7, al. 1, let. a, CP constitue la base sur laquelle la compétence des tribunaux suisses se fonde lorsqu'un ressortissant suisse a commis une infraction. Lorsque la victime est de nationalité suisse, la compétence des tribunaux suisses découle de l'art. 7, al. 1, CP auquel renvoie l'art. 7, al. 2, CP.

En revanche, le Code pénal ne prévoit aucune compétence pour les tribunaux suisses lorsque l'auteur ou la victime d'une infraction commise à l'étranger a uniquement sa résidence habituelle en Suisse.

Les dispositions pénales de la loi sur la transplantation ne couvrent pas les infractions commises à l'étranger par un ressortissant suisse. Le trafic d'organes n'est interdit que s'il est organisé en Suisse ou à partir de la Suisse, c'est-à-dire lorsque l'infraction ou une partie de celle-ci est commise en Suisse (art. 7, al. 1, let. a, de la loi sur la transplantation).

En tant que loi spéciale, la loi sur la transplantation prime le Code pénal. Il y a lieu d'adapter la loi si la Suisse veut inclure les cas de ses ressortissants ayant commis une infraction liée au commerce d'organes à l'étranger au sens de la loi sur la transplantation.

Conformément au par. 3, toute Partie peut se réserver le droit de ne pas appliquer, ou de n'appliquer que dans des cas ou conditions spécifiques, les règles de compétence définies au par. 1, let. d et e, du présent article.

- Le critère de rattachement « résidence habituelle » est étranger au droit pénal suisse. S'agissant de l'extension de la compétence des tribunaux suisses aux infractions commises à l'étranger par des personnes ayant leur résidence habituelle en Suisse ou à l'encontre de celles-ci, la Suisse fait donc usage de sa possibilité de réserve en formulant une **réserve exhaustive** (voir le ch. 3.3). En

³⁵ RS 747.30

³⁶ RS 748.0

conformité avec le principe du Code pénal (art. 7), la compétence des tribunaux suisses ne doit être établie que dans les cas où l'infraction a été commise par un ressortissant suisse ou à l'encontre de l'un d'entre eux.

- En ce qui concerne l'extension de la compétence des tribunaux suisses aux infractions commises à l'étranger par des ressortissants suisses, la Suisse ne formule **aucune réserve**. Toutefois, elle peut, en se fondant sur l'art. 7, al. 1, du Code pénal, faire dépendre sa compétence pour des infractions commises à l'étranger de l'incrimination dans le pays où l'infraction a été commise (principe de la double incrimination). Ce principe est reconnu sur le plan international. Il résulte de considérations sur la souveraineté et permet une coopération internationale et une entraide judiciaire efficaces. Il s'applique également à la présente Convention bien qu'elle ne le mentionne pas expressément. La nécessité de la double incrimination est inscrite dans le droit suisse et dans les conventions internationales (p. ex., à l'art. 7, al. 1, CP, aux art. 35, al. 1, let. a et 64, al. 1, de la loi sur l'entraide pénale internationale³⁷ et dans la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale³⁸).

Le *par. 4* interdit que l'établissement de la compétence au titre du *par. 1*, let. d et e, du présent article soit subordonné à la condition que la poursuite soit précédée d'une plainte de la victime ou d'une dénonciation de l'État du lieu où l'infraction a été commise. Ce paragraphe se réfère à toutes les infractions décrites au chap. II. Conformément au *par. 5*, les Parties peuvent toutefois se réserver le droit de ne pas appliquer le *par. 4*.

Les infractions pénales décrites sont poursuivies d'office selon le droit suisse (art. 69 de la loi sur la transplantation et délits du CP en lien avec le droit de la transplantation).

En vertu du *par. 6*, les Parties doivent établir leur compétence lorsque l'auteur présumé est présent sur leur territoire et qu'elles ne peuvent l'extrader vers un autre État en raison de sa nationalité. La Suisse remplit cette obligation de poursuite pénale en cas de non extradition, conformément aux art. 6 et 7 CP et à la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957³⁹. L'art. 85 ss de la loi sur l'entraide pénale internationale du 20 mars 1981 (EIMP)⁴⁰ définit les règles s'appliquant à l'acceptation de la délégation de la poursuite pénale par la Suisse. Il s'agit de dispositions potestatives.

2.2.8 Responsabilité des personnes morales (art. 11)

En application de l'*art. 11* de la Convention, les entreprises doivent pouvoir être tenues pour responsables des infractions établies conformément à la présente Convention, lorsqu'elles ont été commises pour leur compte par une personne ayant un pouvoir de direction en leur sein (*par. 1*). Elles doivent également pouvoir être tenues pour responsables lorsque l'absence de surveillance ou de contrôle a rendu possible la commission de l'infraction (*par. 2*).

La responsabilité d'une entreprise peut être pénale, civile ou administrative (*par. 3*) sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques ayant commis l'infraction (*par. 4*).

Nombre de traités conclus ces dernières années contiennent des dispositions en tout ou en partie similaires concernant la responsabilité pénale des entreprises. La Convention pénale du 27 janvier 1999 du Conseil de l'Europe sur la corruption⁴¹ prévoit également la responsabilité des personnes morales, mais elle ne définit pas plus précisément sa nature (pénale, civile ou administrative). La Convention du 28 octobre 2011 du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique (Convention Médicrime)⁴² contient une disposition identique.

S'agissant du droit suisse, l'art. 102 CP régit la responsabilité pénale des entreprises. Le CP définit une responsabilité concurrente pour un nombre limité d'infractions pénales lorsque l'entreprise n'a pas pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher l'infraction. Cependant,

³⁷ RS 351.1

³⁸ RS 0.351.1

³⁹ RS 0.353.1

⁴⁰ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (loi sur l'entraide pénale internationale, EIMP), RS 351.1

⁴¹ RS 0.311.55; voir l'art. 18.

⁴² RS...; FF 2017 2945 2993

les infractions pénales visées par la Convention contre le trafic d'organes humains ne font pas partie des catégories d'infractions pénales mentionnées.

Parallèlement, la Suisse a introduit une incrimination subsidiaire de l'entreprise dans les cas où un délit ou un crime ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise (art. 102, al. 1, CP). La peine prévue est une amende de cinq millions de francs au plus. L'incrimination subsidiaire des entreprises concerne tous les crimes et délits au sens du droit suisse et englobe toutes les infractions pénales relevant de la Convention. Elle se rapporte aux infractions commises par une personne dans l'exercice d'activités commerciales conformes aux buts de l'entreprise. Elle va plus loin que la responsabilité des personnes morales prévue dans la Convention puisque celle-ci se limite, conformément au par. 1, aux infractions pénales commises pour le compte de la personne morale par une personne ayant un pouvoir de direction en son sein.

Comme mentionné plus haut, les entreprises ne sont punissables aux termes de l'art. 102, al. 1, CP que si le délit ou le crime ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée. En vertu de l'art. 11, par. 4, de la Convention, la responsabilité doit toutefois être établie sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques ayant commis l'infraction.

La responsabilité subsidiaire des personnes morales selon le droit suisse n'exclut pas la punissabilité des personnes physiques. Elle s'applique lorsqu'il n'est pas possible, en raison du manque d'organisation de l'entreprise, de déterminer qui a commis l'infraction. L'art. 102, al. 1, CP ne va donc pas à l'encontre de l'art. 11, par. 4, de la Convention : si le comportement et la culpabilité de l'auteur sont établis après la condamnation de l'entreprise et que l'infraction pénale n'a pas pu lui être imputée au préalable en raison du manque d'organisation de l'entreprise, il est envisageable de punir l'entreprise et la personne physique⁴³. De plus, l'art. 7 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA)⁴⁴ prévoit une réglementation spéciale qui, selon l'art. 71 de la loi sur la transplantation, est également applicable dans le domaine de la médecine de transplantation. Cette réglementation permet, dans des cas de moindre gravité (en cas d'amende s'élevant à 5000 francs au plus et de mesures d'instruction disproportionnées par rapport à la peine encourue) de renoncer à poursuivre les personnes punissables au sens de l'art. 6 DPA et de condamner l'entreprise au paiement de l'amende à leur place.

Outre la responsabilité pénale, la loi sur la transplantation prévoit, à des fins de prévention, une responsabilité administrative. Aux termes de l'art. 65 de la loi sur la transplantation, l'office peut prendre toutes mesures nécessaires à l'exécution de la loi. Ces mesures vont de la contestation d'un état de fait à la fermeture de l'entreprise ou à la mise sous séquestre ou à l'élimination des organes, des tissus ou des cellules en passant par la suspension ou la révocation des autorisations. Par ailleurs, les entreprises qui ont un but illicite ou contraire aux mœurs ne peuvent acquérir la personnalité. La dévolution au profit d'une corporation publique aura lieu si la personne morale est dissoute parce que son but était illicite ou contraire aux mœurs (art. 52 et 57 du Code civil⁴⁵). Si une personne ayant un pouvoir de direction commet une infraction pénale pour le compte d'une entreprise ou enfreint son obligation de surveillance en n'empêchant pas un subordonné de commettre une infraction, l'entreprise peut être déclarée civilement responsable.

Les conditions de l'art. 11 de la Convention sont ainsi remplies. La réglementation suisse en matière de responsabilité subsidiaire va en partie au-delà des exigences de la Convention et garantit que les crimes et les délits perpétrés au sein d'une entreprise ne resteront pas impunis, même s'ils ne peuvent être imputés à aucune personne physique déterminée. Par conséquent, aucune responsabilité pénale concurrente de l'entreprise ne doit être introduite pour les infractions pénales au sens de la Convention.

2.2.9 Sanctions et mesures (art. 12)

Conformément au par. 1 de cette disposition, les Parties doivent veiller à ce que les infractions décrites dans la Convention soient passibles de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui incluent des peines pécuniaires et des mesures privatives de liberté pouvant donner lieu à l'extradition. Les infractions pénales au sens de la Convention doivent, selon le droit suisse, être frappées d'une sanction

⁴³ Voir Niggli/Gfeller, Basler Kommentar, Strafrecht I, Bâle 2013, N 119 sur l'art. 102

⁴⁴ RS 313.0

⁴⁵ RS 210

privative de liberté maximale d'un an au moins ou d'une sanction plus sévère (voir l'art. 35 EIMP), de sorte que l'extradition puisse être accordée aux termes du droit suisse.

Les infractions pénales commises intentionnellement qui menacent concrètement la santé des êtres humains sont toujours des crimes ou des délits. Par conséquent, une extradition est possible dans tous les cas, que ce soit en application de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957⁴⁶ ou d'autres traités pertinents, contraignants pour la Suisse.

Le *par. 2* souligne que les personnes morales déclarées responsables en application de l'art. 11 sont passibles de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui incluent des sanctions pécuniaires. Les sanctions correspondantes du droit suisse sont décrites dans les commentaires relatifs à l'art. 11 de la Convention.

Conformément au *par. 3*, les Parties doivent permettre la saisie et la confiscation des produits des infractions pénales établies conformément à la Convention, ou de biens d'une valeur équivalente à ces produits (*let. a*). En outre, elles doivent prendre les mesures nécessaires pour permettre la fermeture temporaire ou définitive de tout établissement utilisé pour commettre une infraction pénale ou interdire à l'auteur de l'infraction, à titre temporaire ou définitif, l'exercice d'une activité professionnelle (*let. b*).

Le Code pénal prévoit presque toutes ces mesures. En vertu de l'art. 70 CP, il est possible de confisquer des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction. Conformément à l'art. 71 CP, lorsque les valeurs patrimoniales à confisquer ne sont plus disponibles, le juge ordonne leur remplacement par une créance compensatrice de l'État d'un montant équivalent. De plus, le CP prévoit l'interdiction d'exercer une activité (art. 67 CP), la publication du jugement (art. 68 CP) et l'inscription au casier judiciaire (art. 365 ss CP). La loi sur la transplantation précise qu'en vertu de l'art. 65, des entreprises peuvent être fermées (voir le ch. 2.2.8).

La mise en œuvre de l'art. 12 de la Convention ne requiert donc aucune modification de la loi.

2.2.10 Circonstances aggravantes (art. 13)

Cette disposition oblige les Parties à garantir que des éléments aggravants puissent être pris en considération lors de la détermination des peines relatives aux infractions établies conformément à la Convention. Dans le droit suisse, il s'agit de circonstances que le juge doit prendre en considération, conformément à l'art. 47 CP.

Si les circonstances selon *let. a* sont remplies (mise en danger de la vie et de la santé), la peine selon le CP est fixée en fonction de la gravité de la lésion. L'abus de confiance conformément à *let. b* permet de conclure que l'auteur a agi avec une conscience et une volonté particulières. Ce facteur peut être pris en considération lors de la fixation de la peine selon l'art. 47, al. 2, CP. La commission de l'infraction dans le cadre d'une organisation criminelle (*let. c*) et la participation ou l'apport d'un soutien à une telle organisation constituent des infractions séparées dans le droit suisse. Elles doivent être jugées selon les règles sur le concours d'infractions (art. 260^{ter} CP). La récidive (*let. d*) est prise en compte lors de la fixation de la peine selon le droit suisse (art. 47, al. 1, CP). La commission d'une infraction à l'encontre d'un enfant ou de toute autre personne particulièrement vulnérable (*let. e*) doit être considérée comme particulièrement condamnable, ce qui peut également être pris en compte à l'art. 47, al. 2, CP.

Par ailleurs, la loi sur la transplantation mentionne des infractions qualifiées. Elle prévoit une peine plus sévère lorsque l'auteur a agi par métier.

Le droit en vigueur couvre donc cette disposition de la Convention.

2.2.11 Condamnations antérieures (art. 14)

L'art. 47 CP relatif aux critères pour la fixation de la peine couvre l'obligation de prendre en compte les condamnations définitives prononcées dans une autre Etat Partie, prévue à l'art. 14 de la Convention.

⁴⁶ RS 0.353.1

2.3 Chapitre III : Droit pénal procédural

2.3.1 Mise en œuvre et poursuite de la procédure (art. 15)

En vertu de l'*art. 15* de la Convention, les enquêtes ou les poursuites concernant les infractions établies conformément à la Convention ne doivent pas être subordonnées à une plainte, et la procédure doit pouvoir se poursuivre même en cas de retrait de la plainte.

Les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle au sens du CP et des art. 69 et 70 de la loi sur la transplantation sont poursuivies d'office (voir l'art. 30 ss CP). Le droit suisse satisfait donc à cette exigence de la Convention.

2.3.2 Enquêtes pénales (art. 16)

Selon l'*art. 16*, les Parties garantissent, conformément aux principes de leur droit interne, l'efficacité des enquêtes et des poursuites pénales en lien avec les infractions visées par la Convention.

La poursuite et le jugement d'infractions pénales incombent aux cantons, en vertu de l'art. 71, al. 1, de la loi sur la transplantation. Les procédures menées par les autorités pénales cantonales sont soumises au Code de procédure pénale suisse (CPP⁴⁷). Celui-ci permet aux personnes responsables de l'investigation de procéder à des enquêtes classiques (notamment interrogatoires, perquisitions, saisies, demandes de renseignements, appel à des experts) qui garantissent une poursuite efficace des infractions pénales.

2.3.3 Coopération internationale (art. 17)

En vertu de l'*art. 17, par. 1 et 2*, de la Convention, les Parties coopèrent, en application des instruments pertinents applicables, et de leur droit interne, dans la mesure la plus large possible. Cet article mentionne les mesures suivantes : enquêtes et procédures pénales, saisies et confiscation ainsi qu'extradition et entraide judiciaire.

Comptent parmi les traités internationaux pertinents, dont la Suisse est partie, la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959⁴⁸ et son deuxième Protocole additionnel⁴⁹, la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957⁵⁰ et ses quatre Protocoles additionnels⁵¹. S'ajoutent à ceux-ci, la Convention du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime⁵², la Convention du 21 mars 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées⁵³ et son Protocole additionnel⁵⁴ ainsi que d'autres accords internationaux de droit pénal du Conseil de l'Europe et de l'ONU. Enfin, l'EIMP⁵⁵ traite des questions qui ne sont pas réglées par des traités internationaux. Cette loi s'applique avec les pays qui ne sont pas parties aux traités internationaux mentionnés.

L'*art. 17, par. 3*, ne revêt pas un caractère important pour la Suisse étant donné que celle-ci ne fait pas dépendre l'extradition et l'entraide judiciaire de l'existence d'un traité.

Le droit en vigueur répond donc aux exigences de l'art. 17 de la Convention.

2.4 Chapitre IV : Mesures de protection

2.4.1 Protection des victimes (art. 18)

L'*art. 18* de la Convention oblige les Parties à prendre les mesures nécessaires pour protéger les droits et les intérêts des victimes, notamment en veillant à ce que les victimes aient accès aux informations,

⁴⁷ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (Code de procédure pénale, CPP), RS 312.0

⁴⁸ RS 0.351.1

⁴⁹ RS 0.351.12

⁵⁰ RS 0.353.1

⁵¹ RS 0.353.11, 0.353.12, 0.353.13 et 0.353.14

⁵² RS 0.311.53

⁵³ RS 0.343

⁵⁴ RS 0.343.1

⁵⁵ RS 351.1

en soutenant leur guérison et en prévoyant une indemnisation par les auteurs d'infractions.

Les personnes lésées par le prélèvement illicite d'un organe ont le statut de victimes aux termes du CPP et de la loi du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes (LAVI)⁵⁶ lorsqu'elles ont subi une atteinte à leur intégrité physique, sexuelle ou psychique.

Les victimes au sens du CPP, mais aussi d'autres personnes (p. ex. les individus lésés au niveau patrimonial) peuvent participer à la procédure pénale en qualité de demandeur au pénal ou au civil et accéder ainsi à des informations sur la procédure à l'encontre de l'auteur (art. 107 ss et art. 118 ss CPP).

Les personnes lésées peuvent utiliser le droit de la responsabilité civile pour réclamer de l'auteur le versement des dommages-intérêts et une réparation morale. Il est également possible de faire valoir les prétentions en tant que partie à la procédure pénale. En outre, les valeurs patrimoniales confisquées peuvent être allouées aux lésés dans le cadre d'une procédure pénale administrative (art. 2 DPA en corrélation avec l'art. 73 CP).

Les prestations selon la LAVI (conseils et aide, indemnisation et réparation morale) ne sont pas liées à une procédure pénale ni à une condamnation. Il n'est pas nécessaire que l'auteur soit connu. Les prestations d'aide aux victimes sont accordées subsidiairement à celles fournies par l'auteur de l'infraction, l'assurance privée, les assurances sociales ou d'autres tiers (art. 4 LAVI). La victime bénéficie des prestations de conseil de l'aide aux victimes (notamment l'accès aux informations et une contribution aux frais médicaux) même si l'infraction a été commise à l'étranger et que la victime était domiciliée en Suisse au moment des faits et au moment où elle a introduit sa demande. Toutefois, aucune indemnité ni réparation morale au sens de la LAVI n'est accordée dans de tels cas (art. 3 et 17 LAVI).

Le droit suisse de la responsabilité civile prévoit l'indemnisation par l'auteur (art. 41 ss CO).

Le droit en vigueur satisfait donc aux exigences de l'art. 18 de la Convention.

2.4.2 Statut des victimes dans les procédures pénales (art. 19)

Conformément à l'art. 19 de la Convention, les Parties prennent les mesures nécessaires pour protéger les droits et les intérêts des victimes à tous les stades de la procédure pénale. Les mesures mentionnées concernent entre autres l'information de la victime sur ses droits et les services à disposition. Les victimes, leur famille et les témoins à charge doivent être protégés contre l'intimidation et les représailles. Les victimes doivent avoir accès à une assistance judiciaire gratuite quand cela se justifie.

En Suisse, ces mesures sont prévues dans le Code de procédure pénale en particulier (art. 107, 117, 127, 152, 305 et 330 CPP). Du reste, il convient de renvoyer aux commentaires relatifs aux art. 10, 17 et 18 de la Convention. Le droit en vigueur satisfait donc aux exigences de l'art. 19 de la Convention.

2.4.3 Protection des témoins (art. 20)

En vertu de l'art. 20 de la Convention, les Parties doivent assurer une protection efficace contre des actes éventuels de représailles ou d'intimidation pour les témoins, ainsi que pour leur famille et d'autres personnes qui leur sont proches, dans des procédures pénales introduites conformément à la présente Convention. Ce principe s'applique également aux victimes lorsqu'elles sont témoins.

L'art. 162 ss CPP et la loi sur la protection extraprocédurale des témoins⁵⁷ protègent les témoins en Suisse.

2.5 Chapitre V : Mesures de prévention

2.5.1 Mesures au niveau national (art. 21)

L'art. 21, par. 1, prescrit aux Parties d'assurer l'existence d'un système interne transparent pour la transplantation d'organes humains (*let. a*), de garantir aux patients un accès équitable aux services de trans-

⁵⁶ RS 312.5

⁵⁷ Loi fédérale du 23 décembre 2011 sur la protection extraprocédurale des témoins (Ltém), RS 312.2

plantation (*let. b*) et d'assurer, avec la coopération de toutes les autorités pertinentes, la collecte, l'analyse et l'échange d'informations se rapportant aux infractions visées par la présente Convention (*let. C*).

En vertu du *par. 2*, il importe de donner aux professionnels de santé et aux agents concernés des informations et de les former sur la prévention du trafic d'organes humains et la lutte contre celui-ci (*let. a*). En outre, des campagnes de sensibilisation du public quant à l'illégalité et aux dangers du trafic d'organes humains doivent être organisées (*let. b*).

Selon *par. 3* les Parties doivent interdire la publicité sur le besoin d'organes humains, ou sur leur disponibilité, en vue d'offrir ou de rechercher un profit ou un avantage comparable.

En Suisse, l'édiction et la mise en œuvre de la loi sur la transplantation permettent de satisfaire aux mesures inscrites au *par. 1, let. a et b*. La Suisse possède un système national de transplantation, et l'art. 17 de la loi sur la transplantation garantit la non-discrimination lors de l'attribution d'un organe. L'art. 59 de la loi sur la transplantation régit la communication de données.

Let. c se penche prioritairement sur la collecte, l'analyse et l'échange d'informations entre les autorités relatives aux infractions dans le domaine de la transplantation d'organes. En principe, les cantons sont compétents en matière de poursuite et de jugement d'infractions conformément à la loi sur la transplantation. C'est pourquoi l'ordonnance réglant la communication des décisions pénales prises par les autorités cantonales⁵⁸ est, dans ce contexte, pertinente du point de vue du droit pénal. S'il s'agit d'un trafic d'organes à l'échelon international, opéré dans le cadre de la criminalité organisée, l'infraction est jugée par le Tribunal pénal fédéral. Dans la mesure où une loi spéciale le prévoit, celui-ci a le devoir de communiquer toute information utile à d'autres autorités fédérales, conformément à l'art. 68, al. 2, de la loi sur l'organisation des autorités pénales⁵⁹.

Le *par. 2, let. a*, va un peu plus loin que l'art. 53 de la loi sur la transplantation qui autorise la Confédération à organiser ou à soutenir des programmes de formation continue. Le *par. 2, let. a*, ne doit, cependant, être appliqué dans le droit national que si besoin est. L'art. 61 de la loi sur la transplantation ne cite certes pas explicitement l'information au public sur le thème du trafic d'organes, mais celle-ci peut aussi évoquer ce sujet. En outre, la loi sur la transplantation a notamment pour objectif de prévenir le trafic d'organes.

En référence au *par. 3*, le droit suisse n'interdit certes pas explicitement la publicité sur le trafic d'organes humains, mais le terme « trafic d'organes » englobe cette interdiction (voir à ce sujet le ch. 3.2).

2.5.2 Mesures au niveau international (art. 22)

En vertu de l'art. 22 de la Convention, les Parties coopèrent dans la mesure la plus large possible afin de prévenir le trafic d'organes humains. Elles font notamment rapport au Comité des Parties, à sa demande, sur le nombre de cas de trafic d'organes humains sur leur territoire respectif (*let. a*) et désignent un point de contact national responsable de l'échange d'informations se rapportant au trafic d'organes humains (*let. b*). Ces mesures doivent garantir l'efficacité de la Convention et une coopération internationale efficace.

Les art. 52 et 60 de la loi sur la transplantation régissent la coopération internationale. Conformément à ces articles, la Confédération prend les mesures propres à lutter activement contre le trafic d'organes. Par ailleurs, elle peut échanger des données avec des autorités étrangères et des organisations internationales. L'ordonnance réglant la communication des décisions pénales prises par les autorités cantonales⁶⁰ et l'art. 68 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération⁶¹ permettent de renseigner sur le nombre de condamnations pénales concernant le trafic d'organes. L'Office fédéral de la santé publique (OFSP) gère le point de contact national. Le rapport au sens de la let. a doit être effectué via le point de contact selon la let. b. La désignation d'un point de contact national ne requiert aucune base légale.

⁵⁸ RS 312.3

⁵⁹ Loi fédérale du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP), RS 173.71

⁶⁰ RS 312.3

⁶¹ RS 173.71

2.6 Chapitre VI : Mécanisme de suivi (art. 23 à 25)

Les dispositions figurant dans le chap. VI de la Convention doivent garantir une mise en œuvre efficace de celle-ci. Le mécanisme de suivi repose principalement sur le Comité des Parties qui est composé des représentants des Parties à la Convention.

L'art. 23 de la Convention règle les modalités inhérentes au Comité des Parties, sa composition et son fonctionnement.

Comme prévu à *l'art. 24* de la Convention, la participation d'autres représentants au mécanisme de suivi, à savoir l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) et d'autres comités intergouvernementaux ou scientifiques compétents du Conseil de l'Europe, doit contribuer à une approche plurisectorielle et pluridisciplinaire.

L'art. 25 de la Convention énumère les tâches du Comité. En plus des compétences fondamentales pour la mise en œuvre (p. ex., faciliter la mise en œuvre de la Convention, informer, exprimer son avis et adresser des recommandations au sujet de la mise en œuvre de la Convention), il joue également le rôle de centrale pour la collecte, l'analyse et l'échange d'informations, d'expériences et de bonnes pratiques entre les Parties.

2.7 Chapitre VII : Relations avec d'autres instruments internationaux (art. 26)

Cette disposition précise que la Convention ne porte pas atteinte aux droits et obligations découlant des dispositions d'autres instruments internationaux auxquels les Parties à cette Convention sont Parties (*par. 1*).

Les Parties à la Convention peuvent conclure entre elles des accords relatifs aux questions réglées par la présente Convention. Toutefois, ils ne peuvent signer aucun traité contraire à la Convention (*par. 2*). Eu égard au caractère incontesté des aspects de la réglementation correspondant déjà largement à l'ordre juridique suisse, il est improbable que cette obligation limite la liberté d'action de la Suisse.

2.8 Chapitre VIII : Amendements à la Convention (art. 27)

Conformément à cette disposition, les Parties peuvent proposer un amendement à la Convention. Si le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe l'adopte, celui-ci est communiqué aux Parties. Il n'entre en vigueur qu'une fois que toutes les Parties l'ont accepté.

2.9 Chapitre IX : Clauses finales (art. 28 à 33)

Les clauses finales de la Convention correspondent, dans une large mesure, à celles d'autres conventions du Conseil de l'Europe.

Conformément à *l'art. 28*, la Convention est ouverte à la signature non seulement des Etats membres du Conseil de l'Europe, mais aussi de l'Union européenne et des Etats non membres ayant le statut d'observateur auprès du Conseil de l'Europe. D'autres Etats peuvent être invités à la signer.

L'art. 29 de la Convention porte sur l'extension du champ d'application territoriale de la Convention à certains territoires ayant un statut spécial. La Suisse n'est pas concernée.

L'art. 30 de la Convention précise que seules les réserves prévues dans la Convention, émises au moment de la signature ou au moment du dépôt de l'instrument de ratification, sont admises.

En vertu de *l'art. 31*, le Comité des Parties suivra, en étroite coopération avec le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) et les autres comités intergouvernementaux ou scientifiques compétents du Conseil de l'Europe, l'application de la présente Convention et facilitera au besoin le règlement amiable de toute difficulté d'application.

Conformément à *l'art. 32*, les Parties peuvent dénoncer la Convention moyennant un délai de trois mois.

3 Adaptation du droit suisse et réserves

3.1 Grandes lignes de la modification de la loi sur la transplantation

La mise en œuvre de la Convention requiert une révision de la loi sur la transplantation, concrètement de son but (art. 1), de son champ d'application (art. 2), des dispositions relatives à la gratuité du don (art. 6) et à l'interdiction du commerce (art. 7) ainsi que des dispositions pénales (art. 69). La loi sur la transplantation prévoira également la notification des jugements pénaux (art. 71).

L'extension du but et du champ d'application de la loi sur la transplantation au trafic à d'autres fins que la transplantation sur l'être humain rend inutile une adaptation du code pénal et de la loi relative à la recherche sur l'être humain.

3.2 Commentaire article par article de la loi sur la transplantation

Art. 1, al. 3 But

L'extension du champ d'application (voir ci-dessous le commentaire de l'art. 2, al. 1) de la loi nécessite l'adaptation de son but. L'extension minimale du champ d'application s'agissant du but de la loi peut être prise en compte à l'al. 3 de sorte que la référence à l'application à l'être humain de la médecine de transplantation peut être supprimée.

Art. 2, al. 1 Champ d'application

La loi sur la transplantation régit l'utilisation d'organes, de tissus et de cellules aux seules fins de la transplantation sur l'être humain, tandis que la Convention traite également du trafic d'organes humains à des fins autres que la transplantation. Il faut entendre par là « toutes les fins autres » que celle de la transplantation. La recherche scientifique, la formation initiale et continue ainsi que l'usage des organes pour la récupération ou la dévitalisation des tissus ou des cellules constituent des domaines d'utilisation possibles pour les organes dont il est fait le trafic non pas en vue ni dans le cadre d'une transplantation.. À titre d'exemple, on peut mentionner l'utilisation des valves cardiaques d'un cœur prélevé illicitement ou de cellules d'un organe prélevé illicitement pour des thérapies cellulaires. La formulation ouverte du texte de la Convention permet de tenir compte des progrès de la recherche scientifique et des évolutions futures.

L'*art. 2, al. 1*, de la loi sur la transplantation sera complété afin d'inclure le trafic d'organes à d'autres fins. L'actuel al. 1 deviendra la let. a et l'extension du champ d'application figurera dans la let. b. Cette disposition mettra en lumière le fait que la loi s'applique au trafic d'organes, de tissus ou de cellules humains destinés à la transplantation sur l'être humain ou à d'autres fins.

Comme il ressort de son titre, la Convention ne couvre que l'utilisation d'organes ; son champ d'application ne s'étend ni aux tissus ni aux cellules. Aux termes de l'art. 119a Cst., la Confédération édicte des dispositions dans le domaine de la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (al. 1). Le principe de la gratuité du don inscrit à l'art. 119a, al. 3, Cst. s'applique également aux organes, aux tissus et aux cellules. Le champ d'application de la loi sur la transplantation englobe également les tissus et les cellules, conformément à l'art. 119a Cst.

En outre, l'interdiction du commerce d'organes humains visé à l'art. 119a, al. 3, Cst. a été étendu aux tissus et aux cellules dans la loi sur la transplantation. Cette interdiction s'applique tant aux organes qu'aux tissus et aux cellules en vertu du Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine (voir le ch. 1.5.1). Pour des raisons de cohérence, les dispositions nouvelles ou adaptées sur la base de la Convention doivent aussi s'appliquer aux tissus et aux cellules.

Art. 6, al. 1 Gratuité du don

L'*art. 6, al. 1*, de la loi sur la transplantation interdit d'octroyer ou de percevoir un quelconque avantage pécuniaire ou un autre avantage pour le don d'organes, de tissus ou de cellules d'origine humaine. La révision prévoit d'y intégrer également le fait de proposer ou d'exiger un avantage pécuniaire ou un autre avantage.

Art. 7, al. 1 Interdiction du commerce

L'art. 7, al. 1, de la loi sur la transplantation interdit, dans sa teneur actuelle, le commerce d'organes, de tissus ou de cellules d'origine humaine en Suisse ou à l'étranger, à partir de la Suisse. Sont également proscrits le prélèvement ou la transplantation d'organes, de tissus ou de cellules d'origine humaine obtenus contre un avantage pécuniaire ou un autre avantage. Les dispositions pénales s'y rapportant figurent à l'art. 69 de la loi sur la transplantation.

La Convention réprime le commerce d'organes à l'étranger également (art. 10, par. 1, al. d). Il n'est pas nécessaire qu'une partie de l'infraction ait été commise en Suisse ou à partir de la Suisse. En outre, la Convention règle le trafic d'organes de manière plus différenciée que la loi sur la transplantation et le subdivise en plusieurs types d'infractions. Elle punit également la publicité en faveur du trafic d'organes.

Les normes d'interdiction prévues à l'art. 7, al. 1, (et donc les dispositions pénales inscrites à l'art. 69) doivent être adaptées pour satisfaire à ces exigences :

- la *let. a* interdit le commerce d'organes, de tissus et de cellules indépendamment du fait que celui-ci ait lieu en Suisse, à partir de la Suisse ou à l'étranger ;
- la *let. a* inclut la sollicitation d'un donneur ou d'un receveur en vue d'un profit ou d'un avantage comparable pour la personne qui sollicite ou pour une tierce personne (art. 7, par. 1, de la Convention). Cette mesure permet de poursuivre les individus qui jouent le rôle d'intermédiaires entre les donneurs, les receveurs et les médecins ;

La *let. b* interdit de prélever, sur des personnes vivantes ou décédées, des organes, des tissus ou des cellules qui ont été obtenus après avoir proposé, octroyé, exigé ou accepté un avantage pécuniaire ou un autre avantage. De plus, il est interdit de transplanter ces organes, ces tissus ou ces cellules ou de les utiliser à des fins autres, par exemple pour la recherche ou le traitement de tissus ou de cellules dévitalisés. Comme pour les transplants standardisés, seul le commerce du matériel de départ est interdit pour les tissus et les cellules. Le commerce du produit standardisé est autorisé. L'art. 7, al. 2, de la loi sur la transplantation le mentionne pour les transplants standardisés. Les tissus et les cellules dévitalisés relèvent de la loi sur les produits thérapeutiques. La loi sur la transplantation règle uniquement l'aspect du commerce illicite du matériel vital de départ.

Art. 69, al. 1, let. a à c^{bis}, et al. 4 Délits

L'art. 69 contient les dispositions pénales pour les actes considérés comme des délits. Les *let. a* à *c^{bis}* englobent les dispositions pénales qui résultent de la mise en œuvre de la Convention.

Al. 1, let. a à c^{bis}

La *let. a* correspond à la norme d'interdiction visée à l'art. 6, al. 1. La formulation de la *let. b* peut être simplifiée s'agissant du commerce. Outre le commerce en Suisse ou depuis la Suisse, le trafic à l'étranger sera puni conformément à l'art. 10 de la Convention (voir ci-dessous l'al. 4). La *let. c* précise que le prélèvement, la transplantation ou l'utilisation d'organes, de tissus ou de cellules à d'autres fins seront considérés comme des infractions pénales. Élément constitutif essentiel du commerce, la sollicitation, représente donc une participation (complicité) aux faits selon la *let. c* (art. 7 de la Convention, voir le ch. 2.2.4).

La disposition punit également tous les actes (p. ex., la préparation, le stockage, le transport, le transfert, l'importation ou l'exportation) liés à des organes, des tissus ou des cellules prélevés sans le consentement de la personne ou après la proposition, l'octroi, l'exigence ou l'acceptation d'un avantage pécuniaire ou d'un autre avantage (art. 8 de la Convention, voir le ch. 2.2.5). Ces actes relèvent, du point de vue du droit pénal, également de la participation (complicité) et sont donc visés par la *let. c*.

La punissabilité de l'incitation et de la complicité pour des actes relevant de la *let. c* permet d'inclure l'interdiction de la publicité inscrite à l'art. 21, par. 3, de la Convention. Grâce à cette interdiction, l'intermédiaire entre le donneur et le receveur peut en particulier être poursuivi.

La *let. c^{bis}* complète et remplace l'actuelle *let. c*. Elle prévoit de punir le prélèvement d'organes, de tissus et de cellules sur des personnes vivantes sans leur consentement ainsi que la transplantation d'organes, de tissus, de cellules prélevés sans le consentement du donneur. Les normes d'interdiction relatives au

prélèvement sans consentement sont définies aux art. 8 et 12. Ceux-ci fixent les conditions posées au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules sur des personnes vivantes ou décédées.

Al. 4

Conformément à l'al. 4, l'auteur est également punissable lorsqu'il a commis une infraction selon l'al. 1, let. a à c^{bis}, à l'étranger. Ce principe s'applique aux personnes qui ne sont pas extradées et donc, aux ressortissants suisses en premier lieu. Il permet de mettre en œuvre l'art. 10, par. 1, al. d, de la Convention. De plus, les personnes qui ne possèdent pas la nationalité suisse et qui ne peuvent pas être extradées pour d'autres raisons (p. ex., parce qu'elles risquent la peine de mort) seront également poursuivies en Suisse. Cette mesure va plus loin que ce que prévoit la Convention, mais elle satisfait à ses objectifs étant donné qu'elle empêche les auteurs de passer entre les mailles du filet des systèmes de poursuite pénale. Les infractions ne seront poursuivies que si elles sont punissables dans le pays où elles ont été commises (principe de la double incrimination). Sur le fond, il convient de remarquer qu'il n'est guère possible en pratique de poursuivre pénalement des infractions commises à l'étranger sans l'aide de l'État dans lequel l'auteur a agi, notamment pour ce qui est de la collecte et de la conservation nécessaires des preuves. Ce soutien intervient souvent de manière satisfaisante lorsque l'infraction est également punissable dans le pays où elle a été commise. Les possibilités d'obtenir, par voie d'entraide, les documents et les preuves requis augmentent considérablement dans le cadre du principe de la double incrimination. L'on ne renonce à faire valoir ce principe que dans des cas exceptionnels et en présence de délits extrêmement graves (terrorisme, génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre), d'infractions commises à l'encontre de mineurs (art. 5 CP) et en cas de délits spécifiques (p. ex., traite d'êtres humains, prises d'otages, mariages forcés). Bien que les délits liés au trafic d'organes puissent être en lien étroit avec la traite d'êtres humains et avec des crimes de guerre et que le principe de la double incrimination ne s'applique pas dans les pays sans ordre étatique, il apparaît judicieux, dans la perspective de l'administration des preuves et eu égard au consensus international assez large en matière de criminalisation du trafic d'organes, de s'en tenir au principe de la double incrimination pour les infractions liées au trafic d'organes commises à l'étranger.

De par cette extension, la Suisse assumera la responsabilité de poursuivre et de punir les infractions liées au trafic d'organes à l'étranger si elles ont un rapport avec la Suisse. L'art. 7, al. 4 et 5, CP s'applique au surplus. En vertu de cette disposition, l'auteur ne peut plus être poursuivi en Suisse pour le même acte, sous réserve d'une violation grave des principes fondamentaux du droit constitutionnel et de la CEDH, s'il a été acquitté à l'étranger par un jugement définitif ou s'il a subi la sanction prononcée contre lui à l'étranger, que celle-ci lui a été remise ou qu'elle est prescrite. Si, en raison de cet acte, l'auteur a été condamné à l'étranger et qu'il n'y a subi qu'une partie de la peine prononcée contre lui, le juge impute cette partie sur la peine à prononcer. Il décide si la mesure ordonnée et partiellement exécutée à l'étranger doit être poursuivie ou imputée sur la peine prononcée en Suisse.

Art. 71, al. 3 Compétence et droit pénal administratif

L'art. 71 de la loi sur la transplantation est complété par un al. 3. Celui-ci dispose que les autorités compétentes doivent communiquer à l'OFSP tous les jugements et toutes les ordonnances de classement qui ont été prononcés en vertu de l'art. 69, al. 1, let. a à c^{bis}. L'OFSP a besoin de ces informations pour être en mesure d'assumer ses tâches de point de contact national au sens de l'art. 22 de la Convention.

3.3 Réserves

3.3.1 Réserves de la Suisse

Il est proposé que, sur la base de l'art. 10, par. 3, de la Convention, la Suisse formule une réserve exhaustive concernant l'extension de la compétence nationale à la poursuite d'infractions commises à l'étranger par des personnes ou à l'encontre de personnes ayant leur résidence habituelle en Suisse (art. 10, par. 1, let. e, de la Convention, voir à ce sujet le ch. 2.2.7).

Du point de vue du droit pénal, il n'est pas pertinent pour la Suisse de rattacher la poursuite pénale d'infractions commises à l'étranger à la « résidence habituelle » de l'auteur ou de la victime, comme prévu dans la Convention. Le droit pénal suisse ne connaît pas de point de rattachement général à la

résidence habituelle de l'auteur ou de la victime. D'autres moyens permettent d'empêcher qu'un auteur échappe à sa peine : extradition dans le pays où l'infraction a été commise ou, si ce n'est pas possible, délégation de la poursuite pénale à la demande de cet État.

S'agissant de la compétence des tribunaux suisses pour connaître des infractions commises à l'étranger par des ressortissants suisses, la Suisse étendra ses compétences et adaptera la loi sur la transplantation en conséquence (art. 10, par. 1, let. d, de la Convention, voir à ce sujet le ch. 2.2.7). Toutefois, cette compétence dépendra de la punissabilité de l'infraction dans le pays où elle a été commise (principe de la double incrimination). Aucune réserve n'est cependant nécessaire.

3.3.2 Réserves d'autres États

Au moment de la signature de la Convention, la République tchèque s'est réservée le droit d'appliquer l'art. 5 de la Convention (Utilisation d'organes prélevés de manière illicite à des fins d'implantation ou à d'autres fins que l'implantation), dans le cas d'organes prélevés sur une personne décédée, uniquement aux infractions commises dans un but d'enrichissement personnel ou d'enrichissement de tiers. Au moment de la ratification, elle a indiqué qu'elle se réservait le droit de ne pas appliquer l'art. 4, par. 1, let. a, de la Convention au prélèvement d'organes humains sur des donneurs vivants, dans des cas exceptionnels, lorsque le consentement du donneur n'est pas nécessaire. Enfin, elle a formulé une réserve quant à l'article 10, par.1, let. e, de la Convention de sorte qu'elle poursuit un acte commis à l'étranger par une personne ayant la résidence permanente sur son territoire uniquement lorsque celle-ci est sans nationalité.

Lors de la signature, le Royaume-Uni a émis une réserve relative à la compétence (art. 10, par. 1, let. d et e, de la Convention). Il ne poursuivra pas ses ressortissants ou les personnes ayant leur résidence habituelle sur son territoire lorsqu'ils ont commis une infraction à l'étranger⁶². Conformément au projet de loi du 21 juin 2016, l'Italie prévoit de formuler une réserve concernant l'art. 10, par. 1, let. e, de la Convention. Les personnes qui ont leur résidence habituelle sur son territoire ne seront pas poursuivies.

4 Conséquences

4.1 Conséquences pour la Confédération

Conformément à l'art. 71 de la loi sur la transplantation, la poursuite et le jugement des infractions incombent aux cantons. Par conséquent, les délits liés au trafic d'organes relèvent également de leur compétence à l'exception des crimes en lien avec la criminalité organisée pour lesquelles la Confédération est compétente. La mise en œuvre de la Convention n'aura aucune influence sur la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons prévue dans la loi sur la transplantation.

La Convention va de pair avec un renforcement de l'échange d'informations à l'échelon international. En sa qualité de point de contact national, l'OFSP aura de nouvelles activités de coordination. Celles-ci seront effectuées avec les ressources existantes.

Le Conseil de l'Europe assume les coûts du mécanisme de suivi visé aux art. 23 à 25 de la Convention. L'OFSP exécutera les tâches qui en découlent dans le cadre de ses affaires courantes. Elles ne nécessitent aucune ressource supplémentaire.

Aucune contribution obligatoire des Parties à la Convention n'est prévue.

4.2 Conséquences pour les cantons et les communes

La mise en œuvre de la Convention n'occasionnera pas de coûts supplémentaires élevés pour les cantons et les communes. En effet, la poursuite et le jugement d'infractions pénales liées au trafic d'organes relèvent de la compétence des cantons. Il convient de partir du principe que les dispositions pénales complémentaires et l'extension de la compétence des tribunaux n'augmenteront pas considérablement

⁶² Réserves et Déclarations pour le traité n°216 : https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/216/declarations?p_auth=2osINsLC

le nombre de procédures pénales supplémentaires. La charge supplémentaire que les autorités cantonales de poursuites pénales devront assumer devrait donc être limitée. En outre, la Convention optimisera les possibilités d'échanger des informations au niveau international.

4.3 Conséquences économiques

La mise en œuvre de la Convention n'a aucune conséquence économique. L'impact de la réglementation ne sera donc pas analysé.

4.4 Conséquences sanitaires et sociales

L'art. 21 de la Convention prévoit que le public soit informé de l'illégalité et des dangers du trafic d'organes humains. Lors de la mise en œuvre de la Convention, il est prévu d'informer plus spécifiquement le public sur le trafic d'organes dans le cadre des informations que les autorités fournissent habituellement sur la médecine de transplantation.

5 Relation avec le programme de la législature

Le projet n'est annoncé ni dans le Message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019⁶³ ni dans l'Arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019⁶⁴. Toutefois, il est recommandé d'approuver la Convention relative à la lutte contre le trafic d'organes étant donné que la Suisse poursuit déjà ce type de délits et qu'il faut étendre les compétences des tribunaux suisses aux délits commis à l'étranger par des ressortissants suisses.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

Le projet se fonde sur l'art. 54, al. 1, Cst. selon lequel les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération. L'art. 184, al. 2, Cst. habilite le Conseil fédéral à signer des traités et à les ratifier. Aux termes de l'art. 166, al. 2, Cst, l'Assemblée fédérale approuve les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international (art. 24, al. 2, LParl⁶⁵ ; art. 7a, al. 1, LOGA⁶⁶). Il n'existe actuellement aucune base de cette nature. Par conséquent, l'Assemblée fédérale est compétente en matière d'approbation de la Convention.

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales

Toutes les modifications et tous les ajouts prévus sont compatibles avec les obligations internationales de la Suisse et ne portent pas préjudice aux accords bilatéraux conclus entre la Suisse et l'Union européenne. Les liens avec les autres instruments internationaux ratifiés par la Suisse sont exposés plus haut (voir le ch.1.5).

6.3 Forme de l'acte à adopter

Aux termes de l'art. 141, al. 1, let. d, Cst., les traités internationaux qui sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables (ch. 1), qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale (ch. 2) ou qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (ch. 3) sont soumis au référendum facultatif. En vertu de l'art. 22, al. 4, de la

⁶³ FF 2016 981

⁶⁴ FF 2016 1113

⁶⁵ RS 171.10

⁶⁶ RS 172.101

loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement⁶⁷ sont réputées fixant des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences : les dispositions devant être édictées sous la forme d'une loi fédérale au sens de l'art. 164, al. 1, Cst. sont considérées comme importantes.

La présente Convention est conclue pour une durée indéterminée. Elle peut être dénoncée en tout temps (art. 32) et ne prévoit pas l'adhésion à une organisation internationale. Toutefois, l'adhésion à la Convention requiert d'adapter la loi sur la transplantation. C'est pourquoi l'arrêté fédéral portant approbation du traité international est soumis au référendum facultatif, conformément à l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.

En vertu de l'art. 141a Cst., les modifications de la Constitution ou de loi servant à la mise en œuvre d'un traité international et soumises au référendum facultatif peuvent être intégrées dans l'arrêté portant approbation d'un traité international. Les dispositions légales proposées dans le projet servent à la mise en œuvre de la Convention et découlent directement des obligations qu'elle contient. Le projet relatif aux dispositions d'exécution peut donc être intégré dans l'arrêté portant approbation.

6.4 Frein aux dépenses

L'art. 159, al. 3, let. b, Cst. prévoit, aux fins de limiter les dépenses, que les dispositions relatives aux subventions, ainsi que les crédits d'engagement et les plafonds de dépenses, s'ils entraînent de nouvelles dépenses uniques de plus de 20 millions de francs ou de nouvelles dépenses périodiques de plus de 2 millions de francs soient adoptées par la majorité des membres de chaque conseil. Aucune disposition relative aux subventions ni décision de financement n'est demandée dans le cadre de la Convention. Aussi le projet n'est-il pas soumis au frein aux dépenses.

⁶⁷ RS 171.10