

26-341

IN THE

United States Court of Appeals
FOR THE SECOND CIRCUIT

ENTESAR OSMAN KASHEF, ABULGASIM SULEMAN ABDALLA, AND TURJUMAN
ADAM,

Plaintiffs-Appellees,

— v. —

BNP PARIBAS S.A., A FRENCH CORPORATION, AND BNP PARIBAS US
WHOLESALE HOLDINGS, CORP.,

Defendants-Appellants.

ON APPEAL FROM THE UNITED STATES DISTRICT COURT
FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK

**BRIEF FOR *AMICI CURIAE* CIVITAS MAXIMA, ACAT-
SWITZERLAND, ECCHR, INTERJUST, INTERNATIONAL
COMMISSION OF JURISTS, KEESA, AND PETER & MOREAU
IN SUPPORT OF PLAINTIFFS-APPELLEES**

CORPORATE DISCLOSURE STATEMENT

Pursuant to Federal Rule of Appellate Procedure 26.1 and 29(a)(4)(A), *amici curiae* Civitas Maxima, ACAT-Switzerland, ECCHR, InterJust, International Commission of Jurists, KEESA, and Peter & Moreau each individually state that they are a not-for-profit corporation, are not owned by a parent corporation, nor does any publicly held corporation own 10% or more of its stock.

Pursuant to Federal Rule of Appellate Procedure 26.1 and 29(a)(4)(A), *amicus curiae* Peter & Moreau states that it is a privately held stock corporation (*société anonyme*) organized under the laws of Switzerland. It has no parent corporation, and no publicly held corporation owns 10% or more of its stock.

TABLE OF CONTENTS

TABLE OF AUTHORITIES.....	iv
INTEREST OF <i>AMICI CURIAE</i>	1
INTRODUCTION	5
ARGUMENT	6
I. UNDER SWISS LAW, PARTICIPATION IN INTERNATIONAL CRIMES – INCLUDING THEIR FINANCING – IS BOTH UNLAWFUL AND CRIMINAL	6
II. SWITZERLAND IS FIRMLY WITHIN THE CONSENSUS OF EUROPEAN CORPORATE ACCOUNTABILITY	16
III. SWITZERLAND’S FALSE CHOICE: ITS OBLIGATIONS IN HISTORICAL AND POLITICAL CONTEXT	24
CONCLUSION	32

TABLE OF AUTHORITIES

	Page(s)
Cases	
<i>Kiobel v Royal Dutch Petroleum</i> , 569 US 108 (2013).....	3
<i>Kiyemba v. Obama</i> , 559 US 131 (2010).....	3
Statutes	
Swiss Criminal Code, Art. 25	8, 14
Swiss Criminal Code, Art. 102	15
Swiss Criminal Code, Art. 111	7
Swiss Criminal Code, Art. 112	8
Swiss Criminal Code, Art. 122	8
Swiss Criminal Code, Art. 137	8
Swiss Criminal Code, Art. 190	8
Swiss Criminal Code, Art. 264	7, 12, 15, 16
Treatises	
Vienna Convention on the Law of Treaties art. 27, <i>May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331</i>	9
Constitutional Provisions	
Federal Constitution of the Swiss Confederation <i>Apr. 18, 1999, SR 101, arts. 5(4), 54(2)</i>	9

Pursuant to Federal Rule of Appellate Procedure 29(a)(2) and the consent of all parties, *amici curiae* Civitas Maxima, ACAT-Switzerland, ECCHR, InterJust, International Commission of Jurists, KEESA, and Peter & Moreau file this brief (including an appendix of Swiss-law materials) advocating that this Court consider the unlawfulness of BNP Paribas' alleged actions under the full corpus of Swiss law and affirm the District Court.

INTEREST OF *AMICI CURIAE*¹

Civitas Maxima (CM) is a Swiss not-for-profit organization registered and based in Geneva, Switzerland. Civitas Maxima is dedicated to pursuing justice for forgotten victims of international crimes, particularly genocide, war crimes, crimes against humanity, and torture by engaging in strategic litigation primarily using universal jurisdiction. Notably, CM initiated the criminal complaint in the *Alieu Kosiah* case and its director, Alain Werner, represented several victim-plaintiffs before the Swiss Federal Criminal Court. The 2021 trial was the first war crimes trial conducted before a civilian court in Switzerland and Kosiah became the first person convicted of war crimes in Switzerland before the Swiss Federal Criminal Court. Upon appeal, he became the first person convicted in Switzerland of crimes against humanity.

¹ No party's counsel authored this brief in whole or in part. No party or party's counsel – or any other person or entity besides the *amicus curiae*, its staff, or its counsel – contributed money intended to fund preparation or submission of this brief.

Action by Christians for the Abolition of Torture (ACAT-Switzerland) is a Swiss human rights organization affiliated with the International Federation of ACAT (FIACAT). It is dedicated to preventing torture, enforced disappearances, and the death penalty through advocacy and legal engagement and works closely with the Swiss Federal Parliament on the domestic implementation of Switzerland's international human rights and international criminal-law obligations.

The European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR) is a German independent, non-profit legal and educational organization. ECCHR uses legal interventions to end impunity for those responsible for human rights violations - whether states or corporations - including torture, war crimes, sexual and gender-based violence and corporate exploitation, and is involved in several cases filed against European corporations for international crimes.

InterJust is a French non-governmental organization dedicated to pursuing accountability for international crimes committed around the world, including by corporate enablers spanning different industries. It aims to reinforce the international justice system by shifting its center of gravity to national jurisdictions using the principle of universal jurisdiction.

The International Commission of Jurists (ICJ) is an international non-governmental, not-for-profit organization under Swiss law and based in Switzerland. The ICJ works to develop and safeguard international human rights law and standards and the rule of law, including access to justice and

accountability for violations of international human rights and humanitarian law. Its 60 Commissioners are distinguished judges and lawyers from all regions and legal systems of the world. The ICJ has appeared as amicus in a number of United States federal court cases, including, among others, *Kiobel v Royal Dutch Petroleum*, 569 US 108 (2013) and *Kiyemba v. Obama*, 559 US 131 (2010).

The Kampagne für Entschuldung und Entschädigung im Südlichen Afrika (International Apartheid Debt and Reparations Campaign; KEESA) is a Swiss civil society coalition founded to demand accountability and reparations from Swiss companies and banks for their involvement in apartheid in Southern Africa. KEESA supported the Khulumani claims in the 2002 U.S. class action lawsuit against banks and industrial companies – including UBS and Credit Suisse – accused of providing material support for human rights violations under apartheid. Beyond apartheid era accountability, KEESA also addresses ongoing post apartheid injustices in Southern Africa, scrutinizing Switzerland’s official role in the region and the conduct of Swiss based corporations.

Peter & Moreau is a Geneva, Switzerland-based law firm, with a secondary office in Paris, France. The firm practices international criminal law, international human rights law, criminal law, labor law, and migration and asylum law. It represents individuals, non-governmental organizations, and trade unions before Swiss courts, in foreign jurisdictions, and before international mechanisms, including the European Court of Human Rights and United Nations treaty bodies.

The firm also acts as consultant to international organizations and provides training on international law and fundamental rights mechanisms.

Amici are all dedicated in different ways to the advancement of international law and therefore have a strong interest in providing the court with a clear and accurate understanding of the broader Swiss legal framework governing accountability for conduct that may facilitate or contribute to the commission of serious crimes under international law.

INTRODUCTION

Switzerland’s comprehensive legal corpus is unambiguous in establishing the unlawfulness of BNP Paribas’ alleged actions in this case and in providing a corporate liability framework to hold it accountable. Indeed, BNP Paribas’ actions may constitute the basis for violations of laws including complicity in the most serious crimes under international law, which is duly punishable in Switzerland. The Government of Switzerland’s assertion that the financial transactions at issue “were lawful under Swiss banking law, and . . . Swiss sanctions law[,]” is therefore too narrow an interpretation of Swiss law and misleading. Dkt. 64.1, at 23.² On the contrary, the corpus of Swiss law is clear that the commission of, or complicity in, international crimes is not only a criminal act, but also an unlawful one: such acts infringe upon what Swiss (private) law calls “absolute rights” (i.e. life, physical integrity, property).³

This *amicus* brief offers the Court a detailed look at the corpus of Swiss law and shows that its criminalization of and accountability for serious crimes under international law, including for corporate actors, is robust enough to adjudicate the unlawfulness of BNP Paribas’ alleged conduct. In this regard, Switzerland is fully aligned with the larger European consensus of corporate accountability, which encompasses an on-going criminal investigation in France

² Citations to “ECF” refer to filings in the district court; references to “Dkt.” refer to docket entries in the appeal proceedings.

³ *See also* ECF 174, at 7, 10–13.

against BNP Paribas, on nearly-identical facts. Swiss history may be fraught when it comes to shielding the financial sector at the expense of its legal corpus, but the position taken here by the Government of Switzerland misrepresents the applicability of the corpus to financial entities and is inconsistent with Switzerland's more recent efforts to increase transparency in and accountability of the financial sector.

ARGUMENT

I. UNDER SWISS LAW, PARTICIPATION IN INTERNATIONAL CRIMES – INCLUDING THEIR FINANCING – IS BOTH UNLAWFUL AND CRIMINAL

The acts underlying plaintiffs' claims – mass killings, torture, rape, and pillage committed against the Sudanese people and the provision of financial means to sustain them – would, if established, be unlawful within the meaning of Swiss law. Such conduct could amount to participation in the most serious crimes under international law – genocide, crimes against humanity, war crimes. Swiss law criminalizes both their direct commission and any participation in them, including their financing by natural persons and corporations. The applicable legal framework has already been applied by Swiss courts and prosecutors to international crimes committed abroad. This all rests on obligations Switzerland has undertaken in the exercise of its own sovereignty, anchored in its Federal Constitution.

A. The underlying acts are unlawful within the meaning of Swiss law

Regardless of which Swiss Code of Obligations (CO) provision is invoked, liability in Swiss tort law requires that the conduct be unlawful.⁴ Swiss law defines unlawfulness objectively: an act is unlawful where it injures what Swiss (private) law calls an “absolute right” of the victim, such as life, physical integrity, or property. In Swiss private law, an “absolute right” is one that its holder may assert against anyone, as opposed to a “relative right,” which exists only towards a particular person – a contracting party, for example. Injury to an “absolute right” is unlawful in itself, without any need to identify a further protective norm.⁵

The alleged acts at the origin of these proceedings injure these “absolute rights” directly. Killing destroys life; torture and ill-treatment violate physical and psychological integrity; pillage dispossesses the victim of property. Swiss law represses these acts and protects these interests on two levels. First, they may amount to genocide, crimes against humanity, or war crimes (Articles 264 to 264j of the Criminal Code (CC)). Second, they may also constitute offences under ordinary criminal law: murder and intentional homicide (Articles 111 and 112

⁴ It is undisputed that unlawfulness (*illicéité*) is a necessary condition of tort liability. *See* Dkt. 70.1.

⁵ This is a settled term of Swiss private law, though not defined in the CO. *See* ECF 174, Appx. 11, at 6. The term concerns against whom a right may be asserted, not the distinction between derogable and non-derogable rights under international human rights law.

CC), serious bodily harm (Article 122 CC), rape (Article 190 CC), and, for pillage, offences against property (Articles 137 *et seq.* CC).

Unlawfulness is not confined to those who carry out such acts directly. Under Article 25 CC, a person who intentionally assists another in committing a felony is punishable as an accomplice. The assistance may take an outwardly ordinary form – Swiss commentators cite, for example, the execution of a bank transfer – since no act is neutral in itself: what matters is the purpose pursued by the person providing the assistance.⁶ Swiss law treats as unlawful both the direct commission of a crime and any assistance provided and does not require the accomplice’s own contribution to be independently criminal.⁷ This unlawfulness is derived solely from Swiss legal sources, which form an integrated corpus that defines the applicable criminal offences, the forms of participation that engage criminal responsibility, and the liability of corporations.

B. An integrated corpus: Switzerland’s obligations and its capacity to prosecute international crimes

Switzerland’s obligations with respect to international crimes rest on a corpus – that is, a coherent and integrated body of rules that complement and inform one another – which includes, among others, international humanitarian law (IHL) and international criminal law, as well as the constitutional and statutory provisions of Swiss law that incorporate them. No component of this

⁶ Appx. 1 ¶¶ 24–27.

⁷ See *infra* Section I.C.

corpus should be read in isolation and the provisions of the CO are no exception. It follows that conduct which satisfies banking law and sanctions regulation – as the Government of Switzerland contends here, Dkt. 64.1, at 23 – may nonetheless engage Swiss criminal law.

International law is part of Swiss law, as expressly stated in the Federal Constitution. Article 5(4) provides that “the Confederation and the Cantons shall respect international law,” and Article 54(2) requires the Confederation to “promote respect for human rights.”⁸ A treaty ratified by Switzerland is integrated into the Swiss legal order upon ratification, without any need for implementing legislation. This aligns with the international treaty law principle that a State “may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty” obligation.⁹

This integration is the expression of Switzerland’s sovereignty. Sovereignty operates on two complementary levels: an external one, which is the State’s capacity to bind itself by its own will to other States and to international law, and an internal one, which is the State’s monopoly over the creation of

⁸ Federal Constitution of the Swiss Confederation Apr. 18, 1999, SR 101, arts. 5(4) and 54(2); *see also* Federal Act on Measures to Promote Civil Peacebuilding and Strengthen Human Rights Dec. 19, 2003, SR 193.9, art. 2.

⁹ Vienna Convention on Law of Treaties art. 27, May 23, 1969 (ratified by Switzerland on May 7, 1990).

legislation within its territory.¹⁰ It is in the exercise of its external sovereignty that Switzerland has ratified the 1949 Geneva Conventions (GCs) and 1977 Additional Protocols (APs), the Rome Statute, and the other treaty instruments invoked in this amicus. Once ratified or acceded to, these conventions form part of the national legal order. Switzerland's obligations under these instruments are therefore not a constraint imposed upon its sovereignty – they are *an expression of its own sovereign choices*.

One branch of the corpus is IHL, which prohibits the conduct underlying the crimes at issue here. Switzerland has been a State Party to the GCs since March 31, 1950 and to their APs since February 17, 1982. Under common Article 1 of the GCs, Switzerland assumed a twofold obligation: to respect, and to ensure respect for, IHL in all circumstances.¹¹ This provision expresses the *erga omnes* character of the underlying obligations: every State has a legal interest in their observance.¹²

The obligation to ensure respect for IHL comprises an internal component – directed at the State's own armed forces and population – and an external one, which is the one relevant here: every State, and in particular a third or neutral

¹⁰ Sévane Garibian, 'The Beginning of Something Great'? *International Criminal Law in the Interwar Period*, in 10 THE CAMBRIDGE HISTORY OF INTERNATIONAL LAW 390, 390–434 (Lesaffer et al. eds., 2025).

¹¹ Geneva Conventions (I-IV) art. 1, August 12, 1949; *see also* Additional Protocol I to the Geneva Conventions, art. 1(1), June 8, 1977.

¹² Appx. 2, at 426.

State such as Switzerland, bears obligations triggered by violations committed by parties to armed conflicts elsewhere.¹³ The external component has two further dimensions. The first is negative: a State must not encourage or assist a party to a conflict in committing violations.¹⁴ The conduct alleged here – providing a belligerent with the financial means to sustain a campaign of atrocities – falls within this prohibition. The second is a positive dimension: a State must exercise its influence and do “everything reasonably in [its] power”¹⁵ to bring violations to an end. This is an obligation of means, not of result – what a State must do varies with the influence it can exert and is not contingent on a particular outcome.¹⁶

International criminal law belongs to the same corpus of Swiss law governing these crimes. Switzerland ratified the Rome Statute (RS) on October 12, 2001, which entered into force on July 1, 2002. Because the International Criminal Court established by this treaty intervenes only where the State having jurisdiction is unable or unwilling to genuinely prosecute (Article 17 RS), ratification required a comprehensive reform of the Swiss Criminal Code (CC).

¹³ Int’l Comm. of the Red Cross, *Commentary on the First Geneva Convention* ¶¶ 153–58 (2016), <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gci-1949/article-1/commentary/2016?activeTab=>.

¹⁴ *See Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicar. v. U.S.)*, Judgment, 1986 I.C.J. 14, ¶ 220 (June 27).

¹⁵ Int’l Comm. of the Red Cross, *supra* note 13, ¶165.

¹⁶ Appx. 2, at 427-428 (referencing Commentary on the First Geneva Convention 164–65).

That reform entered into force on January 1, 2011 and gave Switzerland a complete substantive framework: genocide (Article 264), crimes against humanity (Article 264a, closely tracking Article 7 RS), and war crimes (Articles 264b to 264j, applying largely uniformly to international and non-international armed conflicts).¹⁷

But these crimes were prohibited under Swiss law well before the 2011 reform; what changed was the provision under which they were prosecuted. War crimes were punishable under Articles 108 to 114 of the former Military Criminal Code,¹⁸ on which basis *Niyonteze* (acts committed in Rwanda in 1994; convicted 1999, final judgment 2001)¹⁹ and *Kosiah* (acts committed in Liberia in 1993-1995; convicted 2021, appeal judgment 2023)²⁰ were prosecuted. Crimes against humanity, although not codified as such before 2011, were defined and punishable under customary international law from at least the post-Nuremberg period, and the underlying acts were in any event punishable under the ordinary provisions of the CC – the reasoning followed by the Appeals Chamber of the Federal Criminal Court in *Kosiah*.²¹ Genocide had been codified since 2000,

¹⁷ Federal Act of June 18, 2010 (January 1, 2011) (RO 2010 4963; FF 2008 3461); see Appx. 3, ¶¶ 1–20.

¹⁸ Appx. 6, arts. 108–14.

¹⁹ See *Switzerland, The Niyonteze Case*, Int’l Comm. of the Red Cross Casebook, <https://casebook.icrc.org/case-study/switzerland-niyonteze-case>.

²⁰ Appx. 7.

²¹ *Id.* § 1.1.5.3.

when Switzerland ratified the 1948 Genocide Convention; the 2011 reform broadened the definition to include social and political groups.²²

Swiss courts have applied these provisions in prosecutions on other occasions as well. In 2024, the Federal Criminal Court convicted Ousman Sonko, a former Gambian Minister of the Interior, of crimes against humanity committed in The Gambia between 2000 and 2016 – the highest-ranking former State official tried in Europe under universal jurisdiction.²³ In the *Khaled Nezzar* case, the same court had held in 2012 that no functional immunity shields a former senior State official – there, the former Algerian Minister of Defense – from prosecution for international crimes.²⁴ In 2024, the Geneva Appeal courts convicted Erwin Sperisen, a Swiss-Guatemalan dual national and former head of the Guatemalan police, of complicity in the murders of prisoners in Guatemala.²⁵

²² See Appx. 3, ¶ 10.

²³ See *Swiss Federal Criminal Court, Prosecutor v. Ousman Sonko, Trial Judgement*, 15.05.2024, SK.2023.23, U.N. Off. on Drugs & Crime – Case Law Database, https://sherloc.unodc.org/cld/en/case-law-doc/sghc-crsvcrimetype/che/2024/swiss_federal_criminal_court_prosecutor_v._ousman_sonko_trial_judgment_15.05.2024_sk.2023.23.html.

²⁴ See *Switzerland, The Immunity of General Nezzar*, Int’l Comm. of the Red Cross Casebook, <https://casebook.icrc.org/case-study/switzerland-immunity-general-nezzar>. The proceedings were closed following Nezzar’s death in December 2023.

²⁵ *Ex-Guatemala Police Chief Convicted by Swiss Court of Prisoner Murders*, SWI Swissinfo.ch (Sept. 12, 2024), <https://www.swissinfo.ch/eng/various/ex-guatemala-police-chief-convicted-by-swiss-court-of-prisoner-murder/87539014>. Appeal to the Federal Tribunal is pending.

C. Complicity, corporate liability, and the financial facilitation of international crimes

Swiss law likewise criminalizes complicity in international crimes, which is governed by Article 25 CC.²⁶ The substantive content of complicity in the context of international crimes was set out by the Office of the Attorney General of Switzerland in its decision on the criminal investigation of March 10, 2015 in *Argor-Heraeus* for abetting war crimes (pillage) and money laundering. The matter concerned a Swiss gold refinery suspected of processing gold pillaged from the Democratic Republic of the Congo during its armed conflict, allegedly sourced through an armed group. On the objective element of complicity, the Federal Prosecutor wrote:

The provision of assistance by an abettor does not have to be *conditio sine qua non* for the success of the deed; simply facilitating the act is sufficient. The support must have contributed specifically to the criminal offence, increased the practical chance of success and shown itself to have been a causal element to this effect.²⁷

Moreover, according to Article 25 CC, complicity is complementary to the principal offense: the accomplice is punishable where the principal act is unlawful and intentional and has at least begun to be carried out, without any requirement

²⁶ Art. 25 CC (“Complicity”) is applicable to Articles 264 to 264n CC, the latter being felonies under Art. 10(2) CC.

²⁷ Appx. 4, § 5.2. The investigation was later discontinued for lack of proof of the subjective element of complicity.

that the principal perpetrator be identified, prosecuted, or convicted (*accessoriété réelle*).²⁸

Swiss criminal liability is not confined to natural persons. Article 102 CC – entitled in the informative English translation, “Punishability of the undertaking” – establishes the criminal liability of legal entities (the “undertaking” covering companies and other corporate bodies, as distinct from natural persons). It sets out two regimes, the relevant one of which is found in Article 102(1).²⁹ Article 102(1) imposes liability on the undertaking where a felony or misdemeanor is committed within the entity in the exercise of its commercial activities consistent with its purpose, and cannot be attributed to any specific natural person, because of a deficiency in the undertaking's organization. Any offence at the level of a felony or misdemeanor can engage the subsidiary corporate liability of Article 102(1). International crimes under Articles 264 to 264n CC are felonies within the meaning of Article 10(2) CC.³⁰

Beyond complicity, Swiss law contains a further provision that may, in principle and subject to its conditions of application, apply to financial facilitation of serious crimes under international law: the offence of money laundering under Article 305bis CC. The predicate offence may be any felony within the meaning

²⁸ Appx. 1, ¶ 9.

²⁹ The second, found in Article 102(2), provides for primary liability of the undertaking for an exhaustive catalogue of offences.

³⁰ Swiss Criminal Code, art. 102 (“Punishability of the undertaking”). *See generally* Appx. 5, ¶¶ 3, 61–63 (discussing the scope of Article 102(1)).

of Article 10(2) – which encompasses the international crimes under Articles 264 to 264n CC – and may have been committed abroad, subject to the requirement that it be punishable at the place of commission (Article 305bis, para. 3). Where the underlying crime is of the utmost seriousness – war crimes, crimes against humanity, or genocide for example – the laundering is treated as an aggravated offence under Article 305bis, para. 2. Article 305bis thus offers, alongside complicity, a further legal pathway under Swiss law to capture the financial facilitation of international crimes.

The Swiss legal framework set out above forms a coherent and all-encompassing whole. IHL and international criminal law converge, as part of the Swiss legal order, in obliging Switzerland to prevent and to repress serious crimes under international law and to refrain from facilitating them. Whether as the direct perpetrator of the crime or as an accomplice, Swiss law treats participation by a natural person or a corporation in an unlawful act as itself unlawful and it is against this entire legal framework that the questions before this Court should be assessed.

II. SWITZERLAND IS FIRMLY WITHIN THE CONSENSUS OF EUROPEAN CORPORATE ACCOUNTABILITY

Switzerland’s comprehensive framework for corporate accountability is not an outlier, but forms part of a broader European consensus driven largely by developments in European Union (EU) law. The EU institutions have promulgated a layered framework of hard and soft law instruments addressing

corporate misconduct within and beyond Europe, while Member States have largely codified the international crimes defined by the Rome Statute (core crimes) – genocide, war crimes, and crimes against humanity – and built corporate liability regimes capable of reaching legal persons.

The regulatory framework of business and human rights in Europe is informed by the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights.³¹ The EU’s specific commitment to addressing corporate human rights abuses is anchored in the *EU Action Plan on Human Rights and Democracy 2020-2024*, extended through 2027, which seeks to fight impunity for business-related human rights violations.³² Several important pieces of EU legislation now have force of law, mandating that companies respect human rights in all their activities. Of these, the cornerstone is the 2024 Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD),³³ which requires covered companies to identify and address

³¹ See U.N. Hum. Rts., Off. of the High Comm’r, *Guiding Principles on Business Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect, and Remedy” Framework (2011)*, https://www.eeas.europa.eu/eeas/business-and-human-rights_en (link to report included under section titled “A Comprehensive Approach”).

³² *EU Action Plan on Human Rights and Democracy 2020–2024*, https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_action_plan_on_human_rights_and_democracy_2020-2024.pdf; *The EU Extends Its Action Plan on Human Rights and Democracy Until 2027*, Eur. Union External Action Serv. (June 7, 2024), https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-extends-its-action-plan-human-rights-and-democracy-until-2027_en.

³³ 2024 O.J. (L 1760), <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2024/1760/oj> (Directive (EU) 2024/1760 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on Corporate Sustainability Due Diligence and Amending Directive (EU) 2019/1937 and Regulation (EU) 2023/2859).

adverse human rights and environmental impacts throughout their activities and provides for civil liability for certain failures to comply.³⁴ The CSDDD, and the other relevant legislative instruments, are essentially regulatory as they do not impose criminal penalties, which is a competence mainly reserved to Member States. Nevertheless, the EU has consistently recognized the importance of criminal sanctions and has adopted a standard approach to corporate liability through its criminal justice directives.³⁵

The consensus visible at the supranational level is reinforced at the national level. Across the twenty-seven EU Member States, the legal framework for addressing and sanctioning human rights violations committed by corporations and others is well established, particularly where those violations rise to the level of core crimes.

Twenty-six of the twenty-seven Member States have implemented the Rome Statute and criminalize core international crimes within their domestic criminal systems.³⁶ Equally significantly, all twenty-seven Member States provide for criminal or quasi-criminal liability of legal persons for serious

³⁴ See *Corporate Sustainability Due Diligence*, Eur. Comm'n, https://commission.europa.eu/topics/business-and-industry/doing-business-eu/sustainability-due-diligence-responsible-business/corporate-sustainability-due-diligence_en.

³⁵ Federica Zazzaro, *Corporate Criminal Liability in EU Directives: An Overview of the EU Discipline*, 16 New J. Eur. Crim. L. 197, 200 (2025).

³⁶ Italy is the exception.

offenses.³⁷ In addition, all Member States recognize aiding and abetting, complicity, and conspiracy as modes of liability for international crimes, rendering corporate participation in such crimes – whether direct or through complicity – justiciable under domestic criminal law.

This continent-wide normative architecture has already been applied with regard to corporate actors, involving both individuals and companies in the EU and Switzerland. In surveying the landscape, *amici* have found that in Europe (including Switzerland) over the last 20 years, at least 21 criminal proceedings/cases were initiated concerning corporations, company executives, businesspersons, or other economic actors suspected of committing, contributing to, or facilitating international crimes. Of these 21 proceedings, 14 remain ongoing in different procedural stages,³⁸ and two have final convictions.³⁹ Nine involve(d) either a company and/or the natural persons connected to it (e.g. its managers), which reflects the growing attention towards the criminalization of legal persons across the EU Member States and in Switzerland and national

³⁷ *Liability of Legal Persons in the European Union*, Molins Criminal Defense (Jan. 10, 2023), <https://www.molins.eu/en/liability-of-legal-persons-in-the-european-union> (summarizing nature of liability in the twenty-seven EU Member States).

³⁸ Eight are under investigation, three have reached indictment, one is on trial, one is on appeal of a first-instance conviction, and one is on appeal of a dismissal.

³⁹ The two cases with final convictions are: Pierre Basabosé in Belgium and Guus van Kouwenhoven in the Netherlands. *See generally Pierre Basabosé*, TRIAL Int'l, <https://ujim.trialinternational.org/latest-post/pierre-basabose>; *Guus Kouwenhoven*, TRIAL Int'l, <https://ujim.trialinternational.org/latest-post/guus-van-kouwenhoven>.

authorities' increasing use of the corresponding legal framework. More generally, this shows that the repression and prosecution of corporate crimes are a priority on the agenda of many EU Member States. In this context, Switzerland is aligned with this consensus having initiated four of the identified 21 cases.

Taken as a whole, the caselaw shows clear momentum and growing attention in Europe – and Switzerland – to corporate involvement in serious crimes under international law. The following three cases are particularly significant and illustrate both the complexities as well as the great potential of this phenomenon. The first example is the *Lafarge* case in France. The case concerns the cement and construction company Lafarge SA and its activities in northeastern Syria during the armed conflict between 2011 and 2014. The case was triggered in 2016 by a complaint filed by 11 former Syrian employees of the Lafarge Syrian cement plant together with the NGOs ECCHR (an *amicus* here) and Sherpa. The allegations focused on arrangements made between 2012 and 2014 with the Islamic State (IS) and other armed groups so that the company's cement plant could continue operating.⁴⁰

In 2018, the company was indicted on charges of, among others, complicity in crimes against humanity and financing of a terrorist enterprise. Lafarge SA, four former executives, and several others went on trial in 2024 for financing

⁴⁰ *Lafarge in Syria: Accusations of Complicity in Grave Human Rights Violations*, Eur. Ctr. for Const. & Hum. Rts., <https://www.ecchr.eu/en/case/lafarge-in-syria-accusations-of-complicity-in-grave-human-rights-violations>.

terrorism and breaching international sanctions. On 13 April 2026, the Paris Criminal Court convicted the company and all executives of financing terrorist groups, including IS.⁴¹ The defense subsequently lodged an appeal.⁴²

The separate investigation into complicity in crimes against humanity remains pending,⁴³ but the French Court of Cassation issued a landmark ruling in September 2021, confirmed in January 2024, where it determined that a legal person may be held liable as an accomplice to crimes against humanity even without intending to further the crimes or sharing the ideology or objectives behind them.⁴⁴

The second example is the *Lundin Energy* case currently on trial in Sweden. The Swedish Prosecutor's Office began investigating the oil company in 2010 over alleged complicity in violations of IHL linked to its former

⁴¹ *Lafarge Appeals Conviction for Financing Terrorism*, SWI Swissinfo.ch (Apr. 28, 2026), <https://www.swissinfo.ch/eng/global-trade/lafarge-appeals-its-conviction-for-financing-terrorism/91328900>.

⁴² *Id.*

⁴³ *Lafarge Convicted of Financing Terrorism in Syria: A Historic Ruling in the Fight for Corporate Accountability*, Eur. Ctr. for Const. & Hum. Rts. (Apr. 13, 2026), <https://www.ecchr.eu/en/press-release/lafarge-convicted-of-financing-terrorism-in-syria-a-historic-ruling-in-the-fight-for-corporate-accountability>.

⁴⁴ *Cass. Crim., 7 Septembre 2021, 19-87.031, 19-87.040, 19-87.367, 19-87.376 and 19-87.662*, U.N. Off. on Drugs & Crime – Case L. Database, https://www.unodc.org/cld/case-law-doc/terrorismcrimetype/fra/2021/cass._crim._7_septembre_2021_19-87.031_19-87.040_19-87.367_19-87.376_and_19-87.662.html.

operations in Sudan (now South Sudan) between 1997 and 2003.⁴⁵ The company had requested the Government of Sudan to “secure a potential oilfield,” which it knew or should have known would be accomplished through the use of force against the civilian inhabitants.⁴⁶

In 2021, charges were brought against Chairman Ian H. Lundin and former CEO Alex Schneider, a Swiss citizen, for aiding and abetting war crimes, while the company also faced claims for a corporate fine and confiscation of alleged profits.⁴⁷ The trial opened in 2023 and final arguments concluded in May 2026, with a judgment expected by the end of the year.⁴⁸ This historical trial is one of the longest corporate accountability trials ever held in Europe.⁴⁹

The third example – and directly on point – is the ongoing criminal investigation against BNP Paribas in France arising from essentially identical facts to this case. In 2019, nine Sudanese victims filed a criminal complaint alleging that BNP Paribas and its Swiss subsidiary knowingly provided banking

⁴⁵ *Legal Process*, Lundin: Sudan Legal Case, <https://www.lundinsudanlegalcase.com/legal-process>.

⁴⁶ *Sweden Charges Lundin Energy Executives with Complicity in Sudan War Crimes*, Reuters (Nov. 11, 2021), <https://www.reuters.com/world/africa/sweden-charges-lundin-energy-executives-complicity-sudan-war-crimes-2021-11-11>.

⁴⁷ *Lundin Energy Lawsuit (Re Complicity in War Crimes, Sudan)*, Bus. & Hum. Rts. Ctr., <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/lundin-petroleum-lawsuit-re-complicity-war-crimes-sudan>.

⁴⁸ *Id.*; *Legal Process*, *supra* note 45.

⁴⁹ Martin Schibbye, *End of the Lundin trial: Money Matters on the Table*, Justiceinfo.net (Jun. 2, 2026), <https://www.justiceinfo.net/en/159991-end-lundin-trial-money-matters-on-the-table.html>.

services to the Government of Sudan between 2002 and 2008 despite international sanctions, thereby enabling the regime to finance operations during the commission of atrocities in Darfur.⁵⁰ French prosecutors opened a judicial investigation in 2020 into allegations of complicity in genocide, crimes against humanity, torture, and money laundering and made a preliminary finding that BNP Paribas had maintained its banking operations with the Sudanese regime “in full knowledge” of the facts, notwithstanding the mounting evidence of atrocities and the applicable sanctions regime.⁵¹ This conclusion was reached after analysis of “internal documents from BNP Paribas Switzerland” seized during a raid of BNP’s Geneva offices by the Swiss police.⁵²

As of August 2026, the judicial investigation remains ongoing. It is worth making explicit, however, that the French criminal law framework against which the alleged conduct is being assessed – particularly complicity in genocide and crimes against humanity – largely corresponds with the same provisions in Swiss law⁵³ and is thus a clear template for assessing the unlawfulness of the conduct under the Swiss corpus.

⁵⁰ Agence France Presse, *BNP ‘Knew’ It Was Breaking Sudan Sanctions In 2000s: French Probe*, Barron’s (Mar. 11, 2024), https://www.barrons.com/news/bnp-knew-it-was-breaking-sudan-sanctions-in-2000s-french-probe-8decea99?refsec=topics_afp-news.

⁵¹ *Id.*

⁵² *Id.*

⁵³ *Compare* French Criminal Code, art. 211 , https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006165393, *with*

In surveying the European landscape, therefore, it is clear that corporate accountability for serious crimes under international law is firmly embedded in both preventive supranational regulation and punitive domestic legal regimes.

III. SWITZERLAND’S FALSE CHOICE: ITS OBLIGATIONS IN HISTORICAL AND POLITICAL CONTEXT

The *amicus* brief of the Swiss Government devotes one sentence in condemnation of the human rights abuses perpetrated by Sudan, before reciting all it has done over the years to aid the Sudanese people. Dkt. 64.1, at 7. While hardly insignificant, these efforts are irrelevant to whether BNP Paribas acted lawfully. Switzerland has struggled in the past to balance its interests in protecting a strong financial sector with its legal obligations, a false choice. It is therefore important to place the current state of the Swiss legal corpus within its historical and political context, against which the brief filed by the Swiss Government is misleading and inconsistent with Switzerland’s efforts to increase transparency in and accountability of the financial sector.

A. Switzerland’s financial sector

It is hard to overstate the importance of the finance and banking industry to Switzerland’s identity and economy. It prides itself on having “one of the best regulated and monitored financial centres in the world” and its international

Swiss CC, art. 264, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/fr#book_2/tit_12_bis/lvl_u1.

reputation would appear to reflect this.⁵⁴ From an economic perspective, in 2023 and 2024, the financial sector added approximately 74 billion Swiss francs (CHF) to Switzerland's gross domestic product (GDP), which accounted for 9.4% and 9% of the total GDP, respectively.⁵⁵ Of this, the banking industry itself represents 5% of Switzerland's total GDP.⁵⁶

The rise of Switzerland's finance industry dates back to the late 1800s and can be directly attributed to the attractiveness of its banking secrecy rules.⁵⁷ Several decades later, the turmoil of World War I caused large amounts of foreign money to flood into Switzerland as account holders sought, among other things, "the existence of banking secrecy."⁵⁸

In 1934, the Swiss Parliament approved the Banking Law, which made violating banking secrecy a criminal offense by prohibiting disclosure of confidential client information, except when required by law, including in

⁵⁴ *The Financial Centre and the Economy*, Swiss Fed. Dep't of Foreign Affs. (Feb. 1, 2026), <https://www.eda.admin.ch/en/the-financial-centre-and-the-economy>.

⁵⁵ *See id.* (2023 numbers); Kai Truempler et al., *The Swiss Banking Sector: Role and Relevance for Switzerland*, Oliver Wyman 10 (2025), https://www.swissbanking.ch/_Resources/Persistent/1/9/4/f/194fff0b94ce2971a1877459788dd07d8b36ce59/Study%20of%20the%20Swiss%20Banking%20Sector.pdf (2024 numbers).

⁵⁶ Truempler, *supra* note 55, at 4.

⁵⁷ Sébastien Guex, *The Origins of Swiss Banking Secrecy Law and Its Repercussions for Swiss Federal Policy*, 74 Bus. Hist. Rev. 237, 241 (2000).

⁵⁸ *Id.* at 241–42.

criminal investigations.⁵⁹ This law solidified Switzerland as the primary destination for foreign capital but began to contribute to its darker reputation as a haven for ‘dirty money.’ During World War II, Swiss banks continued to conduct business with the Nazi regime, with some CHF 1.6 to 1.7 billion worth of gold sold in Switzerland, including gold acquired and expropriated from Austria, Czechoslovakia, Belgium, The Netherlands, and Luxembourg as well as gold stolen and forcibly taken from victims of the Holocaust.⁶⁰ Swiss banks also maintained open credit lines with German banks as well as German companies,⁶¹ and held accounts for thousands of Nazi governmental entities and officials.⁶²

Apart from WWII, there has been no shortage of “high-risk” individuals who have held bank accounts in Switzerland, as, for example, various Credit Suisse clients who comprised “corrupt government officials, criminals, and alleged human rights abusers” who held some USD 8.7 billion and whose

⁵⁹ Guex, *supra* note 57, at 244; Rolf H. Weber, *Holocaust-Related Claims and Liability of Swiss Banks—Political and Legal Implications*, 36 Int’l. Law. 1213, 1214 (2002). This exception applies to domestic Swiss authorities. Rules for disclosure to foreign authorities are governed by treaties. Weber, *supra*, at 1214–15.

⁶⁰ Indep. Comm’n of Experts Switz. – Second World War, *Switzerland, National Socialism and the Second World War: Final Report* 238, 248 (2002) [hereinafter ICE Final Report], <https://www.uek.ch/en> (choose “Reports 2001/2002” on righthand toolbar; then choose “Final report”).

⁶¹ *Id.* at 265–67.

⁶² See *The Truth Revealed: Hidden Facts Regarding Nazis and Swiss Banks Before the S. Comm. on the Judiciary*, 119th Cong. 17–32 (2026) (testimony of Neil M. Barofsky, Independent Ombudsperson for Credit Suisse AG, Partner, Jenner & Block LLP).

accounts were exposed in a 2022 whistleblower leak.⁶³ Additionally, Switzerland has seized, frozen, or returned assets worth over USD 2 billion illegally obtained and held in Switzerland connected to corrupt foreign dignitaries.⁶⁴

Switzerland recently reformed its bank secrecy laws, eliminating the distinction between tax evasion and tax fraud (only one of which mandated a sharing of information) and renegotiating taxation agreements with other countries in order to avoid a prolonged stay on the grey list of uncooperative tax havens maintained by the Organization for Economic Co-operation and Development.⁶⁵

B. Switzerland's international sector

The importance of Switzerland's role as the global hub of international law to its identity and economy cannot be understated. Switzerland prides itself on its "good offices" and its "high degree of integrity" in fostering peace, having "accompanied over 30 peace processes in more than 20 countries in recent

⁶³ See *Who's in the Suisse Secrets Leak?*, Organized Crime & Corruption Reporting Project: Suisse Secrets (Feb. 20, 2022), <https://www.occrp.org/interactives/suisse-secrets-interactive/en>.

⁶⁴ Swiss Fed. Dep't of Foreign Affs., *No Dirty Money: The Swiss Experience in Returning Illicit Assets* 8–9 (2016), <https://www.eda.admin.ch/en/asset-recovery-in-cases-of-foreign-politically-exposed-persons-peps> (downloadable PDF under "Documents" heading).

⁶⁵ See generally Jessica Dacey, *A Milestone Year Ends for Banking Secrecy*, SWI Swissinfo.ch (Dec. 30, 2009), <https://www.swissinfo.ch/eng/business/a-milestone-year-ends-for-banking-secrecy/7990318>.

years.”⁶⁶ In particular, the city of Geneva is known around the world as the focal point for diplomacy and foreign affairs, being home to the headquarters of the International Committee of Red Cross, the United Nations’ European headquarters, and around three dozen other UN entities.⁶⁷ In parallel, the city hosts 186 State Permanent Missions alongside 497 non-governmental organizations.⁶⁸

From an economic perspective, “International Geneva” adds CHF 4 billion (up to CHF 7 billion) annually to the Swiss economy, representing no less than 1% of Switzerland’s GDP and over 10% of the canton of Geneva’s GDP.⁶⁹ Tens of thousands of people are directly employed within the international sector or in related fields.⁷⁰

⁶⁶ *Switzerland’s Good Offices for the Benefit of Peace*, Swiss Fed. Council, <https://www.admin.ch/en/switzerlands-good-offices>.

⁶⁷ See *Historical Milestones*, International Geneva, <https://www.geneve-int.ch/historical-milestones>; Raphael Melka, *Geneva is Paying the Price of Trump’s Retreat from the UN*, POLITICO (May 15, 2026), <https://www.politico.eu/article/geneva-united-nations-donald-trump>.

⁶⁸ *Facts and Figures*, International Geneva, <https://www.geneve-int.ch/node/4172>.

⁶⁹ *Added Value of International Geneva for Switzerland*, Fed. Dep’t of Foreign Affs. (Feb. 1, 2026), <https://www.eda.admin.ch/en/added-value-of-international-geneva-for-switzerland>; see also Melka, *supra* note 67.

⁷⁰ Melka, *supra* note 67.

C. Upholding Switzerland's obligations and supporting its financial sector are not mutually exclusive

The Government of Switzerland's brief narrows its scope to tort, banking, and sanctions law, which is a premise the Swiss legal corpus does not support: that Switzerland's financial interests and its legal obligations are separate, and therefore conflicting. These two prominent Swiss sectors are mutually beneficial, but Switzerland has historically shown a preference for elevating and protecting its financial sector at the expense of its international obligations and reputation.

Following WWII, the Allied Powers intended to isolate the country as a response to Switzerland's actions (or inactions) in its significant dealings with Germany and Italy. In an effort to dilute the conditions demanded for rehabilitating Switzerland into the international arena, the government "successfully mobilized Switzerland's 'humanitarian capital'" by loosening its harsh refugee policies, facilitating the repatriation of prisoners of war, and creating an institution that provided humanitarian assistance abroad.⁷¹ In the end, the final agreement signed by the parties was much more favorable to Switzerland and did not even require it to "undertake any appreciable weakening of banking secrecy."⁷²

The issue of the Swiss-Nazi collaboration nevertheless persisted, prompting Switzerland to confront its history. In 1996, it established two

⁷¹ Guex, *supra* note 57, at 262–63.

⁷² *Id.* at 263.

commissions to investigate wartime financial dealings with Germany and identify dormant accounts belonging to Nazi victims. Their final reports significantly illuminated Switzerland's large-scale involvement.⁷³ In 2020, Credit Suisse⁷⁴ voluntarily began another investigation into the full scope of its World War II activities, which remains ongoing.⁷⁵

There have also been grassroots efforts to further strengthen Switzerland's corporate responsibility frameworks. The 2020 'responsible business' referendum would have made Swiss parent companies liable for the actions of their foreign subsidiaries.⁷⁶ Contrary, however, to the assertions made in BNP Paribas' appeal brief, *see* Dkt. 53.1, at 36, failure of the referendum to pass is irrelevant as it did not address what is at issue here.⁷⁷ The conduct alleged against BNP Paribas (Suisse) falls within the Swiss corpus already in force, as the French

⁷³ *See* ICE Final Report, *supra* note 60, at 5; Indep. Comm. of Eminent Persons, *Report on Dormant Accounts of Victims of Nazi Persecution in Swiss Banks* 1–2 (1999), https://www.crt-ii.org/ICEP/ICEP_Report_english.pdf.

⁷⁴ In 2023, Credit Suisse was absorbed by UBS.

⁷⁵ *UBS Statement on Voluntary Review of Credit Suisse's World War II Activities*, UBS (Apr. 9, 2026), <https://www.ubs.com/global/en/media/voluntary-review.html>.

⁷⁶ Noele Illien, *Swiss to Vote on Tougher Responsibility Proposal for Companies*, N.Y. Times (Nov. 27, 2020), <https://www.nytimes.com/2020/11/27/world/europe/switzerland-referendum-corporate-responsibility.html>.

⁷⁷ Switzerland requires a double majority: a majority of voters supported the referendum but not a majority of the cantons. Noelle Illien, *Plan to Hold Corporations Liable for Violations Abroad Fails in Switzerland*, N.Y. Times (Nov. 29, 2020), <https://www.nytimes.com/2020/11/29/world/europe/switzerland-vote-referendum-corporate-responsibility.html>.

investigation into BNP Paribas and its Swiss subsidiary – conducted under a near-identical legal framework – illustrates. No additional legislation is necessary.

Additional developments likewise demonstrate Switzerland’s recognition of its legal obligations, particularly relating to the financial sector. In a first-ever assessment of Switzerland’s strategy on combatting money laundering and terrorist financing, the Federal Council made deliberate statements about its priorities to consistently prosecute and punish violations of the law committed in Switzerland and transnationally.⁷⁸ These renewed commitments align neatly with the public announcement made by the Federal Attorney General that the prosecution of serious crimes under international law is a strategic priority for the Office of the Attorney General.⁷⁹

From the foregoing analysis, the comprehensive Swiss corpus of law is robust enough to appropriately prevent and prosecute the direct commission of, as well as complicity in, international crimes. Switzerland has also worked to turn away from its longstanding preference for shielding the financial sector and enforce this corpus against financial entities. But the Government of Switzerland’s narrow focus misrepresents the scope and applicability of the

⁷⁸ Swiss Fed. Council, *National Strategy on Combating Money Laundering and Terrorist Financing* 4, 10 (Mar. 20, 2026), <https://cms.news.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-nsbcch-files/files/2026/03/20/2071667e-6cc1-41b1-a32e-0446910d011f.pdf>.

⁷⁹ Appx. 8.

corpus and downplays its efforts to achieve accountability, at the ultimate expense of those harmed by the underlying international crimes.

CONCLUSION

Amici respectfully request that this Court consider the unlawfulness of BNP Paribas' alleged actions under the full corpus of Swiss law and affirm the District Court

Dated: 8/28/2026

Respectfully submitted,

/s/ Joshua J. Rissman

Joshua J. Rissman (#0319500)

GUSTAFSON GLUEK PLLC

120 South Sixth Street, Ste. 2600

Minneapolis, MN 55402

Telephone: (612) 333-8844

jrissman@gustafsongluek.com

Attorney for Amicus

CERTIFICATE OF COMPLIANCE

This brief complies with the type-volume limitation of Second Circuit Rule 29.1 and Fed. R. App. P. 29(a)(5) and 32(a)(7)(b) because it contains **6849** words, excluding those parts of the brief exempted by Fed. R. App. P. 32(f).

This brief also complies with the typeface requirement of Fed. R. App. P. 32(a)(5)(A) and the type-style requirement of Fed. R. App. P. 32(a)(6) as it has been prepared in a proportionally spaced typeface using Microsoft Word in Times New Roman, font size 14.

Dated: 8/28/2026

/s/ Joshua J. Rissman

Joshua J. Rissman (#0319500)
GUSTAFSON GLUEK PLLC
120 South Sixth Street, Ste. 2600
Minneapolis, MN 55402
Telephone: (612) 333-8844
jrissman@gustafsongluek.com

Attorney for Amicus

**UNITED STATES COURT OF APPEALS
FOR THE SECOND CIRCUIT**

ENTESAR OSMAN KASHEF,
ABULGASIM SULEMAN ABDALLA,
AND TURJUMAN ADAM,

Case No. 26-341

DECLARATION OF KRISTINA HON

Plaintiffs-Appellees,

v.

BNP PARIBAS S.A., A FRENCH
CORPORATION, AND BNP PARIBAS
US WHOLESALE HOLDINGS, CORP.,

Defendants-Appellants.

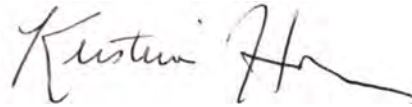
I, Kristina Hon, declare and state as follows:

1. I am an American attorney barred in New York and at the U.S. Supreme Court and currently employed as Senior Legal Counsel by Civitas Maxima, *amici curiae* in the above captioned matter.
2. I am fluent in English, French, and Czech.
3. To the best of my knowledge and skill, Appendices 1–8, are true, full, and accurate English translations of the accompanying French and German documents.
4. Appendices 1–3, 5–6, and 8 are French documents that were first translated with AI and then reviewed and edited word for word by me.
5. Appendix 4 is a German document that was translated by Open Society Justice Initiative.
6. Appendix 7 is originally a French document that was translated by my staff,

who are also fluent in English and French.

I declare under penalty of perjury under the laws of the United States of America that the foregoing is true and correct.

Executed on August 28, 2026.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Kristina Hon", with a stylized flourish at the end.

Kristina Hon

APPENDICIES TABLE OF CONTENTS

Appendix 1. Sträuli CR CP I art 25 (original and translated version).....	37
Appendix 2. Gaggioli / La responsabilite de la Suisse (original and translated version).....	56
Appendix 3. Jakob-Maleh CR CPII intro 264-264n (original and translated version).....	101
Appendix 4. Argor-Heraeus Decision (original and translated version)	127
Appendix 5. Macaluso CR CP I art 102 (original and translated version)	162
Appendix 6. Military Criminal Code before 2011 (original and translated version).....	191
Appendix 7. Alieu Kosiah Judgment (original and translated version).....	203
Appendix 8. Stefan Blattler - Face a l'insoutenable (original and translated version).....	223

Appendix 1

Sträuli, "Art. 25 CP" – paragraphs 9 and 24 to 27

Commentaire romand, Code pénal I, Helbing Lichtenhahn · complicity and accessory status (N 9); "neutral acts" (N 24-27)

Art. 25 Complicity

I. The elements of complicity

A. The objective elements of complicity

...

4. The prohibited result

9. Complicity is complete from the moment the contribution provided furthers the principal offence, which is conceivable only if that offence – necessarily committed intentionally (Art. 12(2) SCC)[13] – has begun to be executed (Art. 22(1) SCC) and thus satisfies the requirement of *accessoriété réelle* – real accessory status [nb. the term denotes the requirement that the principal offence have reached the stage of commencement of execution; it concerns the stage of realization of the principal offence, not the degree of culpability required of the principal perpetrator.] (Intro. Arts. 24-27 SCC, N 141-144).

...

6. The objective causal link between the alleged conduct and the alleged result

...

b) The particular case of "neutral acts"

24. Insofar as they lay down the prohibition on the creation or increase of a risk, the general rules on objective attribution also provide a legal framework for addressing what are commonly called "neutral acts" (*neutrale Handlungen*) or "acts of everyday life" (*Alltagshandlungen*). These are forms of conduct that outwardly appear entirely innocuous (lending a screwdriver, selling a kitchen knife, executing a bank transfer, and so on) and whose automatic classification under Article 25 SCC, when they contribute to the commission of an offence (the screwdriver is used in a burglary, the kitchen knife serves to stab a person, the bank transfer conceals an asset and makes it possible to obtain social benefits unlawfully), could paralyze many interpersonal relationships or interactions, in particular commercial ones, that are otherwise socially beneficial. The difficulty lies in defining the criterion or criteria that separate acceptable risk from prohibited risk.
25. In cases of this kind that have come before it (N 12-13: wireless transmission devices[59], a radio-wave scanner-receiver[60], a subscription television decoder[61], "rounds" of alcoholic drinks[62], antelope meat[63], the "156 rose" premium-rate line[64]), the Federal Supreme Court has consistently shifted the debate to the subjective element of complicity, examining whether the accused acted intentionally and reserving its position on the remaining issues[65]. Legal commentators generally

consider that the scope of application of Article 25 SCC must be limited already at the level of its objective constituent elements[66], but consensus stops there[67].

26. Just as there is no act whose only possible purpose is to further the commission of an offence, there is no conduct that can never serve that end. An act cannot therefore be "neutral" *per se*; it takes on that quality, or not, according to the person's intended purpose. Since that element depends in turn on what the person concerned knows, contemplates and accepts, contemplates and rejects, or is unaware of, in the principal perpetrator's plan, the line can only be drawn by taking into account the intention of the potential accomplice. The exercise nonetheless takes place on the objective ground of attribution of that name. Following the German caselaw[68], the following distinction should therefore be drawn.
27. Where the person providing assistance is aware (in the sense of purpose or direct intent) of the principal perpetrator's criminal intent, that person's contribution amounts to complicity, unless it has an immediate purpose and usefulness for the principal perpetrator that conforms to the law. Liability under Article 25 SCC will thus be ruled out in the case of the sale of an axe to a woodcutter who will eventually use it to kill his wife (Arts. 111-112 SCC), or of the repayment of a debt to a creditor who will use the money to bribe a public official (Art. 322*ter* SCC); the case of the "rounds" of alcoholic drinks should also have been decided along these lines. Conversely, complicity was rightly found in the cases of the radio-wave scanner-receiver, the subscription television decoder, and the "156 rose" line.

NOTE: Footnote markers have been preserved as [13] and [59] to [68] so that they can be matched against the French original; the footnote text has not been translated.

Commentaire romand Code pénal I

Art. 25 CP

BERNHARD STRÄULI, in:

Laurent Moreillon, Alain Macaluso, Nicolas Queloz, Nathalie Dongois

Code pénal I

2e édition, 2021

Helbing Lichtenhahn Verlag, ISBN 978-3-7190-4041-3

Art. 25

Complicité

La peine est atténuée à l'égard de quiconque a intentionnellement prêté assistance à l'auteur pour commettre un crime ou un délit.

[Deutsche Fassung]

Gehilfenschaft

Wer zu einem Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich Hilfe leistet, wird milder bestraft.

[versione italiana]

Complicità

Chiunque aiuta intenzionalmente altri a commettere un crimine o un delitto è punito con pena attenuata.

PLAN

	Note
I. Les éléments de la complicité	1
A. Les éléments objectifs de la complicité	1
B. L'élément subjectif de la complicité	29a
C. L'excès et le déficit de l'auteur direct	36
D. L' <i>error in persona vel objecto</i> de l'auteur direct	37
II. La complicité et la participation	38
A. La complicité de participation	38
B. La participation à la complicité	41
III. La complicité et la tentative	44
A. La complicité de tentative	44
B. La tentative de complicité	45
IV. La complicité et l'omission	46
A. La complicité d'omission	46
B. La complicité par omission	47
V. La complicité et le concours	51
VI. La peine frappant la complicité	55
VII. La complicité érigée en infraction indépendante	60

[SEITE 453] BIBLIOGRAPHIE

ABDULNOUR K. K., La distinction entre co-activité et complicité, Genève 1967; BADER H., Unzurechnungsfähigkeit und Teilnahme, RSJ 1926-1927 85 ss; BERNASCONI E. G., La reità mediata avuto riguardo della partecipazione al delitto, Berne 1945; ENGI-CANOVA A., Die Teilnahme am Verbrechen, RSJ 1949 97 ss; FORSTER M., Der Wirtschaftsalltag als strafrechtsdogmatischer «Hort des Verbrechens», Zum «zielobjektivierten Beihilfetatbestand» bei sogenannten Alltagsgeschäften und berufstypischen Dienstleistungen, in Ackermann J.-B./Donatsch A./Rehberg J. (éd.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift N. Schmid, Zurich 2001, 127 ss; GERMANN O. A., Die Bestimmungen über die Teilnahme im Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Breslau 1923; NEUENSCHWANDER-HESE V., Die Strafbarkeitsvoraussetzungen der Beihilfe nach Art. 25 StGB, Aarau 1954; NYDEGGER M., Zurechnungsfragen der Anstiftung im System strafbarer Beteiligung, Zurich/Bâle/Genève 2012; RIKLIN F., Lockspitzelproblematik, recht 1986 40 ss (cité: recht 1986); SCHILD TRAPPE G., Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft, Berne 1995 (cité: Gehilfenschaft); SCHILD TRAPPE G., Zur Abgrenzung und Begrenzung von Mittäterschaft und Gehilfenschaft, recht 1995 240 ss (cité: recht 1995); SCHNYDER O., Täterschaft und Teilnahme bei den Sonderdelikten des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Aarau 1962; SCHULTZ H., Täterschaft und Teilnahme im modernen schweizerischen Strafrecht, RPS 1956 244 ss (cité: RPS 1956); SCHULTZ H., Participation III, La complicité, FJS 1957 1191 (cité: FJS 1957); WALDER H. U., Ein Fall von Gehilfenschaft zu qualifiziertem Raub, RPS 1973 306 ss; WOHLERS W., Gehilfenschaft durch «neutrale» Handlungen – Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten?, RPS 1999 425 ss.

I. Les éléments de la complicité

A. Les éléments objectifs de la complicité

1. La personne du complice

Les **indications** relatives à la personne de l'instigateur (CP 24 N 1) valent sans restriction pour le complice. Un *extraneus* est notamment le complice possible d'une infraction propre pure ou propre mixte¹. 1

2. Le comportement incriminé

a) La prestation d'une assistance à l'auteur direct

La complicité est définie comme le fait de prêter assistance (*Hilfe leisten*) à autrui pour commettre une infraction. A nouveau (CP 24 N 2), le législateur ne décrit **aucun comportement spécifique**², mais se limite à évoquer la survenance d'un résultat, ici la favorisation du crime ou du délit – exceptionnellement de la contravention (Intro CP 24-27 N 147) – commis par l'auteur direct (N 9-18)³. La complicité constitue donc, elle aussi (CP 24 N 2), une infraction matérielle pure dont la portée devra être concrétisée à la lumière des règles générales sur l'imputation objective (N 22-28). 2

[Seite 454] b) Le moment de la prestation d'assistance

aa) Le moment *a quo*

Tandis que la coactivité nécessite, selon l'opinion ici défendue (Intro CP 24-27 N 97), la fourniture d'une contribution (essentielle) durant l'exécution de l'infraction, la complicité couvre également l'assistance prêtée **au stade de sa préparation**. Il s'agit là d'un premier, mais non moins important, critère de délimitation des deux formes de participation. Celui qui planifie l'opération délictueuse, livre les instruments de sa commission ou collabore de quelque autre manière avant le franchissement du seuil de la tentative (CP 22 I) est un complice, sans qu'il faille s'intéresser au poids relatif d'un tel agissement intrinsèquement atypique (cf. Intro CP 24-27 N 106-107). 3

Un acte de complicité peut même **précéder** le moment de la prise de décision par l'auteur direct⁴. Non constitutif d'une instigation (CP 24 N 25), le conseil «d'y aller» donné à l'auteur potentiel qui hésite à commettre une infraction déterminée (N 8) relève de CP 25. La remise des plans du système d'alarme d'une banque au 4

cambricoleur (CP 139 [1], 144 I, 186, 1^{re} hypothèse) qui se déterminera après les avoir minutieusement étudiés (*wait and see*) n'appelle pas d'autre qualification.

Au surplus, la **durée** de l'assistance prêtée est indifférente; une collaboration limitée dans le temps, qui n'accompagne donc pas l'entreprise tout de son long, suffit⁵. 5

bb) Le moment *ad quem*

L'affirmation selon laquelle un acte de complicité peut encore intervenir entre la consommation (formelle) et l'**achèvement** (matériel) d'une infraction⁶ est exacte pour autant qu'un délit continu ou la commission itérative d'un délit instantané soient en cause⁷. Les règles développées dans le contexte de la coactivité s'appliquent ici sans changement (Intro CP 24-27 N 99-104). 6

3. L'objet de la complicité

A l'inverse de l'instigation (CP 24 N 3-5), la complicité **ne suppose pas** que l'assistance apportée profite à un auteur direct déterminé ou appartenant du moins à un groupe de personnes dont la composition est déterminée⁸. Orphelin d'une disposition calquée sur le modèle de CP 259 et réprimant «l'aide publique au crime ou à la violence», CP 25 pourra par exemple s'appliquer à l'individu qui entrebâille la porte arrière de la villa de son voisin parti en vacances et facilite de la sorte le travail du premier cambrioleur croisant dans les parages (CP 139 [1], 186, 1^{re} hypothèse). 7

[Seite 455] En revanche, la contribution du complice doit en toute hypothèse se rapporter à une **infraction principale suffisamment caractérisée**⁹. Les critères retenus à cet égard en relation avec l'instigation demeurent pertinents (CP 24 N 7-10). Un acte délictueux d'un type déterminé (*eine bestimmt geartete Straftat*) est nécessaire; il faut que les traits principaux de l'activité délictueuse (*die wesentlichen Merkmale des strafbaren Tuns*) de l'auteur direct soient définis¹⁰. En revanche, l'objet de l'infraction principale¹¹ et les détails de sa perpétration¹² peuvent demeurer dans l'ombre. 8

4. Le résultat incriminé

La complicité est consommée dès l'instant où la prestation fournie **favorise l'infraction principale**, ce qui ne se conçoit que si cette dernière – nécessairement commise de manière intentionnelle (CP 12 II)¹³ – a reçu un commencement d'exécution (CP 22 I) et répond ainsi à l'exigence de l'accessoriété réelle (Intro CP 24-27 N 141-144). 9

Selon le Tribunal fédéral¹⁴, suivi en cela par la doctrine¹⁵, toute contribution apportée à la **manière dont se déroule** la commission de l'infraction principale constitue potentiellement un acte de favorisation appréhendé par CP 25; il n'est donc pas requis que l'infraction principale n'eût pas été perpétrée si la prestation considérée n'avait pas été fournie. Remettre un deuxième bidon d'essence au pyromane décidé à incendier un entrepôt (CP 221 I) relève de la complicité dans la mesure où le combustible supplémentaire est effectivement utilisé pour allumer le feu. On ne saurait pour autant déduire *e contrario* de cette définition qu'un apport sans lequel l'infraction principale n'aurait pas été commise est constitutif de coactivité¹⁶. Cette dernière obéit à des règles propres (cf. Intro CP 24-27 N 107-108); il existe en revanche un rapport de subsidiarité en ce sens qu'une participation au stade de l'exécution de l'infraction (cf. N 3) ne fondera le cas échéant une complicité qu'à défaut d'avoir satisfait aux exigences de la coactivité¹⁷. 10

Les actes de complicité sont traditionnellement rangés dans **deux catégories**, ceux qui relèvent de l'assistance physique (ou matérielle; *physische Beihilfe, Beihilfe durch Tat*) et ceux qui ressortissent à l'assistance psychique (ou intellectuelle; *psychische Beihilfe, Beihilfe durch Rat*)¹⁸. Les chevauchements sont toutefois fréquents: 11

lorsqu'elle est [Seite 456] connue de lui, comme la remise du second bidon dans l'exemple précité de l'incendiaire, une contribution matérielle influe aussi (et d'abord) sur le psychisme de l'auteur direct¹⁹. La distinction ne met pas moins en lumière qu'une assistance «purement» physique, fournie à l'insu de l'auteur direct et donc sans que la chaîne causale (N 19) ne transite par son intellect, est concevable et punissable en vertu de CP 25²⁰ (pour une illustration, Intro CP 24-27 N 89).

a) L'assistance physique (casuistique)

En relation avec des infractions au **Code pénal suisse**, la jurisprudence fédérale a notamment qualifié de complice celui qui met une femme enceinte en rapport avec une personne pratiquant l'interruption de grossesse²¹ ou connaissant un tiers qui s'adonne à cette activité²² (CP 25, 118 I), prête les instruments nécessaires à un avortement (CP 25, 118 I)²³, incendie la chose d'autrui afin de permettre à ce dernier de dénoncer à l'autorité une infraction inexistante (CP 25, 304 [1] I)²⁴, achemine le courrier d'un prévenu incarcéré y indiquant à des tiers comment diminuer fictivement son actif (CP 163 [1])²⁵, masque de son corps un comparse qui entreprend de forcer la porte du commerce à cambrioler (CP 25, 139 [1]; CP 25, 144 I; CP 25, 186, 1^{re} hypothèse)²⁶, emporte à l'extérieur du magasin de confection le sac plastique contenant les robes que sa compagne y a dissimulées (CP 25, 139 [1])²⁷, confie à un tiers le passe-partout lui permettant d'accéder à la cave d'un hôtel et d'y dérober des spiritueux (CP 25, 139 [1])²⁸, restitue en un lieu et à une heure déterminés au terroriste qui les lui avait confiés le pistolet et la munition qui serviront à l'intéressé pour attenter à la vie d'un chef d'Etat (CP 25, 22 I, 111-112)²⁹, pénètre avec onze acolytes dans un appartement puis contribue par sa présence à terroriser la future victime d'un viol et rendre vaine toute résistance de sa part (CP 25, 190 I)³⁰, procure des armes à feu et des cartouches aux auteurs d'un brigandage (CP 25, 140 [1]-[2])³¹, vend un décodeur servant exclusivement à la réception illicite d'émissions de télévision par abonnement (CP 25, 150)³², vend sous sa dénomination exacte de la viande d'antilope africaine à des commerçants qui l'écouleront en la faisant passer pour du gibier européen (CP 25, 146 I)³³, continue à rouler pendant plusieurs minutes en direction [Seite 457] d'une zone inhabitée tandis que deux passagers de sa voiture étranglent la troisième personne qui les accompagne (CP 25, 111-112)³⁴, ordonne la mise en place des infrastructures techniques permettant la diffusion téléphonique d'enregistrements pornographiques accessibles à des mineurs de moins de seize ans («156 rose»; CP 25, 197 I)³⁵, achemine des pots-de-vin à un gérant qui, en les acceptant, est amené à adopter un comportement préjudiciable aux intérêts économiques de la société qui l'emploie (CP 25, 158 [1])³⁶ ou omet de retenir sur le salaire d'un travailleur la part qu'une décision de justice l'oblige à verser directement à l'épouse de ce dernier et permet ainsi à son employé de violer son obligation d'entretien (CP 25, 217 I)³⁷.

Dans le contexte d'infractions au **droit pénal fédéral accessoire**, le statut de complice a notamment été reconnu à celui qui officie comme coursier pour un trafiquant de stupéfiants (CP 25, 333 I; LStup 19 I [b], 3^e hypothèse, 26)³⁸, divulgue des secrets de fabrication à un entrepreneur qui les exploitera dans le cadre d'actes de concurrence déloyale (CP 25, 333 I; LCD 6)³⁹, met une voiture à la disposition d'un individu transportant de la drogue ou collabore à l'aménagement d'une cache dans un tel véhicule (CP 25, 333 I; LStup 19 I [b], 3^e hypothèse, 26)⁴⁰, vend à des tiers qui les utiliseront illégalement des appareils de transmission sans fil ne pouvant faire l'objet d'une concession⁴¹, vend un scanner-récepteur d'ondes tout en remettant à l'acquéreur la liste des fréquences dont la surveillance est interdite aux particuliers⁴², tient éveillé un conducteur ivre ou le rend attentif aux signaux et obstacles de la circulation (CP 25, 333 I; LCR 91 I [a] et II [a], 102 I; cf. Intro CP 24-27 N 84)⁴³, dépanne le conducteur qui transporte des stupéfiants en actionnant le volant et les freins du véhicule pendant le remorquage, en lui laissant de l'essence ou en poussant la voiture jusqu'au prochain garage (CP 25, 333 I; LStup 19 I [b], 3^e hypothèse, 26)⁴⁴, teste la pureté de la drogue que des tiers revendront et leur montre

comment la conditionner à cette fin (CP 25, 333 I; LStup 19 I [c], 1^{re} hypothèse, 26)⁴⁵, commande et paie une partie des «tournée» de boissons alcoolisées consommées par un automobiliste qui prendra ultérieurement le volant (CP 25, 333 I; LCR 91 I [a] et II [a], 102 I)⁴⁶ ou livre du produit de coupage à un trafiquant d'héroïne (CP 25, 333 I; LStup 19 I [b]-[d], 26)⁴⁷.

D'autres illustrations découlent des arrêts dans lesquels le Tribunal fédéral, selon la conception restrictive *ratione temporis* de la coactivité ici préconisée, aurait dû retenir le cas échéant une complicité (Intro CP 24-27 N 97-98). 14

[Seite 458] b) L'assistance psychique

Le complice prête **notamment** une assistance psychique à l'auteur direct lorsqu'il l'encourage, entretient ou fortifie sa décision de commettre l'infraction⁴⁸ ou s'il le dissuade de revenir sur la résolution prise⁴⁹. L'indication d'une opportunité, une suggestion, un conseil, un renseignement ou la promesse d'une aide une fois l'infraction perpétrée, par exemple sous la forme de la soustraction à la poursuite pénale (cf. CP 305 I) ou de l'écoulement du butin (cf. CP 160 [1], 305^{bis}[1]), entrent également dans le champ de CP 25⁵⁰. 15

Inversement, la **simple approbation** – expresse ou par actes concluants⁵¹ – du projet délictueux de l'auteur direct ne suffit pas⁵². Un témoignage de solidarité avec l'intéressé ou une manifestation de sympathie pour son entreprise ne relèvent pas davantage de la complicité. 16

La seule **présence physique sur les lieux** de l'infraction au moment de son exécution pose un problème délicat de délimitation. Strictement passive, elle échappe au droit pénal, à moins naturellement d'être le fait d'une personne tenue par une obligation juridique spéciale d'agir (CP 11 I-III; cf. N 47-50). Il en irait différemment si cette présence, alors assimilable à un comportement actif, exprime sans équivoque possible la disponibilité à fournir au besoin une contribution matérielle secondaire à l'auteur direct et, de la sorte, lui facilite le passage à l'acte ou le motive à persévérer⁵³. 17

D'une manière générale, l'institution de la complicité psychique ne saurait servir à contourner des difficultés de preuve quant à l'existence d'une complicité physique. L'influence sur la volonté de l'auteur direct doit, elle aussi, toujours être **établie à satisfaction de droit**⁵⁴. 18

[Seite 459] 5. Le rapport de causalité naturelle entre le comportement et le résultat incriminés

Une complicité n'est consommée que s'il existe un lien de causalité naturelle entre le comportement de l'agent et la favorisation de l'infraction principale⁵⁵. Il convient ici de souligner que cette exigence s'analyse selon les **règles ordinaires** de la *condicio sine qua non*, lesquelles enseignent que le rapport recherché doit être retenu dès lors que la cause ne peut être occultée mentalement sans que le résultat dans sa forme tout à fait concrète ne tombe. Si A brise les vitres de l'immeuble d'en face (CP 144 I) au moyen de son fusil à air comprimé et des plombs qu'ils a empruntés à B, ce dernier aura fourni une contribution causale; le fait que A aurait autrement utilisé ses propres plombs constitue une cause hypothétique de réserve qu'il est catégoriquement exclu de prendre en considération. Bref, la *Förderungskausalität* dont parlent certains auteurs⁵⁶ ne constitue aucunement une spécificité du droit de la complicité. Pour le surplus, l'admission de la causalité ne préjuge en rien de l'imputation objective (N 22). 19

Comme en matière d'instigation (CP 24 N 20), la causalité naturelle **fait défaut** lorsqu'un processus causal en cours est dépassé par un autre. B est techniquement l'auteur d'une tentative de complicité d'escroquerie et demeure impuissable (N 45) 20

s'il crée un faux titre que A abandonne finalement au profit de celui établi par C pour tromper la dupe et l'amener à disposer de son patrimoine.

Le cas échéant, l'assistance prêtée en vue de la commission d'une infraction finalement consommée **s'étend exclusivement à sa tentative** (cf. CP 23 IV). Pour avoir remis à E une cisaille qui doit lui servir à sectionner le cadenas verrouillant un entrepôt afin d'y dérober des marchandises, D répondra seulement d'une complicité de tentative de vol (CP 25, 22 I, 139 [1]) et de violation de domicile (CP 25, 22 I, 186, 1^{re} hypothèse)⁵⁷ si E, qui avait emporté l'outil, constate une fois arrivé devant la porte de l'entrepôt que celle-ci n'est pas fermée à clé. 21

6. Le rapport d'imputation objective entre le comportement et le résultat incriminés

a) L'augmentation des chances de réussite de l'infraction principale

Conformément aux principes généraux gouvernant l'imputation objective proprement dite (cf. CP 24 N 21), une contribution causale n'est constitutive de complicité que si elle **augmente les chances de réussite** de l'infraction principale⁵⁸. Cette condition n'est pas remplie dans l'affaire des coups de fusil à air comprimé sur les vitres de l'immeuble [Seite 460] voisin (N 19); elle l'aurait été si B avait remis au tireur, qui n'en possédait pas, des projectiles en acier dotés d'un effet brisant accru. 22

L'augmentation des chances de réussite – ou la diminution des risques d'échec – de l'infraction principale **s'analyse ex ante**. Peu importe donc, ici comme en relation avec le caractère essentiel du rôle des coauteurs (Intro CP 24-27 N 107), que l'apport du complice s'avère superflu a posteriori, l'absence d'un quelconque gêneur dispensant par exemple le guetteur placé de manière profitable mais stratégiquement non déterminante de se manifester. 23

b) Le cas particulier des «agissements neutres»

En tant qu'elles posent l'exigence de la création ou de l'augmentation prohibées d'un risque, les règles générales sur l'imputation objective offrent également un cadre juridique au traitement de ce qu'il est convenu d'appeler les «agissements neutres» (*neutrale Handlungen*) ou les «actes de la vie quotidienne» (*Alltagshandlungen*). Il s'agit là de comportements qui se présentent **extérieurement de façon tout à fait anodine** (le prêt d'un tournevis, la vente d'un couteau de cuisine, l'exécution d'un virement bancaire, etc.) et dont la subsumption automatique sous CP 25, lorsqu'ils contribuent à la commission d'une infraction (le tournevis est utilisé lors d'un cambriolage, le couteau de cuisine sert à poignarder une personne, le virement bancaire occulte un poste de fortune et permet d'obtenir indûment des prestations sociales), pourrait paralyser nombre de relations interpersonnelles ou d'échanges, notamment commerciaux, par ailleurs socialement utiles. La difficulté réside dans la définition du ou des critères délimitant le risque autorisé du risque prohibé. 24

Dans les causes de ce genre qu'il a été amené à juger (N 12-13: appareils de transmission sans fil⁵⁹, scanner-récepteur d'ondes⁶⁰, décodeur de télévision par abonnement⁶¹, «tournées» de boissons alcoolisées⁶², viande d'antilope⁶³, «156 rose»⁶⁴), le **Tribunal fédéral** a régulièrement déplacé le débat sur le terrain de l'élément subjectif de la complicité, examinant si le prévenu avait agi intentionnellement et réservant sa position pour le surplus⁶⁵. La doctrine considère généralement que la limitation du champ d'application de CP 25 doit s'opérer déjà au niveau de ses éléments objectifs constitutifs⁶⁶, mais le consensus s'arrête là⁶⁷. 25

Pas plus qu'il n'y a d'acte dont la seule vocation possible est de favoriser la commission d'une infraction, il n'existe de comportement qui ne puisse jamais servir à cette fin. Un agissement ne saurait donc être «neutre» *per se*; il revêt ou non cette qualité en fonction [Seite 461] du but poursuivi par le contributeur. Cet élément dépendant à son tour de ce que l'intéressé sait, envisage et accepte, envisage et 26

écarter ou ignore du plan de l'auteur direct, la délimitation passe nécessairement par la prise en compte de l'intention du candidat au statut de complice. L'exercice ne se déroule pas moins sur le terrain objectif de l'imputation du même nom. A la suite de la jurisprudence allemande⁶⁸, il convient alors d'opérer la **distinction suivante**.

Lorsque celui qui apporte son aide connaît (au sens du **dessein ou du dol direct**) la résolution délictueuse de l'auteur direct, sa contribution vaut complicité, sauf si elle présente pour l'exécutant un sens et une utilité immédiates conformes au droit. Aussi écartera-t-on CP 25 en cas de vente d'une hache à un bûcheron qui s'en servira à terme pour tuer sa femme (CP 111-112) ou de paiement d'une dette exigible en main du créancier qui utilisera l'argent pour corrompre un fonctionnaire (CP 322^{ter}); l'affaire des «tournées» de boissons alcoolisées aurait également dû être jugée dans ce sens. Inversement, la complicité a été retenue à juste titre dans les causes du scanner-récepteur d'ondes, du décodeur de télévision par abonnement et du «156 rose».

Lorsque celui qui apporte son aide tient la résolution délictueuse de l'auteur direct pour possible et s'en accommode (**dol éventuel**), sa contribution ne vaut pas complicité, sauf si l'exécutant manifeste d'une inclination reconnaissable à la commission de l'infraction considérée. La vente d'un pied-de-biche à un client qui s'enquiert longuement sur la meilleure manière d'engager l'outil pour forcer une porte de cave (CP 139 [1], 144 I, 186, 1^{re} hypothèse) ou la remise d'une batte de baseball à un individu poursuivant le rival qui vient de lui infliger une sévère correction (CP 122-123) relèvent de CP 25, faute pour le contributeur de pouvoir valablement se retrancher derrière le principe de la confiance. L'affaire de la viande d'antilope a sans doute connu un épilogue judiciaire conforme à la règle ici dégagée.

c) Le cas particulier de la complicité successive

L'imputation objective trouve enfin une limite lorsque le complice fournit sa contribution postérieurement à la réalisation d'une circonstance aggravante (de nature réelle; CP 27 N 17) par l'auteur direct. Les solutions retenues aux fins de la coactivité (Intro CP 24-27 N 109) valent ici *mutatis mutandis*⁶⁹.

B. L'élément subjectif de la complicité

Le complice n'est punissable que s'il agit **intentionnellement** (CP 12 I, 25, 104). Sa conscience et sa volonté (CP 12 II, 1^{re} phrase) doivent donc embrasser tous les éléments objectifs constitutifs de la complicité (N 1-28).

Comme pour l'instigation (CP 24 N 30b), le Tribunal fédéral et certains auteurs⁷⁰ distinguent l'intention relative à la favorisation de l'infraction de l'auteur direct et celle relative à l'infraction de ce dernier. Suivie ici, cette **dichotomie** n'a aucune utilité en soi (*ibidem*)⁷¹.

[Seite 462] 1. L'intention relative à la favorisation de l'infraction de l'auteur direct

En premier lieu, l'intention du complice **doit porter sur** sa qualité (N 1), son comportement (N 2), la favorisation de l'infraction principale (N 9-18) ainsi que les rapports de causalité naturelle (N 19-21) et d'imputation objective (N 22-28)⁷²; la jurisprudence fédérale précise que l'enchaînement causal doit avoir été prévu, du moins dans ses grandes lignes⁷³. Le dol éventuel (CP 12 II, 2^e phrase) suffit⁷⁴.

De même que celui qui est objectivement un coauteur peut sous-estimer son rôle et se croire cantonné dans la position d'un complice (Intro CP 24-27 N 87), celui qui est objectivement un complice peut **surestimer sa contribution** et se prendre pour un coauteur. Cette erreur «à l'envers» sur les faits mène à la qualification de tentative (CP 22 I) de coactivité. Au niveau de la sanction, le résultat ne devrait pas diverger de celui auquel conduit la prise en considération de la forme de participation objectivement réalisée⁷⁵ (N 55a). Il reste que le respect des principes généraux

impose de ne retenir une complicité qu'à titre subsidiaire, soit dans le cas d'une contravention aux fins de laquelle le législateur a incriminé (CP 105 II) la complicité mais non la tentative (ainsi à CP 293 II).

Dans l'hypothèse d'un complice (psychique) qui imagine tenir le rôle d'un **instigateur**⁷⁶, une tentative d'instigation est seule concevable au vu de la différence qualitative qui oppose les deux formes de participation accessoire du droit positif. Pour tirer à conséquence pénale, cette qualification doit cependant se rapporter à un crime (CP 24 N 45). 32

2. L'intention relative à l'infraction de l'auteur direct

En second lieu⁷⁷, l'intention du complice **doit appréhender** les éléments objectifs et subjectifs constitutifs de l'infraction commise par l'auteur direct⁷⁸. Ici aussi, le dol éventuel (CP 12 II, 2^e phrase) est suffisant⁷⁹. 33

En toute hypothèse, l'intention du complice doit s'étendre à la **consommation** de l'infraction favorisée (Intro CP 24-27 N 128). 34

Contrairement à ce qui vaut pour un participant principal (Intro CP 24-27 N 26, 64, 86), il n'est **pas nécessaire** que le complice réalise en sa personne le dol spécial, le mobile ou l'état d'esprit qui fonde selon les cas la punissabilité; il suffit qu'il en connaisse l'existence dans le for intérieur de l'auteur direct (cf. CP 27 N 29)⁸⁰. 35

[Seite 463] C. L'excès et le déficit de l'auteur direct

L'excès qualitatif⁸¹, l'excès quantitatif⁸² et le déficit quantitatif⁸³ de l'auteur direct favorisé seront traités, *mutatis mutandis*⁸⁴, conformément aux règles retenues à l'enseigne de l'**activité médiate** (Intro CP 24-27 N 68-72). On se souviendra néanmoins que la tentative de complicité, techniquement donnée lorsque l'exécutant perpètre un *aliud* ou un *minus*, n'est jamais punissable (N 45). 36

D. L'error in persona vel objecto de l'auteur direct

A nouveau, les solutions dégagées aux fins de l'*error in persona vel objecto* de l'**instrument humain** (Intro CP 24-27 N 73-75) s'appliqueront par analogie. Lorsque la confusion de l'auteur direct représente une *aberratio ictus* pour le contributeur, ce dernier demeure toutefois impunissable, une fois encore au motif que la tentative de complicité est pénalement indifférente (N 45). 37

II. La complicité et la participation

A. La complicité de participation

Une complicité aux formes de **participation principale** autres que l'activité directe individuelle⁸⁵ obéit aux règles ordinaires et ne pose pas de problème particulier, sinon peut-être celui inhérent à la controverse sur le commencement d'exécution de l'activité médiate (cf. Intro CP 24-27 N 68) et de la coactivité (cf. Intro CP 24-27 N 109a). 38

Une **complicité d'instigation**⁸⁶, par exemple sous la forme du prêt de la somme d'argent réclamée par l'auteur direct pour passer à l'acte, est toujours punissable lorsque l'infraction principale est un crime ou un délit. Elle l'est relativement à une contravention si la loi réprime expressément la complicité (CP 105 II; Intro CP 24-27 N 147). 39

Quant à la **complicité d'une tentative d'instigation**, elle échappe au droit pénal pour les motifs qui expliquent le caractère atypique de la tentative d'instigation à la complicité (CP 24 N 55). 40

B. La participation à la complicité

La favorisation d'une infraction peut être l'œuvre de **différentes personnes** 41 agissant sans concertation (complicité juxtaposée, qui peut poser les mêmes problèmes de causalité naturelle que l'instigation juxtaposée; cf. CP 24 N 20), d'un individu qui en manipule un [Seite 464] autre (complicité médiate)⁸⁷ ou encore de plusieurs coauteurs (cocomplicité)⁸⁸. Dans la mesure où la complicité médiate constitue simultanément un acte de favorisation directe de l'infraction principale, le détour par cette construction n'apparaît toutefois pas indispensable.

L'**instigation à la complicité**⁸⁹ tire à conséquence pénale aux mêmes conditions que la complicité d'instigation (N 39). 42

La **complicité de complicité**⁹⁰ (ou complicité en chaîne; *Kettengehilfenschaft*), par exemple la remise d'outils à celui qui doit fabriquer un passe-partout pour le cambrioleur⁹¹ ou l'encouragement du guetteur à tenir le rôle marginal qui lui est dévolu, ne constitue qu'indirectement une complicité à l'infraction principale⁹². Le nombre de maillons intercalaires est théoriquement indifférent. En pratique, il ne sera cependant pas toujours aisé de distinguer ce type de contribution d'une favorisation du premier degré: *quid* si A se procure les plans du système d'alarme de la banque que C entend cambrioler, plans qui s'avèrent inexploitable sans les indications techniques de B?⁹³ 43

III. La complicité et la tentative

A. La complicité de tentative

Selon la règle de l'accessorité réelle, une complicité est consommée – rapports de causalité naturelle (N 19-21) et d'imputation objective présumés (N 22-29) – à compter du moment où l'auteur direct commence l'exécution de l'infraction considérée (Intro CP 24-27 N 141). Si cette dernière ne dépasse pas le stade de la tentative, il subsiste une complicité de cette tentative. En raison du déficit au niveau des éléments objectifs constitutifs de l'incrimination, l'**atténuation facultative de la peine** selon CP 22 I profitera au complice comme à l'exécutant (CP 27 N 21)⁹⁴. 44

Le régime est **identique** lorsque l'assistance prêtée en vue de la commission d'une infraction finalement consommée s'étend exclusivement à sa tentative (N 21). 44a

B. La tentative de complicité

En l'absence à CP 25 d'une clause parallèle à celle de CP 24 II, la tentative de complicité, qu'elle se rapporte à un crime, un délit ou une contravention, est **impunissable**⁹⁵. 45

[Seite 465] IV. La complicité et l'omission

A. La complicité d'omission

La favorisation (active) d'un comportement passif réalisant les éléments constitutifs d'une infraction d'omission proprement (CP 128 I, 217 I, 332, etc.) ou improprement dite (CP 11 en relation avec les dispositions spéciales réprimant un comportement actif) est possible et obéit aux **règles générales** ici développées⁹⁶. Une telle complicité prendra généralement la forme d'une assistance psychique (N 15-18)⁹⁷, par exemple si un ami conforte le débiteur dans sa résolution de ne pas payer la pension alimentaire qu'il doit à son ex-femme (CP 25, 26, 217 I). Une assistance physique est cependant aussi concevable, ainsi lorsqu'un tiers remet une bouteille de whisky à la mère pour qu'elle puisse s'enivrer jusqu'à l'inconscience tandis que son enfant en bas âge joue seul dans la baignoire et, comme envisagé et accepté de part et d'autre, s'y noie (CP 25, 26, 11, 111). 46

B. La complicité par omission

La complicité par omission (improprement dite) constitue un acte typiquement contraire au droit pénal si elle est l'œuvre d'un garant (CP 11 I-III)⁹⁸. Dans la mesure toutefois où l'adoption d'un comportement passif contrevenant à une obligation juridique spéciale d'agir suffit en principe à faire du garant l'auteur direct de l'infraction considérée (Intro CP 24-27 N 29 *in fine*), la favorisation par abstention (CP 11, 25) ne joue que le rôle secondaire d'un *Auffangtatbestand*, destiné à intervenir lorsque la construction d'une activité directe de commission par omission se heurte à un obstacle juridique⁹⁹. Tel est le cas dans **trois situations**. 47

D'abord, l'*extraneus* laissant se commettre une **infraction propre** ne peut pas en être un participant principal (cf. Intro CP 24-27 N 26, 34, 83). La mère qui assiste à l'audition de son fils de 17 ans en qualité de témoin (*intraneus*) et qui n'intervient pas alors qu'il ment au juge est l'auteur direct impossible d'un faux témoignage par omission. Seule subsiste pour elle la qualification de complicité par omission improprement dite de cette infraction (CP 11, 25, 26, 307 I). 48

Ensuite, celui que ne réalise pas en sa personne l'**élément subjectif supplémentaire** requis par la disposition spéciale, que celui-ci prenne la forme d'un dol spécial, d'un mobile particulier ou d'un état d'esprit déterminé, ne peut pas davantage en être un participant principal (cf. Intro CP 24-27 N 26, 64, 86). Pour reprendre un exemple classique¹⁰⁰, le veilleur de nuit qui ne verrouille pas la porte du magasin dont la protection lui incombe et qui permet de la sorte à des cambrioleurs d'accomplir leur forfait est l'auteur direct impossible d'un vol commis par omission – l'inverse vaut pour la violation de domicile (CP 11, 186, 1^{re} hypothèse) – dès lors qu'il n'est pas animé par le dessein de s'approprier [Seite 466] les choses mobilières dérobées par les auteurs directs. Aussi ne reste-t-il à son égard que la solution de repli consistant à le condamner pour une complicité de vol perpétrée par abstention (CP 11, 25, 139 [1]). 49

Dans le prolongement de l'exception déjà faite en relation avec l'instigation (CP 24 N 58), une simple complicité par omission sera enfin retenue à la charge du garant qui viole son **obligation de surveiller un tiers** et le laisse réaliser les éléments constitutifs de CP 25. Le père qui ne bronche pas alors que son fils mineur prête à un camarade de classe le ciseau grâce auquel celui-ci pourra lacérer les quatre pneus de la voiture du maître de gymnastique est ainsi le complice par abstention d'un dommage à la propriété (CP 11, 25, 144 I). 50

V. La complicité et le concours

L'acte unique d'assistance psychique fournie à **plusieurs participants** à une infraction unique, par exemple le renforcement de la résolution délictueuse de deux coauteurs à l'occasion de la même discussion, ne constitue qu'une complicité. CP 49 I est inapplicable. 51

L'acte **unique** de favorisation d'une **pluralité** d'infractions entrant en concours (idéal ou réel) parfait motive une aggravation de la peine selon CP 49 I, ainsi en cas de remise de cyanure à l'hôte qui mélangera le poison au vin consommé par ses cinq invités d'un soir ou par l'unique invité de cinq soirées (CP 25, 111-112 dans cinq cas). 52

La **pluralité** d'actes de favorisation d'une infraction **unique**, par exemple sous la forme d'un conseil sur le *modus operandi* puis du prêt d'un *instrumentum sceleris* (au même protagoniste ou à des acteurs différents) représente à nouveau une seule complicité. CP 49 I ne s'applique pas. 53

La **pluralité** d'actes de favorisation d'une **pluralité** d'infractions entrant en concours (idéal ou réel) parfait tombe en revanche sous le coup de CP 49 I et entraîne une aggravation de la peine. 54

VI. La peine frappant la complicité

A l'inverse de l'instigateur (CP 24 N 63), le complice bénéficie d'une **atténuation** (*lato sensu*) de la peine (CP 25). Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007 de la révision de la partie générale du Code pénal suisse adoptée le 13 décembre 2002¹⁰¹, cette atténuation (*lato sensu*) est même obligatoire¹⁰² et se distingue – a priori (N 55a) – de celle, simplement facultative, prévue par ces autres clauses d'extension de la typicité que sont les dispositions sur l'omission improprement dite (CP 11 IV) et la tentative (CP 22 I). La marge de manœuvre reconnue au juge est définie par CP 48a¹⁰³.

La **portée pratique** de la distinction entre l'atténuation (*lato sensu*) obligatoire et l'atténuation (*lato sensu*) facultative de la peine ne doit pas être surestimée. Dans les deux cas, [Seite 467] en effet, le juge doit diminuer (*mindern*) la peine maximale possible d'une unité pénale au moins, soit d'un jour de privation de liberté, d'un jour-amende ou de CHF 1.– d'amende; simultanément, il peut atténuer (*stricto sensu; mildern*) cette même peine, c'est-à-dire en fixer la quotité dans la partie de la fourchette que la loi ouvre – le cas échéant (cf. CP 48a II *in fine*) – vers le bas (CP 48a I) ou alors prononcer une peine d'un genre plus favorable (CP 48a II)¹⁰⁴.

La diminution de la peine sera **double** en cas de favorisation d'une infraction propre (CP 25-26; CP 26 N 15, 25) ou si le complice réalise l'une des circonstances atténuantes générales prévues par la loi (CP 25, 48)¹⁰⁵. Il en ira de même lorsque la complicité est commise par omission (CP 11 IV, 25; N 47-50) ou porte sur une infraction tentée (CP 22 I, 25; N 44).

La diminution de la peine sera **triple** en cas de complicité par omission d'une infraction tentée (CP 11 IV, 22 I, 25) ou de complicité de tentative d'une infraction propre (CP 22 I, 25, 26).

Enfin, la diminution de la peine sera **quadruple** dans l'hypothèse d'une complicité par omission de tentative d'une infraction propre (CP 11 IV, 22 I, 25-26).

La **complicité de complicité** (N 43) appelle une diminution double de la peine¹⁰⁶. Ne retenir qu'une réduction simple, au motif que le complice du second degré contribue en dernière analyse lui aussi à l'infraction principale, reviendrait à soumettre l'intéressé au régime du cocomplice (N 41) et consacrer une inégalité de traitement (cf. Cst. 8 I). – La favorisation passant par trois maillons commande une diminution triple de la peine, etc.

VII. La complicité érigée en infraction indépendante

La partie spéciale du Code pénal suisse et le droit pénal fédéral accessoire contiennent différentes dispositions qui élèvent au rang d'infractions indépendantes des comportements constituant matériellement des actes de complicité¹⁰⁷. Une telle démarche peut être motivée par la volonté de punir l'aide apportée à un agissement atypique, par exemple le suicide (CP 115, 2^e hypothèse)¹⁰⁸ et l'évasion (CP 310 [1], 2^e hypothèse, 319, 1^{re} hypothèse), en dérogation à la règle de l'accessorité limitée (Intro CP 24-27 N 138). Une autre explication réside dans l'application aux intervenants d'un régime différencié en termes de punissabilité ou de peine, ainsi en matière d'interruption de grossesse (CP 118 I, 3^e hypothèse et III, 3^e hypothèse) et de police des étrangers (LEI 115 I-II, 116)¹⁰⁹. Le besoin d'étendre la protection du bien juridique considéré au moyen d'infractions-obstacles (de mise en danger abstrait) constitue également une justification valable (CP 226 II-III, 226^{ter} II-III, 260^{quater}; LStup 19 I [e] et [f], 2^e hypothèse; etc.). Parfois, les raisons du législateur paraissent plus

obscures (CP 271 [1] III, 272 [1] II, [Seite 468] 2^e hypothèse, 274 [1] II, 2^e hypothèse).

Toutes ces dispositions s'appliquent **sans détour** par CP 25.

L'impunité de la tentative de complicité (N 45) ne s'étend pas aux incriminations ici en cause. La **tentative** des agissements que ces dernières répriment est soumise aux prescriptions ordinaires de CP 22-23, 104 et 105 II¹⁰. **61**

Enfin, les infractions considérées peuvent à leur tour faire l'objet d'actes de **participation**, principale (activité directe, activité médiate, coactivité) et accessoire (instigation, complicité), conformément aux règles générales en la matière. **62**

On se gardera de ranger dans la catégorie ici discutée les dispositions du droit pénal fédéral accessoire qui, en la forme, **paraissent ériger** la complicité en infraction indépendante alors que, matériellement, elles se bornent à prévoir la punissabilité de la complicité d'une contravention (CP 105 II, 333 I; Intro CP 24-27 N 147-148). LCR 98a I [b] est une telle norme. **63**

Fussnoten:

- 1 ATF 74 IV 40, c. 4, JdT 1948 IV 143; ATF 81 IV 285, c. I.3, JdT 1956 IV 12; ATF 95 IV 113, c. 2b, JdT 1969 IV 108; ATF 111 IV 74, c. 5b; HAFTER, 240; LOGOZ/SANDOZ, art. 26 N 4; NYDEGGER, 136-142; SCHULTZ, AT I, 299; THORMANN/VON OVERBECK, art. 26 N 1; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 225.
- 2 GRAVEN, L'infraction, 308.
- 3 GRAVEN, L'infraction, 309; cf. DONATSCH/TAG, 165; RIKLIN, Verbrechenslehre, § 18 N 32; SEELMANN/GETH, AT 2016, N 428; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 117; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 217 s.
- 4 BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 4; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 121; cf. HURTADO POZO, PG I/2008, N 1172. *Contra*: ATF 117 IV 186, c. 3 i.f., JdT 1991 I 730; ATF 121 IV 109, c. 3; ATF 128 IV 53, c. 5f)cc; ATF 132 IV 49, c. 1.1; DONATSCH/TAG, 170.
- 5 ATF 92 IV 113, c. 2; ATF 98 IV 83, c. 2c, JdT 1973 IV 16; TF, SJ 1985 53, c. 2.
- 6 ATF 98 IV 83, c. 2c, JdT 1973 IV 16; ATF 99 IV 121, c. 1b, JdT 1974 IV 98; TF, Pra 1981 n° 121, c. 3; ATF 115 IV 256, c. 6f, JdT 1991 IV 83; ATF 118 IV 309, c. 1a; ATF 121 IV 109, c. 3a; ATF 122 IV 211, c. 3b)dd, JdT 1997 IV 165; cf. TF, 6B_115/2007 du 24 septembre 2007, c. 5.3.1, Pra 2008 n° 32; GRAVEN, L'infraction, 309; HURTADO POZO, PG I/2008, N 1171.
- 7 Cf. WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, art. 25 N 3. Plus larges: DONATSCH/TAG, 124 s., 168; RIKLIN, Verbrechenslehre, § 17 N 22 s., § 18 N 43; SCHULTZ, AT I, 136; SEELMANN/GETH, AT 2016, 431; STRATENWERTH, AT I, § 12 N 10 s., § 13 N 91; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 215 s.
- 8 Cf. SCHULTZ, AT I, 298.
- 9 Cf. BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 19; DONATSCH/TAG, 163; GRAVEN, L'infraction, 312; SCHULTZ, AT I, 298; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 122.
- 10 Cf. (exigence placée sur le terrain subjectif de l'intention; N 33) ATF 113 IV 108, c. 1, JdT 1988 IV 47; ATF 117 IV 186, c. 3, JdT 1991 I 730; ATF 121 IV 109, c. 3a; ATF 128 IV 53, c. 5f)cc; ATF 132 IV 49, c. 1.1.
- 11 ATF 108 Ib 301, c. 3b, JdT 1983 IV 119 (identité de la victime d'un homicide).
- 12 Cf. les arrêts cités aux deux n. précédentes.
- 13 ATF 117 IV 186, c. 3, JdT 1991 I 730.
- 14 ATF 78 IV 6, JdT 1952 IV 134; ATF 88 IV 21, c. 2; ATF 92 IV 113, c. 2; ATF 98 IV 83, c. 2c, JdT 1973 IV 16; ATF 109 IV 147, c. 3, JdT 1984 IV 111; TF, SJ 1985 53, c. 2; ATF 113 IV 108, c. 1, JdT 1988 IV 47; ATF 117 IV 186, c. 3, JdT 1991 I 730; ATF 118 IV 309, c. 1a; ATF 119 IV 289, c. 2c)aa, JdT 1995 IV 135; ATF 120 IV 265, c. 2c)aa; ATF 121 IV 109, c. 3a; ATF 128 IV 53, c. 5f)cc; ATF 129 IV 124, c. 3.2, JdT 2005 IV 112; ATF 132 IV 49, c. 1.1.
- 15 BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 8; DONATSCH/TAG, 169 s.; GRAVEN, L'infraction, 310 s.; HURTADO POZO, PG I/2008, N 1162 s.; RIKLIN, Verbrechenslehre, § 18 N 32; SEELMANN/GETH, AT 2016, N 428; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 117 s.; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 217 s.; WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, art. 25 N 3.
- 16 *Contra*: STRATENWERTH, AT I, § 13 N 118.
- 17 Cf. GRAVEN, L'infraction, 308.

- 18 TF, SJ 1985 53, c. 2; ATF 118 IV 309, c. 1a-b; ATF 121 IV 109, c. 3a; ATF 129 IV 124, c. 3.2, JdT 2005 IV 112; BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 20-29; DONATSCH/TAG, 168 s.; GRAVEN, L'infraction, 308; HURTADO POZO, PG I/2008, N 1167; RIKLIN, Verbrechenlehre, § 18 N 33; SCHULTZ, AT I, 296 s.; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 119; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 214 s.; WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, art. 25 N 4.
- 19 Cf. ATF 75 IV 175, c. 3, JdT 1950 IV 13; ATF 88 IV 21, c. 2, JdT 1962 IV 34; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 119; TRECHSEL/PIETH, Praxiskommentar StGB, art. 25 N 4.
- 20 BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 5; DONATSCH/TAG, 165, 169; GRAVEN, L'infraction, 309; HURTADO POZO, PG I/2008, N 1169; SCHULTZ, AT I, 298; SEELMANN/GETH, AT 2016, 427; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 118; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 214. *Contra*: SCHILD TRAPPE, Gehilfenschaft, 96-101.
- 21 ATF 69 IV 203, c. 3, JdT 1944 IV 12 (*ad aCP* 119 [1]).
- 22 ATF 78 IV 6, JdT 1952 IV 134 (*ad aCP* 119 [1]).
- 23 ATF 71 IV 117, c. 1, JdT 1945 IV 201 (*ad aCP* 119 [1]); cf. ATF 78 IV 227, c. 2, JdT 1953 IV 89.
- 24 ATF 75 IV 175, c. 3, JdT 1950 IV 13.
- 25 ATF 88 IV 21, c. 1a, JdT 1962 IV 34 (*ad aCP* 164 [1]).
- 26 ATF 92 IV 113, c. 2.
- 27 ATF 98 IV 83, c. 2b-c, JdT 1973 IV 16.
- 28 ATF 104 IV 156, c. 3, JdT 1979 IV 107.
- 29 ATF 108 Ib 301, c. 3b, JdT 1983 IV 119.
- 30 TF, SJ 1985 53, c. 3 (*ad aCP* 187).
- 31 ATF 113 IV 108, c. 2, JdT 1988 IV 47.
- 32 ATF 114 IV 112, c. 2c)bb, JdT 1989 IV 66 (*ad aCP* 151).
- 33 ATF 119 IV 289, c. 2c, JdT 1995 IV 135 (*ad aCP* 148 I).
- 34 ATF 120 IV 265, c. 2c.
- 35 ATF 121 IV 109, c. 3 (*ad aCP* 197 [1]).
- 36 ATF 129 IV 124, c. 4, JdT 2005 IV 112 (*ad aCP* 159 I).
- 37 Cf. ATF 132 IV 49, c. 1.2.
- 38 ATF 77 IV 25, c. 1, JdT 1951 IV 62 (*ad aLStup* 11 I).
- 39 ATF 80 IV 22, c. 3b, JdT 1954 IV 82 (*ad aLCD* 13 [g]).
- 40 ATF 106 IV 72, c. 2b (*ad aLStup* 19 [1] III, 3^e hypothèse); ATF 113 IV 90, c. 2a, JdT 1988 IV 79 (*ad aLStup* 19 [1] III, 3^e hypothèse).
- 41 ATF 109 IV 147, c. 3, JdT 1984 IV 111 (*ad aLCTT* 42).
- 42 ATF 111 IV 32, c. 2-3, JdT 1985 IV 87 (*ad aLCTT* 42).
- 43 ATF 113 IV 84, c. 4 *if.*, JdT 1987 I 457 (*ad aLCR* 91 I). Etant admis que les infractions dites «personnalisées» n'existent pas, tenir éveillé le conducteur alcoolisé relève de la coactivité (Intro CP 24-27 N 84).
- 44 ATF 113 IV 89, c. 2b (*ad aLStup* 19 [1] III, 3^e hypothèse).
- 45 ATF 115 IV 59, c. 3 (*ad aLStup* 19 [1] IV, 3^e hypothèse).
- 46 ATF 117 IV 186, c. 4a, JdT 1991 I 730 (*ad aLCR* 91 I).
- 47 Cf. ATF 130 IV 131, c. 2.4, JdT 2006 IV 97 (*ad aLStup* 19 [1] II-V).
- 48 ATF 79 IV 145; BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 23; DONATSCH/TAG, 169; GRAVEN, L'infraction, 308; HURTADO POZO, PG I/2008, N 1167; SCHULTZ, AT I, 296; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 119; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 215; TRECHSEL/PIETH, Praxiskommentar StGB, art. 25 N 4; WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, art. 25 N 4; cf. ATF 72 IV 97, c. 2, JdT 1947 IV 3; ATF 75 IV 106, c. 2 *if.*, JdT 1949 IV 119; ATF 75 IV 175, c. 3, JdT 1950 IV 13; ATF 113 IV 84, c. 4, JdT 1987 I 457.
- 49 ATF 70 IV 12, c. 3, JdT 1944 IV 39; BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 24; GRAVEN, L'infraction, 310; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 119; TRECHSEL/PIETH, Praxiskommentar StGB, art. 25 N 4.

- 50 BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 23 s.; DONATSCH/TAG, 169; GRAVEN, L'infraction, 308; RIKLIN, Verbrechenslehre, § 18 N 33; SCHULTZ, AT I, 296; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 215; WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, art. 25 N 4.
- 51 Cf. ATF 113 IV 84, c. 4, JdT 1987 I 457 (par intérêt pour le déplacement, passager prenant place dans le véhicule automobile que l'auteur direct conduit malgré une incapacité, au sens de LCR 91 I [a] et II [a]).
- 52 ATF 70 IV 12, c. 3, JdT 1944 IV 39; BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 25; DONATSCH/TAG, 169; RIKLIN, Verbrechenslehre, § 18 N 33; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 119 *if*; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 215; TRECHSEL/PIETH, Praxiskommentar StGB, art. 25 N 4; WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, art. 25 N 4.
- 53 (Apparemmement) plus larges: BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 28; DONATSCH/TAG, 169; SCHULTZ, AT I, 296.
- 54 DONATSCH/TAG, 169; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 119 *if*; WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, art. 25 N 4.
- 55 ATF 78 IV 6, JdT 1952 IV 134; ATF 88 IV 53, c. 5a; ATF 96 IV 115, JdT 1971 IV 90; ATF 98 IV 83, c. 2c, JdT 1973 IV 16; ATF 104 IV 156, c. 3, JdT 1979 IV 107; ATF 109 IV 147, c. 3, JdT 1984 IV 111; TF, SJ 1985 53, c. 2; ATF 113 IV 108, c. 1, JdT 1988 IV 47; ATF 117 IV 186, c. 3, JdT 1991 I 730; ATF 118 IV 309, c. 1a; ATF 119 IV 289, c. 2c)aa, JdT 1995 IV 135; ATF 120 IV 265, c. 2c)aa; ATF 121 IV 109, c. 3a; ATF 128 IV 53, c. 5f)cc; ATF 129 IV 124, c. 3.2, JdT 2005 IV 112; ATF 132 IV 49, c. 1.1; ATF 132 IV 132, c. 4.2, JdT 2007 IV 133; ATF 133 IV 58, c. 5.3.1.
- 56 BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 8; RIKLIN, Verbrechenslehre, § 18 N 32; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 218.
- 57 Techniquement réalisée, la complicité de tentative de dommage à la propriété de peu d'importance (CP 25, 22 I, 104, 144 I, 172^{ter} I) est pénalement indifférente, car CP 172^{ter} I ne punit ni la tentative ni la complicité (cf. CP 105 II; Intro CP 24-27 N 147).
- 58 ATF 117 IV 186, c. 3, JdT 1991 I 730; ATF 119 IV 289, c. 2c)aa, JdT 1995 IV 135; ATF 120 IV 265, c. 2c)aa; ATF 129 IV 124, c. 3.2, JdT 2005 IV 112; SEELMANN/GETH, AT 2016, N 428; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 118; cf. GRAVEN, L'infraction, 311.
- 59 ATF 109 IV 147, c. 4, JdT 1984 IV 111.
- 60 ATF 111 IV 32, c. 2-3, JdT 1985 IV 87.
- 61 ATF 114 IV 112, c. 2c)bb, JdT 1989 IV 66.
- 62 ATF 117 IV 186, c. 4c, JdT 1991 I 730.
- 63 ATF 119 IV 289, c. 2c)cc, JdT 1995 IV 135.
- 64 ATF 121 IV 109, c. 3c (§ 5-6).
- 65 ATF 120 IV 265, c. 2c)aa *if*.
- 66 RIKLIN, Verbrechenslehre, § 18 N 34; SEELMANN/GETH, AT 2016, N 430; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 120; WOHLERS, 428. Plus réservés: BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 37-39; DONATSCH/TAG, 166, 167 s.
- 67 Pour les différentes positions: BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 30-34, 37-49; DONATSCH/TAG, 165-168; FORSTER, 135-140; PC CP, art. 25 N 12; RIKLIN, Verbrechenslehre, § 18 N 34; SCHILD TRAPPE, Gehilfenschaft, 182-191; SEELMANN/GETH, AT 2016, N 430; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 120; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 216; TRECHSEL/PIETH, Praxiskommentar StGB, art. 25 N 7; WOHLERS, 436-438; WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, art. 25 N 5.
- 68 BGHSt 46 107, c. I.2c.
- 69 STRATENWERTH, AT I, § 13 N 92.
- 70 BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 3 s.; DONATSCH/TAG, 170; HURTADO POZO, PG I/2008, N 1176; SEELMANN/GETH, AT 2016, N 433.
- 71 Cf. GRAVEN, L'infraction, 312; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 121; TRECHSEL/PIETH, Praxiskommentar StGB, art. 25 N 10; WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, art. 25 N 6.
- 72 BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 3; DONATSCH/TAG, 170; GRAVEN, L'infraction, 312; HURTADO POZO, PG I/2008, N 1176; SEELMANN/GETH, AT 2016, N 433; SCHULTZ, AT I, 298; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 121.
- 73 ATF 109 IV 147, c. 4, JdT 1984 IV 111; ATF 111 IV 32, c. 2, JdT 1985 IV 87; ATF 113 IV 108, c. 1, JdT 1988 IV 47; ATF 117 IV 186, c. 3, JdT 1991 I 730. Dépassé: ATF 78 IV 6, JdT 1952 IV 134.
- 74 ATF 121 IV 109, c. 3a; ATF 122 IV 109, c. 3a; ATF 122 IV 109, c. 3a; ATF 128 IV 53, c. 5f)cc; ATF 132 IV 49, c. 1.1.
- 75 STRATENWERTH, AT I, § 13 N 156.

- 76 Cf. STRATENWERTH, AT I, § 13 N 156 *if*.
- 77 Cf. les arrêts cités à la n. 10.
- 78 BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 4; DONATSCH/TAG, 170; GRAVEN, L'infraction, 312; HURTADO POZO, PG I/2008, N 1176; SCHULTZ, AT I, 298; SEELMANN/GETH, AT 2016, N 433.
- 79 Cf. les arrêts cités à la n. 74.
- 80 GRAVEN, L'infraction, 309, 323; cf. ATF 87 IV 49, c. 2 *in medio*, JdT 1961 IV 122; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 147.
- 81 BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 54, 56; DONATSCH/TAG, 172; RIKLIN, Verbrechenslehre, § 18 N 70; SCHULTZ, AT I, 299; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 223.
- 82 ATF 71 IV 117, c. 2, JdT 1945 IV 201; BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 54, 56; DONATSCH/TAG, 172; HURTADO POZO, PG I/2008, N 1177; RIKLIN, Verbrechenslehre, § 18 N 72; SCHULTZ, AT I, 299; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 122; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 222 s.
- 83 BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 55 s.; DONATSCH/TAG, 172; RIKLIN, Verbrechenslehre, § 18 N 71; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 122; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 223.
- 84 Cf. GRAVEN, L'infraction, 313.
- 85 GRAVEN, L'infraction, 308 s.
- 86 BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 59; GRAVEN, L'infraction, 308 s.; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 159; cf. DONATSCH/TAG, 171 (complicité de l'infraction principale).
- 87 STRATENWERTH, AT I, § 13 N 159.
- 88 ATF 143 IV 361, c. 4.10, JdT 2018 IV 61; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 159.
- 89 BSK StGB-FORSTER, art. 24 N 61; DONATSCH/TAG, 162; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 159; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 212; cf. ATF 85 IV 130, c. 5, JdT 1959 IV 142.
- 90 ATF 78 IV 6, JdT 1952 IV 134; BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 60; GRAVEN, L'infraction, 308 s.; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 159.
- 91 Exemple repris de STRATENWERTH, AT I, § 13 N 161.
- 92 STRATENWERTH, AT I, § 13 N 160 s.; cf. BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 60.
- 93 Cf. STRATENWERTH, AT I, § 13 N 161 *if*; BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 60.
- 94 BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 62; RIKLIN, Verbrechenslehre, § 18 N 67; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 123; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 219.
- 95 DONATSCH/TAG, 170 s.; GRAVEN, L'infraction, 312; HURTADO POZO, PG I/2008, N 1181; RIKLIN, Verbrechenslehre, § 18 N 66; SCHULTZ, AT I, 298; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 129; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 220.
- 96 BSK StGB-NIGGLI/MUSKENS, art. 11 N 136; DONATSCH/TAG, 330 s.; SEELMANN/GETH, AT 2016, N 449; STRATENWERTH, AT I, § 15 N 13.
- 97 DONATSCH/TAG, 330; SEELMANN/GETH, AT 2016, N 449; STRATENWERTH, AT I, § 15 N 13; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 255; cf. BSK StGB-NIGGLI/MUSKENS, art. 11 N 136.
- 98 ATF 79 IV 145; ATF 113 IV 68, c. 5-7, JdT 1988 IV 74; TF, SJ 1985 53, c. 2; ATF 118 IV 309, c. 1; ATF 121 IV 109, c. 3a.
- 99 DONATSCH/TAG, 330 s.; RIKLIN, Verbrechenslehre, § 19 N 37; STRATENWERTH, AT I, § 15 N 16; cf. BSK StGB-NIGGLI/MUSKENS, art. 11 N 139, 141. *Contra*: SCHULTZ, AT I, 297.
- 100 GRAVEN, L'infraction, 292 s.; HURTADO POZO, PG I/2008, N 1340; RIKLIN, Verbrechenslehre, § 19 N 37; STRATENWERTH, AT I, § 15 N 16.
- 101 Pour l'ancien droit: GRAVEN, L'infraction, 313 s.; HAFTER, 234; LOGOZ/SANDOZ, art. 25 N 5; SCHULTZ, AT I, 298; SCHWANDER, N 266; THORMANN/VON OVERBECK, art. 25 N 7.
- 102 ATF 143 IV 179, c. 1.5.1, JdT 2018 IV 11; PC CP, art. 25 N 13; RIKLIN, Verbrechenslehre, § 18 N 41; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 123; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 218; TRECHSEL/PIETH, Praxiskommentar StGB, art. 25 N 11; WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, art. 25 N 7.
- 103 PC CP, art. 25 N 13; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 123; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT I, 218.

- 104 Cf. ATF 116 IV 11, c. 2e, JdT 1991 IV 135; ATF 116 IV 300, c. 2a, 2b)bb, JdT 1992 IV 66; ATF 121 IV 49, c. 1b, JdT 1997 IV 34; ATF 127 IV 101, c. 2b (toutefois impropre dans la terminologie); OFK/StGB/JStG-HEIMGARTNER, art. 48a N 4; TRECHSEL/PIETH, Praxiskommentar StGB, art. 48 N 2 s.
- 105 Cf. ATF 95 IV 113, c. 3, JdT 1969 IV 108 (*ad* aCP 25).
- 106 STRATENWERTH, AT I, § 13 N 160. Plus nuancé (apparemment): BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 60.
- 107 GRAVEN, L'infraction, 314; TRECHSEL/PIETH, Praxiskommentar StGB, art. 25 N 1.
- 108 GRAVEN, L'infraction, 314; cf. ATF 113 IV 42, c. 2 *if.*; mais aussi STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 1 N 63.
- 109 Cf. ATF 137 IV 153, c. 1.7-1.8; ATF 137 IV 159, c. 1.5.1, JdT 2012 IV 107.
- 110 TF, Rep 1982 63, c. 1; ATF 130 IV 20, c. 2.3, JdT 2005 IV 286; ATF 133 IV 187, c. 3.2 *if.*; BSK StGB-FORSTER, art. 25 N 53; GRAVEN, L'infraction, 314; HAFTER, 235; LOGOZ/SANDOZ, art. 25 N 3c. *Contra*: STRATENWERTH, AT I, § 13 N 129.

Appendix 2

Gaggioli, "La responsabilité de la Suisse en tant que dépositaire des Conventions de Genève" – pages 425 to 429

Zeitschrift für schweizerisches Recht 144 (2025) II, pp. 397-435, section D and surrounding context

[p. 425] These examples show that, in the practice relating to the Geneva Conventions and their Additional Protocols, the role of the depositary is not confined to a purely notarial one. The political and legal implications of accepting instruments of accession or unilateral declarations from national liberation movements are significant. Likewise, the requests made by the international community to the depositary to convene conferences of the High Contracting Parties are symptomatic of an expectation that Switzerland, as depositary, will take concrete action towards better compliance with IHL [international humanitarian law]. Switzerland has embodied the role of depositary in a manner that is not minimalist. As Klingele so aptly writes:

"This classic role of depositary does not, however, mean that Switzerland would be precluded from assuming a broader responsibility for the Geneva Conventions. As a State Party already, it is bound not only to respect the treaty provisions within its own legal order but also, collectively, to see to their observance by the other States Parties, pursuant to article 1 common to the four Conventions and to Additional Protocol I. In view of that collective responsibility, which underlines the fundamental significance of international humanitarian law, it appears entirely logical that Switzerland should regard its depositary functions not as a mere mandate of good administration, but also as a political and moral obligation to see to the observance of these treaties and to work for the development of international humanitarian law."[156]

This quotation forms a perfect transition to introduce the third and final part of this article, which addresses the question of whether the role of depositary entails an enhanced legal responsibility in connection with the obligation to ensure respect for IHL, or at least a specific political and moral responsibility.

D. The obligation to respect and ensure respect for international humanitarian law: a greater responsibility for the depositary?

[p. 426] All States Parties to the Geneva Conventions and their Additional Protocols have the obligation to "respect and ensure respect for" international humanitarian law[157]. This is a customary rule applying in both international and non-international armed conflicts[158]. The rule also brings out the *erga omnes* character of IHL obligations[159]. In other words, the international community has a "legitimate interest" in seeing these rules respected.

The obligation to "respect and ensure respect for" IHL has an internal and an external component. First, States Parties must see to it that their armed forces, and also the populations living under their control in a broad sense, comply with IHL. That is the internal component, which reflects the maxim *pacta sunt servanda*[160]. But the obligation to

"respect and ensure respect for" would have no practical effect if it were confined to that purely internal component.

Its external component, which is of greater interest here, means that all States – in particular third or "neutral" States, to use the terminology of IHL – have an obligation to "ensure respect for" IHL by belligerent parties. That obligation has a negative dimension, namely that States must not encourage violations of IHL. The case of *Nicaragua v. United States of America* is a perfect illustration of this negative obligation[161]. In essence, the ICJ held that the United States had breached the obligation to ensure respect for IHL by distributing to the *contra* forces – the rebel forces opposed to the Nicaraguan government – a manual on psychological operations which encouraged the commission of grave breaches of IHL, such as the killing of judges following sham trials[162]. This negative dimension of the obligation to ensure respect for IHL is not generally contested

[p. 427] In addition, this obligation has a positive component. That is, at any rate, the firmly settled position of the ICRC[163], to which we subscribe – as do many other authors[164] – notwithstanding certain divergent views[165]. If such a positive component is accepted, it is important to determine the standard: that is, how far can a State be expected to take measures to ensure respect for IHL? According to the ICRC, a State must "exercise its influence[166]" and do "everything reasonably in its power[167]". It would therefore appear that not all States are in the same position. The higher the degree of influence, the more a State is expected to take measures to ensure respect for IHL – but this is no more than an obligation of means. In other words, while technically the obligation to ensure respect for IHL is the same for all, its implementation will differ according to the degree of influence the State is able to exert.

In our view, this is the key to answering the question of Switzerland's particular responsibility with regard to IHL. It is beyond doubt that Switzerland, as depositary State and as a State Party to the Geneva Conventions and Additional Protocols, has an obligation to "ensure respect for" IHL. That obligation would be the same whether or not Switzerland were the depositary of the IHL treaties[168]. Its position as depositary, however, gives it an additional degree of influence as compared with another State Party. That degree of influence is further amplified by Switzerland's historical role as a promoter of IHL, the development of which would not have been possible without the joint commitment of Switzerland and of many of its nationals[169]. To this is added Switzerland's permanent neutrality, which makes it a State particularly well placed to intervene in favour of better compliance with IHL.

[p. 428] It should be emphasized that Switzerland's permanent neutrality in no way means that it is prevented from taking a position, from denouncing violations of IHL, or from calling on a belligerent party to comply with its rules. On the contrary, this permanent neutrality, in its Swiss version, is rather a source of political and moral responsibility in support of the humanitarian tradition that characterizes Switzerland[170].

It is worth noting that, among the many measures, individual or collective, that States may take pursuant to the obligation to "ensure respect for" IHL, the possibility of convening meetings of the High Contracting Parties features prominently[171]. We have seen above the essential role played by Switzerland, as depositary, in convening such meetings.

In practice, Switzerland has made notable efforts to ensure respect for IHL and has consistently positioned itself as a leader in the field. Switzerland's interventions calling for greater compliance with IHL are innumerable.

[p. 428-429] As Federal Councillor Mr Ignazio Cassis has observed:

"Switzerland is well placed to promote IHL. It is distinguished by its neutrality, its humanitarian tradition and its status as depositary State of the Geneva Conventions. That is why respect for, the strengthening of and the promotion of IHL are among its foreign-policy priorities."[172]

Beyond mere words, in practice, Switzerland has taken action to respect and ensure respect for IHL. The following may be noted, non-exhaustively and in no particular order:

(1) Internal measures:

- Switzerland's voluntary reports, which seek to give an account of Switzerland's implementation of IHL and, at the same time, to encourage other States to undertake the same exercise[173]. It should be noted that this initiative follows the large-scale project conducted alongside the ICRC from 2015 to 2019, which sought to strengthen the implementation of IHL, for example by establishing a forum in which States could debate questions relating to IHL, and which unfortunately ended in failure[174].
- The establishment of a national IHL commission in 2009, named the "Interdepartmental Committee on International Humanitarian Law"[175].
- Switzerland also stands out in the fight against impunity, being one of the few countries that recognizes and applies the principle of universal jurisdiction[176].
- Financial support for projects seeking to strengthen IHL[177].

(2) External measures:

- Diplomatic efforts and public denunciations of violations committed by belligerent parties[178].
- Influence within the Security Council in favour of the protection of civilians[179].
- Switzerland's good offices, historically including the role of Protecting Power, but also its position as host State of various international meetings (governmental experts and others) connected with IHL, including the International Conferences of the Red Cross and Red Crescent.
- The other measures mentioned above to ensure the implementation of IHL through support for the ICRC, and also through the maintenance of the Secretariat and the promotion of the International Humanitarian Fact-Finding Commission[180].
- The meetings of the High Contracting Parties convened pursuant to the depositary role[181].

[p. 429] More than that, the international community clearly appears to expect Switzerland to play an active role for better compliance with IHL. Whether the United Nations General Assembly, the United Nations Secretary-General, the International Conference of the Red Cross and Red Crescent, or States Parties, many call on Switzerland to organize periodic

meetings, conferences of the High Contracting Parties, consultations of States Parties, and expert meetings in order to ensure better compliance with IHL[182]. Commentators on Swiss foreign policy frequently urge Switzerland to adopt an active role in favour of IHL in one context or another[183].

NOTE: Footnote markers are preserved as [157] to [173] so that they can be matched against the French original; the footnote text has not been translated.



Archive ouverte UNIGE

<https://archive-ouverte.unige.ch>

Article scientifique

Article

2025

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La responsabilité de la Suisse en tant que dépositaire des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels

Gaggioli Gasteyger, Gloria

How to cite

GAGGIOLI GASTEYGER, Gloria. La responsabilité de la Suisse en tant que dépositaire des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels. In: Zeitschrift für schweizerisches Recht, 2025, vol. 144, n° II, p. 397–435.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:186924>

© The author(s). This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial (CC BY-NC 4.0) <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0>

La responsabilité de la Suisse en tant que dépositaire des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels*

GLORIA GAGGIOLI**

* Je tiens à remercier mes collaborateurs, Dr Eugénie Duss, pour l'aide à la recherche sous-tendant cet article et Dr Pavle Kilibarda pour son travail de révision éditoriale.

** Professeure ordinaire à l'Université de Genève, Faculté de droit.

Table des matières

A. Introduction 399

B. La Suisse, plus qu’un État Partie aux traités humanitaires 403

 I. Le rôle de la Suisse dans le développement du droit international humanitaire 403

 II. La place de la Suisse dans les traités de droit international humanitaire 405

 III. La Suisse et les mécanismes de mise en œuvre du droit international humanitaire 406

C. Le rôle de depositaire en droit international général et en droit international humanitaire 414

 I. Le rôle de depositaire en droit international général 414

 II. Le rôle de depositaire en droit international humanitaire: particularismes? 420

 1. Particularismes dans le droit 420

 2. Défis rencontrés dans la pratique 423

D. Obligation de respecter et faire respecter le droit international humanitaire: une responsabilité plus grande pour le depositaire? 426

E. Conclusion: Une responsabilité juridique accrue? ou une responsabilité politique et morale? 431

Bibliographie 433

A. Introduction

Notre monde fait face à de multiples conflits armés de grande ampleur, comme à nos portes la guerre en Ukraine ou encore à Gaza, sans oublier les conflits laissés pour compte, comme au Burkina Faso, Yémen, ou au Soudan. La question du respect du droit international humanitaire (DIH), à savoir le corps de droit international conçu pour maintenir un minimum d’humanité dans les conflits armés qu’ils soient internationaux ou non, est plus prégnante que jamais. Nos regards se portent habituellement sur les parties belligérantes et leurs obligations en vertu des Conventions de Genève de 1949 et de leurs Protocoles additionnels de 1977. Ils se portent aussi souvent sur le rôle de la «communauté internationale», des Nations Unies, du CICR et autres organismes humanitaires. En réalité, ce sont essentiellement les États, tous les États, qui ont une responsabilité, à savoir une obligation légale d’agir individuellement et collectivement pour «faire respecter» le droit international humanitaire¹.

1 Convention (I) de Genève pour l’amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949, 75 U.N.T.S. 31, art. 1; Convention (II) de Genève pour l’amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949, 75 U.N.T.S. 85, art. 1; Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949, 75 U.N.T.S. 125, art. 1; et Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, 75 U.N.T.S. 287, art. 1; cf. Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) du 8 juin 1977, 1125 U.N.T.S. 3, art. 1 § 1. JEAN-MARIE HENCKAERTS/LOUISE DOSWALD-BECK, Droit international humanitaire coutumier, Bruxelles 2006, 670, Règle 144.

A cet égard, la Suisse semble tenir une place singulière. En tant qu'État dépositaire des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels, elle est souvent considérée – à tort ou à raison – comme ayant une responsabilité particulière vis-à-vis du droit international humanitaire. Cette perception est renforcée par la tradition humanitaire forte de la Suisse, du fait notamment de son rôle et de celui de ses ressortissants dans le développement du droit international humanitaire moderne et du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. La neutralité permanente de la Suisse, est un autre trait distinctif, voire même élément identitaire sur le plan de la politique extérieure², qui va de pair avec cette tradition humanitaire. Comme le répète inlassablement le DFAE, «neutralité ne saurait être comprise comme de l'indifférence»³. Ainsi, loin d'être un frein à l'engagement en faveur du droit international humanitaire de la Suisse, le concept de neutralité en est un catalyseur, un gage de crédibilité et de légitimité⁴. Dans la pratique récente également, la Suisse s'est montrée exemplaire à bien des égards en matière de promotion et respect du droit humanitaire, même s'il est vrai qu'elle a eu le luxe de ne plus être aux prises avec un conflit armé depuis 1815⁵.

Sans surprise, dans le climat multilatéral explosif, certains positionnements de la Suisse (ou leur absence) ont pu surprendre. Dans le contexte de la guerre en Ukraine, alors que la portée de sa neutralité était largement débattue⁶, l'absence de soutien fort et vocal au CICR lorsque les parties belligérantes tardaient à ouvrir les portes de leurs lieux de détention pour que le CICR puisse exercer son droit de visite des prisonniers de guerre et des internés civils conformément au droit humanitaire, a pu interroger. De manière symptomatique, François Nordmann, ancien diplomate suisse, plaidait en 2023 dans les colonnes du *Temps* pour que la Suisse convoque une conférence ministérielle, comme elle l'avait fait dans le contexte de la guerre en ex-Yougoslavie en 1993 pour traiter de la protection des civils en Ukraine et dans d'autres pays frappés par les

2 CONSEIL FÉDÉRAL, Stratégie de politique extérieure 2024–2027, 2024, <<https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/dfae/publikationen/alle-publikationen.html/content/publikationen/fr/eda/schweizer-aussenpolitik/Aussenpolitische-Strategie-2024–2027>> (consulté le 23 janvier 2025) 41 ss.

3 *Ibid.*, 16.

4 «[L]e statut de neutralité ne constitue ni un obstacle à l'engagement humanitaire de la Suisse, ni un frein à ses efforts en matière de bons offices, bien au contraire.» DANIEL KLINGELE, «Le rôle de la Suisse en tant qu'État neutre et dépositaire des Conventions de Genève», 26:4 *Refugee Survey Quarterly* (2007), 192–197, 193.

5 L'année 1815 marque la fin de l'implication de la Suisse dans les guerres napoléoniennes. A leur issue, le Congrès de Vienne a reconnu la Suisse comme État neutre. La Suisse a depuis lors réussi à maintenir sa neutralité, y compris dans le contexte des deux guerres mondiales. On peut noter néanmoins le conflit interne de la Guerre du Sonderbund en 1847 qui a vu s'opposer les cantons catholiques à la Confédération suisse. Voir plus dans THOMAS MEISSEN, *Histoire de la Suisse*, Villeneuve d'Ascq 2019, 187 ss.

6 Bien que la Suisse ait condamné l'agression russe et se soit alignée sur les sanctions de l'UE, elle a été critiquée en lien avec la décision du Conseil fédéral concernant la réexportation de matériel de guerre vers l'Ukraine; une décision prise sur la base de la loi fédérale sur le matériel de guerre.

conflits armés, tout en soulignant que «[l]a fonction d'État dépositaire des Conventions de Genève qu'exerce la Suisse lui confère une responsabilité particulière dans l'application de ces traités, dont on célébrera l'an prochain le 75^e anniversaire»⁷.

Dans le contexte de la résurgence des hostilités à Gaza depuis les attaques terroristes du Hamas du 7 octobre 2023, la décision de la Suisse, en décembre 2023, de geler temporairement les financements de l'Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient (UNRWA)⁸, alors que la population gazaoui n'a plus accès aux biens essentiels à sa survie et qu'Israël est accusée de génocide à l'encontre du peuple palestinien à Gaza devant la Cour internationale de Justice⁹, a donné lieu à des critiques¹⁰, et ce même à l'interne du gouvernement suisse¹¹. Par ailleurs, l'Assemblée générale des Nations Unies, dans une résolution historique exigeant

7 FRANÇOIS NORDMANN, «CICR: la Suisse doit prendre une initiative diplomatique», *Le Temps*, 11 septembre 2023.

8 La Suisse gèle ses financements à l'UNRWA en décembre 2023 puis octroie en mai 2024 10 millions (contre les 20 millions initiaux) destinés exclusivement à Gaza pour couvrir les besoins les plus urgents d'avril à décembre 2024. Cf. MÉDECINS SANS FRONTIÈRES, «Suisse: Le non-versement de l'aide de l'UNRWA aggrave la crise humanitaire à Gaza», 31 janvier 2024, <<https://www.msf.ch/nos-actualites/communiqués-presse/suisse-non-versement-laide-lunrwa-aggrave-crise-humanitaire-gaza>> (consulté le 23 janvier 2025); «Une commission du National prône un soutien partiel à l'UNRWA jusqu'à la fin de l'année seulement», *Radio télévision suisse*, 30 avril 2024, <<https://www.rts.ch/info/suisse/2024/article/une-commission-du-national-prone-un-soutien-partiel-a-l-unrwa-jusqu-a-la-fin-de-l-annee-seulement-28487943.html>> (consulté le 23 janvier 2025); «La Suisse versera 10 millions à l'UNRWA», *Swissinfo*, 8 mai 2024, <<https://www.swissinfo.ch/fr/la-suisse-versera-10-millions-%c3%a0-l-%27unrwa/77146436>> (consulté le 23 janvier 2025); et DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, «Le Conseil fédéral accorde une aide supplémentaire aux victimes du conflit au Proche Orient», 6 septembre 2006, <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-7193.html>> (consulté le 23 janvier 2025). Une note interne du DFAE datant de février 2024 qui a fuité dans la presse indique que couper les vivres de l'UNRWA à Gaza pourrait porter violation de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide. Cf. «Financement de l'UNRWA: un document embarrassant passé sous silence», *Radio télévision suisse*, 10 novembre 2024, <<https://www.rts.ch/info/suisse/2024/article/financement-de-l-unrwa-un-document-embarrassant-passe-sous-silence-28690560.html>> (consulté le 23 janvier 2025). Pour les évolutions plus récentes, voir: PHILIPPE BOEGLIN, «Le Conseil des Etats rejette une motion UDC et la Suisse maintient ses contributions à l'UNRWA», *Le Temps*, 18 mars 2025.

9 Voir CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dans la bande de Gaza (Afrique du Sud c. Israël)*, Requête introductive d'instance et demande en indication de mesures conservatoires enregistrée au Greffe de la Cour le 29 décembre 2023.

10 Cf. «La Suisse mandatée par l'Assemblée générale de l'ONU pour organiser une réunion sur le conflit au Proche-Orient», *Radio télévision suisse*, 19 septembre 2024, <https://www.rts.ch/info/suisse/2024/article/la-suisse-mandatee-par-l-assemblee-generale-de-l-onu-pour-organiser-un-e-reunion-sur-le-conflit-au-proche-orient-28635228.html?utm_source=chatgpt.com> (consulté le 23 janvier 2025); «De son côté, la Suisse est très observée, voire parfois critiquée, sur la scène internationale après les multiples discussions parlementaires sur l'aide financière à l'Agence de l'ONU sur les réfugiés palestiniens (UNRWA). Le Conseil national vient de se prononcer en faveur de coupes immédiates, mais le dossier doit encore être discuté en décembre au Conseil des Etats.»

11 NORDMANN, *supra* n. 7.

d'Israël de mettre fin à sa présence illicite dans le Territoire palestinien occupé, a invité la Suisse – en vertu de son rôle de dépositaire – à convoquer une conférence des Hautes Parties contractantes aux Conventions de Genève sur la protection des civils dans le Territoire palestinien occupé¹²; conférence qui était prévue pour mars 2025, mais qui a finalement été annulée par la Suisse invoquant une absence de consensus¹³. A noter que la Suisse s'est abstenue au moment du vote sur cette résolution qu'elle a jugée trop ambitieuse, notamment car elle demande la fin de l'occupation israélienne d'ici une année sans garanties sécuritaires¹⁴.

Comme ces exemples l'illustrent, un rôle actif de la Suisse pour un meilleur respect du droit humanitaire est attendu par la communauté internationale et ce rôle est mis en relation avec, d'une part, la posture de politique étrangère de la Suisse ancrée autour de sa neutralité et de sa tradition humanitaire, et d'autre part de son rôle de dépositaire des traités de droit humanitaire moderne, de même que de ses liens forts avec le CICR en tant qu'État hôte mais aussi de soutien traditionnel à cette organisation.

Le présent article, loin de vouloir traiter des controverses politiques susmentionnées, a pour objectif d'investiguer les questionnements juridiques qui sous-tendent ces perceptions largement maintenues selon lesquelles la Suisse a une responsabilité particulière en droit international humanitaire du fait de son rôle de dépositaire. La question centrale posée ici est celle de savoir si la Suisse a une responsabilité juridique particulière – différente de celle d'autres États Parties aux Conventions de Genève – et, si oui, quelle en serait la source juridique et sa portée. Si non, la Suisse aurait-elle du moins une responsabilité politique

12 Rés AG A/ES-10/L.31/Rev.1, para. 12: «*Demande* la convocation d'une conférence des Hautes Parties contractantes à la quatrième Convention de Genève, relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, pour que celles-ci examinent les mesures à prendre pour faire appliquer la Convention dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et la faire respecter, comme le commande l'article premier commun aux quatre Conventions de Genève, et invite à cet égard le Gouvernement suisse, en sa qualité de dépositaire des Conventions de Genève, à convoquer cette conférence dans un délai de six mois à compter de l'adoption de la présente résolution.»

13 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, «Conférence des Hautes Parties contractantes aux Conventions de Genève», 14 novembre 2024, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-103146.html?utm_source=chatgpt.com> (consulté le 23 janvier 2025). Sur l'annulation de la Conférence, voir:

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, «La Conférence des Hautes Parties contractantes aux Conventions de Genève prévue le 7 mars n'aura pas lieu», 6 mars 2025, <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-104408.html>> (consulté le 31 mars 2025). Voir aussi: LUIS LEMA, «Dans le dossier proche-oriental, la «Suisse manque d'audace et d'ambition», Le Temps, 17 mars 2025.

14 «La Suisse mandatée par l'Assemblée générale de l'ONU pour organiser une réunion sur le conflit au Proche-Orient», Radio télévision suisse, 19 septembre 2024, <https://www.rts.ch/info/suisse/2024/article/la-suisse-mandatee-par-l-assemblee-generale-de-l-onu-pour-organiser-une-reunion-sur-le-conflit-au-proche-orient-28635228.html?utm_source=chatgpt.com> (consulté le 23 janvier 2025).

ou morale particulière et quels en seraient les fondements? Enfin, dans quelle mesure la position de la Suisse pourrait donner lieu à des attentes légitimes de la part de la communauté internationale?

Pour répondre à ces questions, nous commencerons par offrir une vue panoramique du rôle particulier de la Suisse en relation avec le développement du droit humanitaire et ses mécanismes de mise en œuvre (partie II). Il ne s'agira pas ici de fournir une revue historique détaillée, mais plutôt de mettre l'accent sur les grandes étapes et sur les différents rôles joués par la Suisse, en plus de son statut d'État Partie aux traités de droit humanitaire. Ensuite, nous nous pencherons sur le rôle de dépositaire en droit international général et nous verrons si ce rôle diffère en droit international humanitaire du régime juridique général (partie III). Enfin, nous examinerons si en plus du rôle de dépositaire, la Suisse a une responsabilité juridique accrue en lien avec l'obligation de «respecter et faire respecter» le droit international humanitaire (partie IV). Nous concluons en résumant notre position sur la question de savoir si la Suisse a une responsabilité juridique particulière vis-à-vis du DIH (en comparaison à d'autres États) ou simplement une responsabilité politique et morale à cet égard.

B. La Suisse, plus qu'un État Partie aux traités humanitaires

En guise d'introduction, notons que la Suisse est elle-même partie aux Conventions de Genève de 1949, qui bénéficient par ailleurs d'une ratification universelle. Elle est aussi partie aux Protocoles additionnels et à tous les traités contemporains majeurs de droit humanitaire. S'il est vrai que la Suisse a des obligations en vertu des traités de droit humanitaire au même titre que n'importe quel autre État Partie, force est de constater qu'elle tient une place singulière dans l'histoire du développement du droit humanitaire, dans ses textes eux-mêmes et dans son implication pour mettre à disposition des États des mécanismes de mise en œuvre utiles.

I. Le rôle de la Suisse dans le développement du droit international humanitaire

Historiquement, la Suisse et ses ressortissants ont joué un rôle central dans le développement du droit international humanitaire moderne et du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. C'est Henry Dunant, un homme d'affaire genevois, choqué par les affres de la guerre de Solferino, qui a initialement lancé l'idée de développer un traité pour protéger les soldats blessés et malades, mais aussi de créer des sociétés de secours pour leur venir en aide. Dans son récit de guerre, *Un Souvenir de Solferino*, Henry Dunant suggère de manière visionnaire: «Dans des occasions extraordinaires, comme celles qui réunissent, par exemple à Cologne ou à Châlons, des princes de l'art

militaire, appartenant à des nationalités différentes, ne serait-il pas à souhaiter qu'ils profitent de cette espèce de congrès pour formuler quelque principe international, conventionnel et sacré, lequel, une fois agréé et ratifié, servirait de base à des *Sociétés de secours pour les blessés* dans les divers pays de l'Europe?¹⁵».

Cette proposition fut ensuite portée par le Comité de Genève, formé d'Henry Dunant, du juriste Gustave Moynier, du Général Guillaume Henri Dufour, et des médecins Louis Appia et Théodore Maunoir, et trouva une résonance auprès des Puissances de l'époque¹⁶. Sur demande du Comité des cinq, le Conseil fédéral invita les gouvernements d'Europe et plusieurs États américains à prendre part à une Conférence internationale à Genève (du 8–22 août 1864) qui avait pour but d'adopter une convention pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne¹⁷. C'est ainsi que la Convention de Genève de 1864 a pu voir le jour¹⁸.

Certes, cette Convention de 1864 n'a pas été la seule à forger le droit international humanitaire moderne. Il faut mentionner à ce titre l'impact également du Code Lieber de 1863, à savoir des instructions militaires rédigées par le professeur allemand, Francis Lieber, à la demande du Président Abraham Lincoln aux prises avec la guerre de Sécession, qui constituent une bonne illustration de ce qui était généralement considéré comme étant les règles et principes coutumiers applicables à l'époque¹⁹. Il ne faut pas omettre non plus de mentionner les Conventions de la Haye de 1907 et leur Règlement annexé, qui ont donné leur nom au dit «Droit de la Haye» limitant les méthodes et moyens de guerre. Cela étant, il n'est pas excessif de considérer que le «Droit de Genève» visant à la protection des victimes de la guerre ne serait pas ce qu'il est aujourd'hui sans le concours de la Suisse et de ses ressortissants.

Parallèlement à cette évolution conventionnelle, le Comité des Cinq est devenu le Comité international de la Croix-Rouge, organisation humanitaire par excellence, dont l'organe de gouvernance suprême, l'Assemblée, est toujours en 2025 exclusivement constituée de citoyens suisses, n'en déplaise à certains au nom de la diversité²⁰. Tout naturellement, le CICR a établi son siège à Genève, et ce, bien avant qu'un accord de siège formel avec la Suisse ait été signé

15 HENRY DUNANT, *Un Souvenir de Solférino*, Genève, 2011, 124.

16 Le Comité organisa une conférence à Genève en 1863 pour promouvoir la proposition de Dunant.

17 Voir Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne du 22 août 1864, dans: *Manuel de la Croix-Rouge internationale*, 1971, Genève, 13–14.

18 La Convention de Genève de 1864 a ensuite été remplacée par les Conventions de Genève de 1906, de 1929 et enfin par les Conventions de 1949.

19 Cf. DAPO AKANDE/LAWRENCE HILL-CAWTHORNE, «The Lieber Code and the Regulation of Civil War in International Law», 53 *Columbia Journal of Transnational Law* (2015), 638–651.

20 CLAUDIA FRANZISKA BRÜHWILER/PATRICIA EGLI/YVETTE SANCHEZ, «The ICRC at a crossroads: Swiss roots – international outlook», 4:13 *Journal of International Humanitarian Action* (2019), 1–17, 3.

en 1993²¹. Ainsi, la Suisse est l'État hôte du CICR, mais aussi de la Fédération internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, qui, avec le CICR et les diverses Sociétés nationales, représentent le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

Par la suite, la Suisse a encore et toujours joué un rôle clé dans le développement du droit humanitaire. Les quatre Conventions de Genève de 1949, de même que les Protocoles additionnels de 1977, ont été adoptés à l'issue des conférences diplomatiques convoquées par la Suisse à Genève. Si la préparation des projets de règles pertinentes était le fait du CICR, le rôle diplomatique et la convocation des conférences incombait à la Suisse. En 2005 (5–8 décembre), la Suisse a une nouvelle fois convoqué une conférence diplomatique, qui a abouti à l'adoption du Protocole III²². Celui-ci a introduit un nouvel emblème protecteur, le cristal rouge, venant s'ajouter aux emblèmes traditionnels de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge²³.

A noter que les versions originales des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels sont déposées dans les Archives de la Confédération suisse et que les notes marginales ou titres d'articles de ces traités ont été établis par le Département fédéral suisse des affaires étrangères.

II. La place de la Suisse dans les traités de droit international humanitaire

La Suisse est le seul État étant nommé dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels, et ce à deux titres.

Premièrement, d'après les textes mêmes de droit humanitaire²⁴, l'emblème de la Croix-Rouge, à savoir la croix rouge sur fond blanc – comme signe distinctif des services de santé et des composantes du Mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge – est formé par inversion des couleurs fédérales, par hommage pour la Suisse, à savoir en signe de reconnaissance pour son travail en faveur du développement du droit international humanitaire. Mieux, pour éviter toute confusion entre le drapeau suisse et le signe distinctif, «l'emploi par des particuliers, sociétés ou maisons de commerce, des armoiries de la Confédération suisse, de même que de tout signe en constituant une imitation,

21 Accord du 19 mars 1993 entre le Conseil fédéral suisse et le Comité international de la Croix-Rouge en vue de déterminer le statut juridique du Comité en Suisse, RS 0.192.122.50; cf. FRANÇOIS BUGNION, «Le Comité international de la Croix-Rouge et la Suisse», 28:3 Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande (1996), 353–365.

22 Voir: Note diplomatique du 7 novembre 2005 du Département fédéral des affaires étrangères à l'intention des États Parties aux Conventions de Genève du 12 août 1949, dans: Documents Officiels Conférence diplomatique sur l'adoption du troisième Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III), Genève, 2005, 1–2.

23 Le lion et soleil rouges, autrefois utilisé, avait été abandonné par l'Iran en 1980.

24 Convention I, *supra* n. 1, Article 38. Voir aussi l'article 53 de la Convention.

soit comme marque de fabrique ou de commerce ou comme élément de ces marques, soit dans un but contraire à la loyauté commerciale, soit dans des conditions susceptibles de blesser le sentiment national suisse» est interdit par la première Convention de Genève en tout temps²⁵.

Deuxièmement, les États négociateurs ont sans hésitation demandé à la Suisse d'endosser le rôle de dépositaire des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels. Les travaux préparatoires ne font état d'aucune véritable discussion sur ce point, tant il était évident que la Suisse continuerait à jouer ce rôle, comme elle l'avait fait pour la Convention de Genève de 1929 et les précédentes. Ce rôle reconnu conventionnellement, que nous détaillerons ci-dessous²⁶, est sans aucun doute également une marque de confiance et de reconnaissance pour le travail de la Suisse dédié au développement de ce corps de droit.

III. La Suisse et les mécanismes de mise en œuvre du droit international humanitaire

Depuis toujours, la Suisse a tenté, par divers moyens de pallier le talon d'Achille du droit international humanitaire qu'est sa mise en œuvre.

(1) Traditionnellement, la Suisse a joué le rôle de *Puissance protectrice*. En vertu des traités de droit international humanitaire, les parties belligérantes, dans le cadre d'un conflit armé international, sont tenues de désigner des Puissances protectrices afin qu'elles jouent le rôle d'intermédiaire chargé de sauvegarder les intérêts des parties au conflit²⁷. La Puissance protectrice est un État neutre au sens du droit humanitaire, à savoir un État tiers non-partie au conflit. Il n'est pas nécessaire que l'État ait le statut d'État neutre permanent comme la Suisse, même s'il va sans dire qu'une telle caractéristique est un atout de taille pour endosser cette responsabilité. Il n'est donc pas surprenant que la Suisse se soit engagée plus qu'aucun autre État neutre en tant que Puissance protectrice²⁸. Chaque partie belligérante doit sélectionner une Puissance protectrice qui doit être agréée par l'autre partie²⁹. Des organisations humanitaires impartiales, comme le CICR, peuvent être désignées comme Substitut des Puissances pro-

25 *Ibid.*, art. 53.

26 *Infra.*, Partie C.II.

27 Convention I, *supra* n. 1, art. 8; Convention II, *supra* n. 1, art. 8; Convention III, *supra* n. 1, art. 8; Convention IV, *supra* n. 1, art. 9; cf. Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) du 8 juin 1977, 1125 U.N.T.S. 3, art. 5.

28 MARCO SASSOLI, «La Suisse et le Droit international humanitaire – une relation privilégiée?», 45 Annuaire suisse de droit international (1989), 47–71, 53. Cf. RAYMOND PROBST, ««Good Offices» in International Relations in the Light of Swiss Practice and Experience», 201 Recueils des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (1987), 213–384, 324–325.

29 Convention I, *supra* n. 1, art. 8; Convention II, *supra* n. 1, art. 8; Convention III, *supra* n. 1, art. 8; Convention IV, *supra* n. 1, art. 9; cf. Protocole I, *supra* n. 27, art. 5; et YVES SANDOZ/

tectrices, si les parties belligérantes ne peuvent s'accorder sur la désignation d'un État tiers³⁰. Cette possibilité prévue par les Conventions de Genève est néanmoins restée lettre morte. Les Puissances protectrices sont autorisées à effectuer certaines tâches qui lui ont été assignées par les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels, telles que la visite des prisonniers de guerre et des internés civils.

Si aujourd'hui le système des Puissances protectrices, dans le cadre du droit humanitaire, est en perte de vitesse évidente³¹, cela n'a pas toujours été le cas. Historiquement, la Confédération suisse a souvent été appelée à jouer ce rôle. Lors de la guerre franco-prussienne de 1870–1871, la Suisse a, pour la première fois, assumé un rôle de puissance protectrice en représentant en France les intérêts du Royaume de Bavière et du Grand-Duché de Bade³². Elle a également exercé des mandats de Puissance protectrice pendant les deux guerres mondiales.

Pendant la première guerre mondiale, elle en a exercé 36³³. Pendant la seconde guerre mondiale, la Suisse a représenté les intérêts de 35 États avec plus de 200 mandats – y compris ceux des grandes puissances belligérantes³⁴. Aujourd'hui, la Suisse continue d'endosser le mandat de Puissance protectrice – comme entre la Russie et la Géorgie³⁵, mais sous l'angle du mandat «de Vienne», limité à des tâches diplomatiques ou consulaires, plutôt qu'en vertu

CHRISTOPHE SWINARSKI/BRUNO ZIMMERMAN (éds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva 1987, 81–83.

30 Convention I, *supra* n. 1, art. 10; Convention II, *supra* n. 1, art. 10; Convention III, *supra* n. 1, art. 10; Convention IV, *supra* n. 1, art. 11.

31 SASSÖLI, *supra* n. 28, 64. Voir aussi Commentaire de la Première Convention de Genève: Convention (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Genève, 2020, para. 1014.

32 Voir: DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, «Mandats de puissance protectrice», <https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/droits-homme-securite-humaine/paix/bons-offices-suisse/mandats-puissance-protectrice.html#:~:text=Depuis%20le%2019%20xxxyfarbengzrxxyydecembre%202024,consulaires%20avec%20son%20propre%20personnel> (consulté le 23 janvier 2025). La Convention de Genève de 1864 ne prévoyait pas le système des Puissances protectrices. Ce système s'est développé dans la pratique car les différentes parties belligérantes s'accusaient mutuellement de violer la Convention. Cf. Commentaire de la Première Convention de Genève, *supra* n. 31, para. 1009–1011.

33 CONSEIL FÉDÉRAL, «Bons offices: bilan des démarches de facilitation et de médiation de la Suisse au niveau international: Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat Bégélé 16.3929 du 1^{er} décembre 2016», 14 décembre 2018, https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/menschenrechte-menschliche-sicherheit/2019/20190114-gut-e-dienste_FR.pdf (consulté le 23 janvier 2025) 5.

34 *Ibid.*, 5. Cf. PROBST, *supra* n. 28, 331–332 et SASSÖLI, *supra* n. 28, 64, qui évoque la représentation de 43 États dans le cadre de 260 mandats.

35 La Suisse exerce actuellement huit mandats de cette nature: 1) représentation des intérêts iraniens en Egypte; 2) représentation des intérêts américains en Iran; 3–4) représentation des intérêts de la Russie en Géorgie et inversement; 5) Représentation des intérêts iraniens au Canada; 6–7) représentation des intérêts de l'Équateur au Mexique et inversement; 8) représentation des intérêts de l'Équateur au Venezuela. Voir: Site du DFAE, <https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/droits-homme-securite-humaine/paix/bons-offices-suisse/mandats-pui>

des Conventions de Genève. Ces activités de représentation des intérêts étrangers, lorsque deux États rompent leurs relations diplomatiques ou consulaires, font partie intégrante des bons offices fournis par la Suisse.

L'on peut s'interroger sur la raison pour laquelle les États ne font pas encore appel à la Suisse (ou à un autre État) pour endosser ce rôle sous l'angle du mandat «de Genève», d'autant plus que le Protocole additionnel I a encore perfectionné le système³⁶. Peut-être le besoin est-il moins important, du fait du rôle prépondérant joué par le CICR dans les conflits armés contemporains. Ou peut-être encore s'agit-il d'une réticence à reconnaître ainsi implicitement le caractère international d'un conflit, le système des Puissances protectrices n'étant pas prévu pour les conflits armés non internationaux³⁷. En tout état de cause, on connaît le peu d'appétit des parties belligérantes pour faire fonctionner les mécanismes de mise en œuvre prévus par les traités de droit humanitaire, ainsi que les difficultés qu'elles rencontrent à s'accorder de manière *ad hoc* sur quoi que ce soit, y compris sur la désignation d'une Puissance protectrice. On ne peut que le regretter. Il n'en demeure pas moins que le système des Puissances protectrices subsiste, même s'il est largement considéré aujourd'hui comme optionnel et non plus obligatoire, contrairement à ce que prévoyaient les Conventions de Genève et le Protocole I³⁸.

(2) Instituée en 1991³⁹, la *Commission internationale humanitaire d'établissement des faits* (CIHEF) a son siège dans la capitale helvétique, à Berne⁴⁰. La Suisse en tant que dépositaire des Conventions de Genève⁴¹, assure le secrétariat de la CIHEF, en administre les finances et offre les locaux nécessaires à son fonctionnement⁴².

Cette commission est un organisme permanent et indépendant qui a été créé en vertu de l'article 90 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève⁴³. Elle est composée de 15 membres d'une haute moralité et d'une impar-

ssance-protectrice.html#:~:text=Depuis%20le%2019%20xxxyfarbengzrxxyd%C3%A9cembre%202024,consulaires%20avec%20son%20propre%20personnel> (consulté le 23 janvier 2025).

36 Protocole I, *supra* n. 27, art. 5.

37 SASSÒLI, *supra* n. 28, 64–65.

38 Cf. Commentaire de la Première Convention de Genève, *supra* n. 31, para. 1014.

39 ROBERT KOLB, *Ius in bello*: Le droit international des conflits armés, Bâle 2003, 248.

40 Cf. Site de la CIHEF, <<http://www.ihffc.org/fr/secretariat.html>> (consulté le 28 janvier 2010). Voir aussi: Protocole I, *supra* n. 27, art. 90, para. 1, let. f.

41 Protocole I, *supra* n. 27, art. 90, para. 1, let. f. Le dépositaire mettra à la disposition de la Commission les services administratifs nécessaires à l'accomplissement de ses fonctions.

42 Voir Site de la CIHEF, <<http://www.ihffc.org/fr/secretariat.html>> (consulté le 28 janvier 2010). Voir aussi site du DFAE, <<https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfaef/politique-exterieure/droit-international-public/droit-international-humanitaire/commission-humanitaire-etablissement-faits.html>> (consulté le 23 janvier 2025).

43 Pour une meilleure compréhension de la CIHEF, voir: SYLVAIN VITÉ, *Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en œuvre du droit international humanitaire*, Bruxelles, 1999, 43. Cf. YVES SANDOZ/CHRISTOPHE SWINARSKI/BRUNO ZIMMERMAN, *supra* n. 29, 1039–1041.

tialité reconnue⁴⁴, parmi lesquels figurent des médecins, des juges, des experts militaires, des diplomates et des académiques, désignés par les parties contractantes⁴⁵. Sa compétence est établie entre les parties contractantes qui ont fait une déclaration unilatérale⁴⁶ en ce sens⁴⁷. A ce jour, 76 États, dont la Suisse, ont déposé une telle déclaration⁴⁸.

La Commission peut mener des enquêtes sur le territoire des parties belligérantes et émettre un rapport en cas d'allégation d'infractions graves ou de «violations graves» aux Conventions de Genève et au Protocole additionnel I de la part d'une partie contractante à l'égard d'une autre, si toutes deux ont fait la déclaration susmentionnée⁴⁹. Il faut noter qu'il s'agit d'un organe non-confrontationnel aux procédures confidentielles, l'objectif étant d'établir simplement les faits tels qu'ils se sont produits et de négocier avec les parties en cause pour que de telles violations ne se reproduisent plus⁵⁰. La Commission peut aussi offrir ses bons offices pour faciliter le respect du droit humanitaire⁵¹. Elle ne peut enquêter sur d'autres violations que sur la base d'un accord spécial⁵². Ainsi, bien que la Commission ait été conçue pour les conflits armés internationaux, l'on s'accorde à dire qu'elle pourrait agir dans le cadre de conflits armés non internationaux avec l'accord des parties en cause⁵³. Avec un tel accord, elle pourrait également traiter de violations des droits humains⁵⁴.

44 Protocole I, *supra* n. 27, art. 90, para. 1, let. a.

45 Protocole I, *supra* n. 27, art. 90, para. 1, let. b.

46 Le système de saisine est similaire à celui de la clause facultative pratiquée à la Cour internationale de Justice. Cf. KOLB, *supra* n. 39, 248. Quant à l'indépendance et l'impartialité de la Commission, le CICR a noté une similarité avec le fonctionnement du Comité des droits de l'homme de l'ONU; voir YVES SANDOZ/CHRISTOPHE SWINARSKI/BRUNO ZIMMERMAN, *supra* n. 29, 1042–1043.

47 Protocole I, *supra* n. 27, art. 90, para. 2, let. a.

48 Cf. site de la CIHEF, <<https://www.ihffc.org/fr/>> (consulté le 23 janvier 2025).

49 Protocole I, *supra* n. 27, art. 90, para. 2, let. c.

50 Protocole I, *supra* n. 27, art. 90, para. 5, let. A. et c.

51 Protocole I, *supra* n. 27, art. 90, para. 2, let. c, ch. ii.

52 Protocole I, *supra* n. 27, art. 90, para. 2, let. d.

53 En effet, le Protocole I, *supra* n. 27, art. 90, para. 2 stipule: «c) La Commission sera compétente pour: i) enquêter sur tout fait prétendu être une infraction grave au sens des Conventions et du présent Protocole ou une autre violation grave des Conventions ou du présent Protocole; ii) faciliter, en prêtant ses bons offices, le retour à l'observation des dispositions des Conventions et du présent Protocole. d) Dans d'autres situations, la Commission n'ouvrira une enquête à la demande d'une Partie au conflit qu'avec le consentement de l'autre ou des autres Parties intéressées.» Les CANI sont couverts sous la catégorie des «autres situations». Voir aussi site de la CIHEF sur la compétence de la Commission: <http://www.ihffc.org/fr/index.html>: «De même, dans d'autres situations, la Commission peut ouvrir une enquête à la demande des États aux conflits, mais uniquement avec le consentement de l'autre ou des autres parties intéressées. Dans ce contexte, la Commission a fait part de sa volonté d'enquêter sur les violations alléguées du droit humanitaire, y compris sur celles qui surviennent dans des conflits armés à caractère non international, aussi longtemps que les parties au conflit y consentent.»

54 Cf. GLORIA GAGGIOLI, L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie, Paris 2013, 221–223.

Malgré le potentiel inédit qu'offre cette Commission pour un meilleur respect du droit humanitaire et malgré la souplesse du mécanisme, elle n'a malheureusement jamais été appelée à fonctionner selon les termes des traités de droit humanitaire. De nombreuses tentatives de résurrection de la bien nommée «Belle au bois dormant»⁵⁵ ont été entreprises⁵⁶, mais avec un succès très relatif. En mai 2017, la Commission a été sollicitée pour la première fois par l'OSCE pour mener une enquête en Ukraine, avec l'accord de celle-ci, à la suite de l'explosion d'un véhicule de l'OSCE dans la province de Luhansk, alors contrôlée par les rebelles⁵⁷. Cependant, l'OSCE n'est ni un État partie au Protocole I, ni une partie belligérante dans le contexte du conflit armé en Ukraine. Nous ne nous situons donc pas dans le cœur du mandat prévu par le Protocole I. Au mieux, peut-on considérer qu'il s'agissait d'un mandat *ad hoc* en vertu de l'Article 90§ 2d) du Protocole I⁵⁸. Il est regrettable de constater que le Conseil de sécurité, de même que le Conseil des droits de l'homme, ont multiplié les commissions d'enquête en lien avec des situations de conflits armés sans jamais faire appel à la CIHEF. Si donc des possibilités de résurrections existent, celles-ci ne semblent pas être à l'ordre du jour.

Indépendamment du fait que la CIHEF reste malgré tout toujours assoupie, il n'en demeure pas moins que les rédacteurs du Protocole I ont souhaité donner un rôle particulier à la Suisse en tant que dépositaire pour assurer le fonctionnement d'un mécanisme de mise en œuvre qui semblait prometteur⁵⁹. La Suisse

55 C'est le Prof. Frits Karlshoven, président de la CIHEF de 1997 à 2001, qui a employé pour la première fois ce qualificatif; lequel a ensuite été repris largement dans la doctrine. FRITS KARLSHOVEN, «The International Humanitarian Fact-Finding Commission: A Sleeping Beauty?», 4 Humanitaires Völkerrecht Informationsschriften (2002), 213–216.

56 Par exemple, sa mise en branle avait été évoquée en 2015 après que l'hôpital de Médecins sans frontières à Kunduz ait été attaqué par les États-Unis d'Amérique. Cf. CATHERINE HARWOOD, «Will the «Sleeping Beauty» Awaken? The Kunduz Hospital Attack and the International Humanitarian Fact-Finding Commission», EJIL: Talk!, 15 octobre 2015, <<https://www.ejiltalk.org/will-the-sleeping-beauty-awaken-the-kunduz-hospital-attack-and-the-international-humanitarian-fact-finding-commission/>> (consulté le 23 janvier 2025). La CIHEF offrit ses services, mais sans succès.

57 Voir le résumé des conclusions de la CIHEF qui a été rendu public: Executive Summary of the Report of the Independent Forensic Investigation in relation to the Incident affecting an OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine (SMM) Patrol on 23 April 2017, <<https://www.osce.org/files/f/documents/1/e/338361.pdf>> (consulté le 23 janvier 2025). Le rapport complet a été soumis au Conseil permanent de l'OSCE. Le résultat de l'enquête de la CIHEF fut en bref que l'incident avait probablement été causé par une mine antichar d'origine russe. Selon la CIHEF, la mine n'avait pas pour cible spécifique le véhicule de l'OSCE. Toutefois, le rapport souligna que le fait de poser des mines antichars sur ladite route constituait une violation du droit international humanitaire, en raison des risques de dommages indiscriminés associés à ce type d'arme.

58 CRISTINA AZZARELLO, «The Independent Humanitarian Fact-Finding Commission: Has the «Sleeping Beauty» Awoken?», Humanitarian Law & Policy, 9 janvier 2018, <<https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2018/01/09/the-independent-humanitarian-fact-finding-commission-has-the-sleeping-beauty-awoken/>> (consulté le 23 janvier 2025).

59 Au-delà du maintien du Secrétariat, la Suisse reçoit les déclarations unilatérales donnant compétence à la Commission et est chargée de les communiquer à toutes les Hautes Parties Contractantes. Par ailleurs, la Suisse en tant que dépositaire doit réunir les représentants des Hautes Par-

continue d'assumer pleinement ce rôle malgré les défis et de satisfaire aux vœux de la communauté internationale tels qu'envisagés dans le Protocole I.

(3) Enfin, la Suisse est, comme mentionné précédemment⁶⁰, l'État hôte du *Comité international de la Croix-Rouge* dont la mission en faveur des victimes des conflits armés a été reconnue par les Conventions de Genève et les Protocoles additionnels et qui demeure le seul véritable mécanisme efficace de mise en œuvre dédié au droit international humanitaire et mentionné par les traités de droit humanitaire. Au-delà du rôle historique joué par la Suisse et les Suisses dans le développement du CICR, les liens entre la Confédération helvétique et cette organisation humanitaire demeurent étroits. Cette «relation spéciale» entre le CICR et la Suisse est reconnue et revendiquée par cette dernière, tant l'humanitaire fait partie de l'identité de marque suisse⁶¹.

Tout d'abord, le statut juridique du CICR est, ne l'oublions pas, d'abord celui d'une association de droit privé régie par les articles 60 et suivants du Code civil suisse⁶². Certes, le CICR est une sorte de mouton à cinq pattes, car simultanément, il bénéficie d'un statut équivalent à celui d'une organisation internationale afin de pouvoir remplir sa mission⁶³. Le CICR est donc doté de la personnalité juridique internationale, de la capacité de conclure des traités et bénéficie de privilèges et immunités, en vertu, d'une part, des accords de siège qu'il négocie avec les États, et d'autre part, du droit coutumier⁶⁴. Il n'en demeure pas moins une association conçue sous l'égide du droit suisse et soumise à ce droit.

Ensuite, la gouvernance du CICR est éminemment suisse. Non seulement sa gouvernance est mono-nationale et choisie par cooptation⁶⁵, mais sa présidence est confiée à d'anciens diplomates suisses ou à d'autres membres haut placés de l'administration fédérale⁶⁶. A titre d'exemple, la présidente actuelle du CICR, Mme Mirjana Spoljaric Egger, a passé de nombreuses années au service du corps diplomatique suisse, notamment en tant qu'ambassadrice et directrice de la Division des Nations Unies et des Organisations internationales du Départe-

ties contractantes tous les cinq ans, en vue d'élire les membres de la Commission. Cf. Protocole I, *supra* n. 27, art. 90, para. 1, let. b et art. 90, para. 2, let. b.

60 Accord du 19 mars 1993, *supra* n. 21.

61 BRÜHWILER/EGLI/SANCHEZ, *supra* n. 20, 13. Les auteurs utilisent le vocable de «branded <Swissness>». Voir aussi la page 2 de l'article sur la référence par la Suisse à cette relation spéciale.

62 Statuts du Comité international de la Croix-Rouge adoptés le 21 décembre 1917, art. 2, para. 1.

63 *Ibid.*, art. 2, para. 2.

64 TPIY, *Le Procureur c/Blagoje Simić et consorts*, affaire n° IT-95-9, décision relative à la requête de l'accusation en application de l'article 73 du Règlement concernant la déposition d'un témoin, 27 juillet 1999, par. 72–74; ELS DEBUF, «Le statut juridique et les privilèges et immunités du CICR: des outils de travail», 97:1–2 *Revue internationale de la Croix-Rouge* (2015), sélection française, 203–230.

65 Statuts du Comité international de la Croix-Rouge, *supra* n. 62, art. 7, para. 1.

66 BRÜHWILER/EGLI/SANCHEZ, *supra* n. 20, 3.

ment fédéral des affaires étrangères⁶⁷. Son prédécesseur, M. Peter Maurer, était également au profit d'une longue carrière diplomatique suisse et avait atteint le rang de secrétaire d'Etat au Département fédéral des affaires étrangères avant sa nomination comme président du CICR⁶⁸, tout comme son propre prédécesseur, M. Jakob Kellenberger⁶⁹. En 2003, feu Hans-Peter Gasser, ancien chef de la division juridique du CICR et conseiller juridique du directeur des affaires générales du CICR, écrivait: «As long as there is no broader source of experienced international personnel with Swiss nationality, suitable candidates will have to be found in Bern rather than elsewhere⁷⁰.» Cette osmose, ou «porte tambour» entre la tête du CICR et les hautes sphères du Gouvernement suisse a souvent fait l'objet de critiques, questionnant l'autonomie réelle et l'indépendance du CICR, ou du moins les perceptions à ce sujet⁷¹. L'avenir nous dira si une évolution se profile, mais jusqu'à présent, la prédiction de Gasser s'est avérée exacte.

Plus largement, le soutien politique de la Suisse en faveur du CICR est prépondérant. Comme le soulignait l'ancien conseiller fédéral Marcel Pilet-Golaz (1889–1958), «for Bern in principle what is good for the Red Cross is good for Switzerland»⁷². Le soutien financier de la Suisse mérite d'être mentionné également. La Suisse est l'un des grands donateurs traditionnels du CICR. Certes, étant donné l'évolution du budget du CICR, la portion prise en charge par la Suisse tend proportionnellement à diminuer, mais elle demeure importante. A titre d'exemple, en 2023, la Suisse est le troisième plus grand donateur étatique, après les États-Unis d'Amérique et l'Allemagne, avec un montant de CHF 219,3 millions sur un total de contributions de CHF 2,4 milliards⁷³. C'est de plus l'État offrant la plus grande contribution pour le siège du CICR⁷⁴. Dans le contexte de la crise financière sans précédent rencontrée par le CICR en

67 Voir: Site du CICR, <<https://www.icrc.org/fr/la-presidence>> (consulté le 23 janvier 2025).

68 Voir biographie de Peter Maurer p.ex. sur le site de Basel Institute of Governance, <<https://baselgovernance.org/about-us/people/dr-peter-maurer>> (consulté le 23 janvier 2025).

69 Voir biographie de Jakob Kellenberger p.ex. sur le site de Swisspeace, <<https://www.swisspeace.ch/about-us/staff/jakob-kellenberger>> (consulté le 23 janvier 2025).

70 HANS-PETER GASSER, «The International Committee of the Red Cross and its Development Since 1945», dans: Jürg Martin Gabriel & Thomas Fischer (éds.), *Swiss Foreign Policy 1945–2002*, Londres 2003, 105–126, 122.

71 BRÜHWILER/EGLI/SANCHEZ, *supra* n. 20, 13. Suite à une étude empirique impliquant un grand nombre d'interviews avec le personnel du CICR, les auteurs notent: «Finally, the one link between the ICRC and the Swiss state, which was mentioned as problematic by almost all interviewees is the fact that there seems to be a revolving door between the top levels of the Swiss government and the ICRC's presidency. The three most recent presidents of the ICRC were former high-ranking Swiss diplomats. This seemingly continuing practice may raise questions about the ICRC's true autonomy and its independence not only from the Swiss state on an international level, but also within the Red Cross Movement.»

72 Citation tirée de: DAVID P. FORSYTHE, *The Humanitarians: The International Committee of the Red Cross*, Cambridge 2005, 184.

73 Rapport annuel du CICR pour 2023, 22 juillet 2024, <<https://www.icrc.org/en/report/icrc-annual-report-2023>> (consulté le 23 janvier 2025) 28.

74 *Ibid.*

2023, la Suisse a renforcé encore sa contribution⁷⁵. Il convient de souligner néanmoins que ce soutien politique et financier n'entame pas l'indépendance du CICR qui est reconnue dans l'accord de siège susmentionné⁷⁶ et qui est respectée dans les faits⁷⁷. D'aucuns considèrent même que ce soutien – notamment financier – constitue un gage de stabilité, et donc d'indépendance, pour le CICR⁷⁸.

De manière plus importante encore, la Suisse et le CICR partagent des valeurs fortes qui imprègnent la culture organisationnelle de l'organisation humanitaire⁷⁹. Comme le souligne le DFAE, «ils partagent les mêmes principes d'humanité, de neutralité, d'impartialité et d'indépendance dans leurs engagements humanitaires.⁸⁰» En réalité, le concept de neutralité est passablement différent pour le CICR et la Suisse. Contrairement au CICR, la Suisse prend position dans des controverses d'ordre politique⁸¹. Mais au-delà des principes de l'action humanitaire, la Suisse et le CICR partagent une approche consensuelle et pragmatique et un certain conservatisme sécurisant⁸².

En bref, le CICR, mécanisme de mise en œuvre essentiel du DIH, ne serait pas l'organisation que nous connaissons sans l'apport direct et indirect de la Suisse.

75 En août 2023, dans un contexte de crise financière affectant le CICR, le Conseil fédéral avait décidé d'accorder une contribution supplémentaire de 50 millions de francs pour le soutenir. En juin 2024, le Conseil fédéral a décidé d'octroyer au CICR une contribution ordinaire de CHF 56 millions. Cf. DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, «La Suisse réaffirme son soutien aux activités du Comité international de la Croix-Rouge (CICR)», 26 juin 2024, <<https://www.eda.admin.ch/countries/korea-republic/fr/home/aktuell/news.html/content/eda/fr/meta/news/2024/6/26/101621>> (consulté le 23 janvier 2025).

76 Accord du 19 mars 1993, *supra* n. 21, Article 2: «Le Conseil fédéral suisse garantit l'indépendance et la liberté d'action du CICR.»

77 Ceci n'a pas toujours été le cas, en particulier durant les deux premières guerres mondiales. Cf. GASSER, *supra* n. 70, 21; FORSYTHE, *supra* n. 72, 48: «The ICRC therefore caved in to Swiss national interests as defined in Bern, sacrificing the independence and humanitarian values of the organization.»

78 BRÜHWILER/EGLI/SANCHEZ, *supra* n. 20, 12.

79 *Ibid.*, 10.

80 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, «La Suisse et le CICR s'adaptent aux défis nouveaux de la numérisation», 27 novembre 2020, <<https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/dfae/aktuell/newsuebersicht/2020/11/ikrk.html>> (consulté le 23 janvier 2025).

81 SASSÒLI, *supra* n. 28, 59–60. Cf. CONSEIL FÉDÉRAL, «Clarté et orientation de la politique de neutralité: Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 22.3385 de la Commission de politique extérieure du Conseil des États du 11 avril 2022», 26 octobre 2022, <https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/20221026-neutralitaetsbericht_FR.pdf> (consulté le 23 janvier 2025) 3–4; voir aussi: PROBST, *supra* n. 28, 237–239.

82 BRÜHWILER/EGLI/SANCHEZ, *supra* n. 20, 9–11.

C. Le rôle de dépositaire en droit international général et en droit international humanitaire

I. Le rôle de dépositaire en droit international général

Le rôle de dépositaire n'a pas fait l'objet de grandes analyses doctrinales en droit international⁸³, si ce n'est au travers des commentaires à la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (CVDT). En effet, les articles 76 et 77 de la CVDT⁸⁴, dont l'étude constitue un excellent point de départ pour comprendre le rôle de dépositaire, codifient à bien des égards le droit coutumier en la matière⁸⁵. C'est principalement à ce titre (codification du droit coutumier existant) que ces dispositions nous intéressent dans la mesure où la CVDT est entrée en vigueur le 27 janvier 1980, à savoir après l'adoption des Conventions de Genève de 1949 et des Protocoles de 1977. Les articles 76 et 77 de la CVDT traitent (1) de la désignation du dépositaire, (2) du caractère international et du devoir d'impartialité inhérent au rôle de dépositaire, (3) de ses fonctions et (4) des solutions en cas de divergence de vues entre le dépositaire et une partie contractante. Nous allons aborder ces points successivement.

(1) L'article 76 de la CVDT aborde de manière générale le rôle de dépositaire⁸⁶. Dans son premier paragraphe, il traite de sa désignation. Celle-ci se fait par les États ayant participé à la négociation, soit dans le traité lui-même, soit de toute autre manière. Le rôle de dépositaire peut être endossé par un ou plusieurs États, parties ou non au traité en question, ou par une organisation internatio-

83 SHABTAI ROSENNE, «The Depositary of International Treaties», 61:4 American Journal of International Law (1967), 923–945, 925; ARANCHA HINOJAL-OYARBIDE, «The Role of the Secretary-General of the United Nations as Depositary of Multilateral Treaties», dans: Simon Chesterman, David M. Malone & Santiago Villalpando (éds), *The Oxford Handbook of United Nations Treaties*, Oxford 2019, 681–694.

84 D'autres dispositions de la CVDT font référence au rôle de dépositaire (arts 16, 78, 79 et 80), mais ce sont les articles 76–77 CVDT qui détaillent ce rôle.

85 HELMUT TICHY/PHILIP BITTNER, «Article 76: Depositaries of Treaties», dans: Oliver Dörr & Kirsten Schmalenbach (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Berlin/Heidelberg 2012, 1297–1307, 1306–1307; FATAH OUGUERGOUZ/SANTIAGO VILLALPANDO/JASON MORGAN-FOSTER, «Article 77: Functions of Depositaries», dans: Olivier Corten & Pierre Klein (éds), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford 2011, 1715–1753, 1717.

86 Convention de Vienne sur le droit des traités du 22 mai 1969, 1115 U.N.T.S. 331, art. 76: Dépositaires des traités: «1. La désignation du dépositaire d'un traité peut être effectuée par les États ayant participé à la négociation, soit dans le traité lui-même, soit de toute autre manière. Le dépositaire peut être un ou plusieurs États, une organisation internationale ou le principal fonctionnaire administratif d'une telle organisation. 2. Les fonctions du dépositaire d'un traité ont un caractère international et le dépositaire est tenu d'agir impartialement dans l'accomplissement de ses fonctions. En particulier, le fait qu'un traité n'est pas entré en vigueur entre certaines des parties ou qu'une divergence est apparue entre un État et un dépositaire en ce qui concerne l'exercice des fonctions de ce dernier ne doit pas influencer sur cette obligation.»

nale, ou encore par le principal fonctionnaire administratif d'une telle organisation. Par exemple, le Secrétaire général des Nations Unies est souvent désigné comme dépositaire de traités internationaux⁸⁷.

(2) Le paragraphe 2 de l'article 76 énonce deux principes fondamentaux selon lesquels a) les fonctions du dépositaire ont «un caractère international», et b) le dépositaire «est tenu d'agir impartialement dans l'accomplissement de ses fonctions». Ces deux aspects sont liés. Le «caractère international» fait référence au fait que le dépositaire n'agit pas pour son compte, mais au contraire en tant que représentant des États Parties⁸⁸. Ainsi, cette fonction doit être vue comme détachée des intérêts politiques propres à l'État ou à toute autre entité s'étant vu attribuer le rôle de dépositaire. Cela est renforcé par l'obligation d'impartialité du dépositaire qui doit sous-tendre l'ensemble de ses actions à ce titre. Deux contextes spécifiques requérant une posture d'impartialité sont mis en exergue dans le paragraphe 2 *in fine*. Quand un traité n'est pas en vigueur entre certaines parties, le dépositaire doit agir en conséquence et impartialement. De même, lorsqu'une divergence apparaît entre un État et le dépositaire, même en ce qui concerne l'exercice de ses fonctions, le dépositaire doit demeurer impartial. L'article 77, que nous discuterons ci-dessous, permet de compléter cet article 76 en apportant une solution en cas de divergence de ce type.

Par ailleurs, lorsqu'un État partie est simultanément dépositaire, il doit maintenir une stricte séparation entre son positionnement en tant qu'État partie et son rôle de dépositaire impartial⁸⁹. Par exemple, si le dépositaire reçoit un instrument de ratification ou une notification de la part d'une entité qu'il ne reconnaît pas comme un État, ou d'un État avec lequel il n'entretient plus de relations diplomatiques, il doit néanmoins rester impartial et informer tous les États concernés, qui tireront leurs propres conclusions⁹⁰. Ceci est sans préjudice de sa position en tant qu'État et ne l'engage en rien⁹¹; autrement dit, cela n'implique aucunement une reconnaissance de ladite entité ou un rétablissement

87 HINOJAL-OYARBIDE, *supra* n. 83, 682: «The Secretary-General is the largest depositary in the world.»

88 LUCIUS CAFLISCH, «Article 76: Depositaries of Treaties», dans: Olivier Corten & Pierre Klein (éds), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford 2011, 1702–1713, 1712–1713.

89 COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, «Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires», II Annuaire de la Commission du droit international (1966), 203–298, 293: «Lorsque le dépositaire est un Etat, il a la faculté, en sa qualité de partie au traité, d'exprimer sa propre manière de voir, mais en tant que dépositaire il doit faire preuve d'objectivité et accomplir ses fonctions impartialement.» Cf. TICHY/BITTNER, *supra* n. 85, 1306–1307: «It is crucial for the depositary to distinguish strictly between its own views and interests as a State or international organization and its role as a depositary, especially when the depositary is a party or intends to become a party to the treaty.» Voir aussi: CAFLISCH, *supra* n. 88, 1712–1713.

90 TICHY/BITTNER, *supra* n. 85, 1306–1307.

91 CAFLISCH, *supra* n. 88, 1712–1713.

des relations diplomatiques⁹². En parallèle, il peut certes communiquer son positionnement politique en tant qu'État, mais dans une note distincte⁹³.

En principe, la responsabilité internationale du dépositaire peut être engagée s'il n'agit pas impartialement ou s'il ne remplit pas ses fonctions⁹⁴. Il a donc bien une responsabilité juridique particulière, différente de celle incombant aux (autres) États Parties. En outre, l'on peut se poser la question de savoir si une violation des devoirs du dépositaire pourrait résulter dans la terminaison ou la suspension du traité en vertu de l'article 60 CVDT. D'après Caflisch, ceci est peu probable car un tel manquement ne serait pas considéré comme une «violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité» en vertu de l'article 60, paragraphe 3, de la CVDT⁹⁵.

Le caractère primordial du principe d'impartialité est illustré par le fait que la Commission du droit international, qui avait initialement prévu de traiter ce principe dans la disposition relative aux fonctions de dépositaire, décida en 1962 de le transférer dans l'article général (l'actuel article 76), afin d'en souligner sa pertinence globale en lien avec le rôle de dépositaire, comme l'avaient souligné de multiples États participant aux discussions⁹⁶.

(3) L'article 77 de la CVDT énonce, en son paragraphe 1, certaines des fonctions du dépositaire. Il se lit comme suit:

«1. À moins que le traité n'en dispose ou que les États contractants n'en conviennent autrement, les fonctions du dépositaire sont notamment les suivantes:

- a) assurer la garde du texte original du traité et des pleins pouvoirs qui lui seraient remis;
- b) établir des copies certifiées conformes du texte original et tous autres textes du traité en d'autres langues qui peuvent être requis par le traité, et les communiquer aux parties au traité et aux États ayant qualité pour le devenir;
- c) recevoir toutes signatures du traité, recevoir et garder tous instruments, notifications et communications relatifs au traité;
- d) examiner si une signature, un instrument, une notification ou une communication se rapportant au traité est en bonne et due forme et, le cas échéant, porter la question à l'attention de l'État en cause;
- e) informer les parties au traité et les États ayant qualité pour le devenir des actes, notifications et communications relatifs au traité;
- f) informer les États ayant qualité pour devenir parties au traité de la date à laquelle a été reçu ou déposé le nombre de signatures ou d'instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion requis pour l'entrée en vigueur du traité;
- g) assurer l'enregistrement du traité auprès du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies;
- h) remplir les fonctions spécifiées dans d'autres dispositions de la présente Convention.»

92 TICHY/BITTNER, *supra* n. 85, 1306–1307.

93 *Ibid.* Voir aussi ROSENNE, *supra* n. 83, 933–934.

94 CAFLISCH, *supra* n. 88, 1702–1713; OUGUERGOUZ/VILLALPANDO/MORGAN-FOSTER, *supra* n. 85, 1752.

95 *Ibid.*

96 TICHY/BITTNER, *supra* n. 85, 1306–1307.

L'article 77 a un caractère purement résiduel, comme le signale d'entrée de jeu la formule: «[à] moins que le traité n'en dispose ou que les États contractants n'en conviennent autrement». Les rédacteurs ont dès lors une grande liberté contractuelle pour déterminer les fonctions exactes dévolues au dépositaire⁹⁷. Ensuite, la liste fournie n'est pas exhaustive comme l'indique le terme «notamment». Elle énonce simplement les fonctions principales du dépositaire, telles que collectées dans une grande mesure dans le Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux⁹⁸. Sans vouloir entrer dans le détail des éléments listés, il apparaît clairement que les fonctions de dépositaire sont essentiellement d'une nature administrative ou notariale⁹⁹. Il n'incombe pas au dépositaire de trancher, d'adjudiquer sur des points de substance. Cependant, son rôle ne se limite pas non plus à celui d'une «boîte aux lettres» selon les termes de Sir Waldock, Rapporteur spécial sur le droit des traités à la Commission du droit international (1962–1966), car il a une obligation de vérification¹⁰⁰. Le dépositaire a donc un certain devoir de contrôle et de supervision¹⁰¹.

Par exemple, en vertu de l'article 77§ 1d) de la CVDT, le dépositaire doit *examiner* si une signature, un instrument, une notification ou une communication se rapportant au traité est «en bonne et due forme». Ici, le dépositaire dispose d'un certain «pouvoir discrétionnaire¹⁰²» dans l'analyse formelle, mais ce pouvoir reste néanmoins fortement délimité. Le dépositaire ne peut se prononcer que sur la validité formelle, et non substantielle, d'un instrument ou d'une réserve¹⁰³. Il ne peut prendre qu'une décision préliminaire¹⁰⁴. En cas d'irrégularité apparente, le dépositaire doit simplement la signaler à l'État en cause et en cas de divergence de vue, le dépositaire doit en informer les autres États intéressés, comme énoncé au paragraphe 2¹⁰⁵.

97 OUGERGOUZ/VILLALPANDO/MORGAN-FOSTER, *supra* n. 85, 1725.

98 TICHY/BITTNER, *supra* n. 85, 1310. Pour le Précis de la pratique, voir: NATIONS UNIES, Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux, New York 1999, <https://treaties.un.org/doc/source/publications/practice/summary_french.pdf> (consulté le 24 janvier 2025).

99 TICHY/BITTNER, *supra* n. 85, 1310.

100 «658th Meeting: Law of Treaties (Item I of the Agenda) (A/CN.4/144 and Add. 1) (continued)», I Yearbook of the International Law Commission (1962), 187–195, 187–192.

101 TICHY/BITTNER, *supra* n. 85, 1313.

102 *Ibid.*, 1318. Voir aussi: OUGERGOUZ/VILLALPANDO/MORGAN-FOSTER, *supra* n. 85, 1734: «Sub-paragraph (d) is the provision in Article 77 which raises the most delicate issues. Its objective is, clearly, to circumscribe the discretionary power of the depositary in relation to signatures, notifications, and communications relating to the treaty. It does this in two ways: (1) concerning the depositary's interpretive power, the provision limits its role to examining if the acts or documents are 'in due and proper form'; (2) concerning the depositary's margin of action, the only option provided is 'bringing the matter to the attention of the State in question'.»

103 *Ibid.*

104 *Ibid.*

105 Cf. COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *supra* n. 89, 294.

En ce qui concerne les réserves aux traités multilatéraux, la question du rôle du dépositaire s'était implicitement posée dans le cadre de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice (CIJ), *Réserve à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* de 1951¹⁰⁶. En effet, face à la multiplication de réserves à ce traité et aux objections en résultant, le Secrétaire général des Nations Unies s'était tourné vers l'Assemblée générale des Nations Unies pour savoir comment procéder¹⁰⁷. Cette dernière se tourna vers la CIJ qui, de manière fondamentale, clarifia le régime des réserves de la façon suivante:

«l'appréciation de la régularité de la réserve appartient à chaque État partie à la Convention, celui-ci exerçant ce droit individuellement et pour son propre compte. Comme, d'autre part, aucun État ne peut être lié par une réserve à laquelle il n'a pas consenti, il en résulte nécessairement qu'en fait chaque État qui fait objection à une réserve, s'inspirant de son appréciation personnelle de celle-ci dans les limites du critère de l'objet et du but énoncé ci-dessus, peut ou non considérer l'État qui a formulé la réserve comme partie à la Convention¹⁰⁸.»

En conséquence, la CIJ remarqua que «la tâche du Secrétaire général [s'en trouve] simplifiée, celle-ci se réduisant à accueillir les réserves et les objections et à en faire la notification¹⁰⁹». Ce faisant, la CIJ réitéra une vision notariale/administrative du rôle de dépositaire¹¹⁰. Comme énoncé par Rosenne, «the exercise of the functions of the depositary does not in itself affect the substantive rights of the parties»¹¹¹. Il n'en demeure pas moins que le rôle de dépositaire peut devenir plus complexe qu'il n'y paraît dans certains cas¹¹².

En effet, en pratique, il existe parfois une zone grise ou de flottement entre la nature administrative de la tâche et ses implications politiques¹¹³. Ceci est particulièrement le cas lorsque, par exemple, l'entité soumettant un instrument de ratification est contestée. La question devient alors épineuse pour le dépositaire car les questions relatives à l'existence des États et à la reconnaissance sont éminemment politiques¹¹⁴. Si l'entité n'est reconnue par aucun État Partie ou si les éléments constitutifs de l'État font manifestement défaut à l'entité en ques-

106 CIJ, *Réserve à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif du 28 mai 1951, 1951 C.I.J. Recueil 15.

107 OUGUERGOUZ/VILLALPANDO/MORGAN-FOSTER, *supra* n. 85, 1721.

108 CIJ, *supra* n. 106, 26–27.

109 *Ibid.*

110 OUGUERGOUZ/VILLALPANDO/MORGAN-FOSTER, *supra* n. 85, 1721. Voir aussi implicitement dans l'affaire de la CIJ, *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde) (Objections préliminaires)*, Arrêt du 26 novembre 1957, 1957 C.I.J. Recueil 125, 145–147.

111 ROSENNE, *supra* n. 83, 928.

112 *Ibid.*

113 ROSENNE, *supra* n. 83, 944: «It is clearly desirable to preserve the maximum of flexibility in this branch of the law which, even if it is of a highly technical and administrative character, nevertheless is now widely seen to have important political overtones.»

114 TICHY/BITTNER, *supra* n. 85, 1317.

tion, le dépositaire pourrait décider que l'entité n'est pas qualifiée pour devenir partie au traité et en informer les États Parties¹¹⁵. Si certains États Parties l'ont reconnue, mais pas tous, une certaine zone grise apparaît et peut donner lieu à des controverses, comme nous le discuterons plus amplement dans la prochaine section¹¹⁶.

(4) L'article 77, paragraphe 2, énonce la solution en cas de divergence entre un État et le dépositaire au sujet de l'accomplissement des fonctions de ce dernier. Dans ce cas, le dépositaire doit porter la question à l'attention des États signataires et des États contractants ou, le cas échéant, de l'organe compétent de l'organisation internationale en cause. Il ne statue pas. Il ne décide pas. Il n'a pas de pouvoir juridictionnel¹¹⁷. Il transfère simplement la question aux États Parties qui pourront se positionner¹¹⁸.

En bref, le rôle de dépositaire est un rôle essentiel dans la facilitation de l'application du traité et il implique une certaine responsabilité juridique à cet égard¹¹⁹. Cette responsabilité comprend l'obligation de faire preuve d'objectivité et d'impartialité et de ne pas abuser de ses fonctions. En tant qu'État Partie, un dépositaire, doit veiller à bien délimiter son positionnement politique de son rôle de dépositaire. En vertu de la CVDT, le rôle de dépositaire est essentiellement décrit comme une fonction notariale qui, dans certains cas complexes, frôle avec le politique et peut donner lieu à des divergences.

Plus largement, la pratique récente tend à montrer une expansion du rôle de dépositaire. En effet, le devoir d'impartialité n'empêche pas une certaine proactivité en vue, par exemple, d'une adhésion large à un traité multilatéral ouvert¹²⁰. Par exemple, le Secrétaire général des Nations Unies a entrepris un certain nombre d'activités de promotion des traités dont il a la charge de dépositaire, tel que des cérémonies de haut niveau pour encourager la signature de ces traités, ou des séminaires de formation pour les conseillers juridiques étatiques, ou encore la préparation de publications sur le droit et la pratique relatifs à certains traités¹²¹. Ces fonctions ne sont pas prévues par la CVDT, mais ont été développées dans la pratique. Ainsi, le rôle de dépositaire a pris de l'ampleur dans la pratique de certains dépositaires et n'est pas (ou plus) compris comme un rôle purement administratif. Il confère une certaine aura, qui peut être mise à profit en faveur des traités en question.

115 TICHY/BITTNER, *supra* n. 85, 1317–1318.

116 Voir ci dessous, pp. 423 et ss.

117 OUGUERGOUZ/VILLALPANDO/MORGAN-FOSTER, *supra* n. 85, 1751.

118 TICHY/BITTNER, *supra* n. 85, 1317–1318.

119 Cf. COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *supra* n. 89, 293.

120 *Ibid.*

121 HINOJAL-OYARBIDE, *supra* n. 83, 682.

Est-ce à dire qu'il existe aussi, pour un État Partie endossant le rôle de dépositaire, une responsabilité accrue dans le respect du traité à proprement parler, du fait de ce rôle particulier? Dans les dispositions de la CVDT, rien ne le laisse entendre.

Voyons maintenant si le régime prévu par le droit international humanitaire «déroge» au régime général et impose une responsabilité accrue ou différente à la Suisse en tant qu'État dépositaire¹²².

II. Le rôle de dépositaire en droit international humanitaire: particularismes?

1. *Particularismes dans le droit*

La Suisse est dépositaire de 79 traités internationaux, parmi lesquels les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels de 1977¹²³. Les Conventions de Genève de 1949 ne contiennent pas une disposition stipulant que les Hautes Parties contractantes désignent la Suisse comme dépositaire, contrairement aux Protocoles additionnels¹²⁴. Simplement, le Conseil fédéral est désigné dans plusieurs dispositions des Conventions comme exerçant diverses fonctions dévolues au dépositaire.

Parmi ces fonctions, l'on retrouve, dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels, les fonctions classiques prévues aussi dans l'article 77 de la CVDT. Le Conseil fédéral est tenu de:

- (a) Garder l'original des quatre Conventions de Genève et des Protocoles additionnels déposés dans les Archives de la Confédération suisse et transmettre une copie certifiée conforme aux États signataires et adhérents¹²⁵.

122 ROSENNE, *supra* n. 83, 938: «The depositary may also have functions arising out of other branches of international law. These, too, are left untouched by the draft articles.»

123 Voir la liste de traités dont la Suisse est dépositaire sur le site Web du DFAE: <<https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/droit-international-public/traites-internationaux/depositaire.html#:~:text=La%20Suisse%20est%20d%C3%A9positaire%20de,dans%20toutes%20leurs%20langues%20originales.&text=Les%20informations%20suivantes%20sont%20disponibles,textes%20originaux>> (consulté le 27 janvier 2025). Pour les traités de droit humanitaire pour lesquels la Suisse est dépositaire, voir ici: <<https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/droit-international-public/traites-internationaux/depositaire/protection-des-victimes-de-la-guerre.html>> (consulté le 27 janvier 2025).

124 Voir, par exemple, Protocole I, *supra* n. 27, art. 93: «Le présent Protocole sera ratifié dès que possible. Les instruments de ratification seront déposés auprès du Conseil fédéral suisse, dépositaire des Conventions.» Voir aussi Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) du 8 juin 1977, 1125 U.N.T.S. 609, art. 21 et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III) du 8 décembre 2005, 2404 U.N.T.S. 261, art. 9.

125 Voir le *testimonium* à la fin des Conventions de Genève, à savoir la partie formelle qui suit les clauses principales du document et sert à authentifier le traité. Voir aussi Protocole I, *supra* n. 27, art. 102; Protocole II, *supra* n. 124, art. 28; Protocole III, *supra* n. 124, art. 17.

- (b) Communiquer aux États Parties (et parfois établir) les traductions officielles des Conventions de Genève et Protocoles additionnels ainsi que les lois et règlements adoptés par les États Parties pour assurer l'application des traités en question¹²⁶.
- (c) Recevoir les instruments de ratification, d'adhésion, les dénonciations éventuelles et autres notifications et les communiquer à tous les États Parties¹²⁷.
- (d) Enregistrer les Conventions au Secrétariat des Nations Unies et l'informer de toutes les ratifications, adhésions et dénonciations reçues¹²⁸.

En plus de ces dispositions usuelles, les Protocoles additionnels prévoient des fonctions spécifiques pour le dépositaire qui ne sont pas coutumières¹²⁹.

En particulier, l'article 7 du Protocole I prévoit que:

«Le dépositaire du présent Protocole convoquera, à la demande d'une ou de plusieurs des Hautes Parties contractantes et avec l'approbation de la majorité de celles-ci, une réunion des Hautes Parties contractantes en vue d'examiner les problèmes généraux relatifs à l'application des Conventions et du Protocole¹³⁰.»

126 Convention I, *supra* n. 1, art. 48 et 55, para. 2; Convention II, *supra* n. 1, art. 49 et 54, para. 2; Convention III, *supra* n. 1, art. 128 et 133, para. 2; Convention IV, *supra* n. 1, art. 145 et 150, para. 2; Protocole I, *supra* n. 27, art. 84.

127 Pour la ratification: Convention I, *supra* n. 1, art. 57; Convention II, *supra* n. 1, art. 56; Convention III, *supra* n. 1, art. 137; Convention IV, *supra* n. 1, art. 152. Le texte fait référence au dépôt des instruments de ratification «à Berne», ce qui manque de clarté. Cependant, les Commentaires du CICR de 2016 précisent au para. 3163: «[...] Toutefois, la mention «à Berne» n'est guère précise et ne peut être comprise qu'à la lumière du deuxième alinéa, des autres dispositions finales et de la clause finale, qui désignent le Conseil fédéral suisse comme le dépositaire des Conventions.» Pour l'adhésion: Convention I, *supra* n. 1, art. 61; Convention II, *supra* n. 1, art. 60; Convention III, *supra* n. 1, art. 140; Convention IV, *supra* n. 1, art. 156; Protocole I, *supra* n. 27, art. 94; Protocole II, *supra* n. 124, art. 22. Pour les ratifications ou adhésion après le début des hostilités: Convention I, *supra* n. 1, art. 62; Convention II, *supra* n. 1, art. 61; Convention III, *supra* n. 1, art. 141; Convention IV, *supra* n. 1, art. 157. Pour les dénonciations: Convention I, *supra* n. 1, art. 63; Convention II, *supra* n. 1, art. 62; Convention III, *supra* n. 1, art. 142; Convention IV, *supra* n. 1, art. 158; Protocole I, *supra* n. 27, art. 99; Protocole II, *supra* n. 124, para. 25, para. 2; Protocole III, *supra* n. 124, art. 14, para. 2. Voir aussi pour l'ensemble des notifications, Protocole I, *supra* n. 27, art. 100; Protocole II, *supra* n. 26, art. 28; Protocole III, *supra* n. 124, art. 15. Voir aussi les notifications des mouvements de libération nationale pour rendre applicable le Protocole I, *supra* n. 27, art. 96, para. 3. Voir aussi les notifications pour reconnaître la compétence de la Commission internationale humanitaire d'établissement des faits: Protocole I, *supra* n. 27, art. 90, para. 2, let. A.

128 Convention I, *supra* n. 1, art. 64; Convention II, *supra* n. 1, art. 63; Convention III, *supra* n. 1, art. 143; Convention IV, *supra* n. 1, art. 159; Protocole I, *supra* n. 27, art. 101; Protocole II, *supra* n. 124, art. 27; Protocole III, *supra* n. 124, art. 16.

129 KLINGELE, *supra* n. 4, 194. Cf. TICHY/BITTNER, *supra* n. 85, 1313: «A number of treaties entrust the depositary with additional administrative functions, such as the convocation of a conference of the States Parties, the keeping custody of relevant documentation or the maintenance of a list of qualified jurists. These additional functions are often related to the depositary functions and it is thus convenient and practicable to confer these functions on the depositary also. However, they have to be distinguished from the depositary functions *stricto sensu*, ie those codified in Art 77 or established in customary law.»

130 A noter que les Protocoles II et III ne contiennent pas une règle semblable.

C'est un moyen important pour améliorer l'application du traité qui a été sans doute sous-utilisé¹³¹. On peut regretter que la Suisse ait manqué l'opportunité de convoquer la conférence des Hautes Parties contractantes en mars 2025, comme l'y invitait l'Assemblée générale des Nations Unies (voir notre introduction¹³², en lien avec la protection des civils dans les Territoires palestiniens occupés. Il convient toutefois de préciser qu'une telle conférence n'aurait pas été conviée sur la base de l'article 7 du Protocole I, Israël ne l'ayant pas ratifié.

Il convient de noter également que l'article 7 du Protocole I évoque cette possibilité pour examiner des «problèmes généraux relatifs à l'application des Conventions et du Protocole». Selon le Commentaire du CICR à cet article,

«[p]ar l'expression «problèmes généraux», la Conférence a voulu exclure l'examen de situations particulières (...). Ces problèmes généraux pourront, malgré le libellé du texte, ressortir aussi bien à l'interprétation ou aux mesures préalables d'exécution qu'à l'application proprement dite; ils pourront de même être soumis soit d'avance, à l'issue d'un travail de réflexion, soit au vu d'expériences concrètes¹³³.»

La pratique semble être moins restrictive, et rien n'empêche les Hautes Parties Contractantes de demander à la Suisse, en tant qu'État dépositaire, de convoquer plus régulièrement de telles réunions, ou encore à la Suisse de proactivement proposer de telles réunions. Par exemple, dans le cadre des efforts conjoints entrepris par la Suisse et le CICR entre 2015 et 2019 pour renforcer la protection juridique des victimes des conflits armés, il avait été question que la XXXII^{ème} Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge invite la Suisse, en tant que dépositaire des Conventions de Genève de 1949, à convoquer la première session de la «Réunion des États», qui serait chargée de constituer une nouvelle instance permettant aux États de se réunir régulièrement pour confronter leurs points de vue sur les moyens d'améliorer le respect du DIH¹³⁴. Malheureusement, cette initiative n'a pas pu aboutir faute de volonté politique de certains États.

Même si l'article 7 du Protocole I n'indique pas la nature des conclusions auxquelles peut aboutir une telle réunion, ni la procédure à appliquer, une inter-

131 La Suisse a convoqué trois conférences des Hautes Parties Contractantes jusqu'à maintenant; à savoir en 1999, 2001 et 2014, toutes en lien avec la situation dans le Territoire palestinien occupé et sur demande de l'Assemblée générale. Cf. <https://www.admin.ch/gov/fr/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-55724.html> (consulté le 27 janvier 2025). Une nouvelle conférence de ce type était prévue pour mars 2025, mais a été annulée. Cf. <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentations/communiqués.msg-id-103146.html> (consulté le 27 janvier 2025). La Suisse a aussi mené à plusieurs reprises des consultations des États Parties sur l'opportunité d'organiser une réunion des Hautes Parties contractantes.

132 Voir introduction *supra*.

133 YVES SANDOZ/CHRISTOPHE SWINARSKI/BRUNO ZIMMERMAN, *supra* n. 29, para. 274.

134 COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE/DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, «Le renforcement du respect du droit international humanitaire», Genève 2015, 32IC/15/19.2, 32 ss.

prétation contextuelle (par exemple, la référence à la notion de «problèmes généraux» et l'existence d'une procédure à part pour les amendements) permet d'en déduire que la nature des conclusions est celle de recommandations¹³⁵. Ces recommandations peuvent néanmoins jouer un rôle important en clarifiant l'interprétation à donner à certaines dispositions, en offrant des exemples de bonne pratique, ou en soumettant des projets d'amendement¹³⁶. La Suisse considère que ce genre de réunion peut aussi permettre de réaffirmer les règles de DIH et les obligations des Hautes Parties contractantes¹³⁷.

A cet égard, les trois Protocoles additionnels prévoient également que toute Haute Partie contractante peut proposer des amendements au dépositaire, lequel devra consulter l'ensemble des États Parties, ainsi que le CICR, puis décider s'il convient de convoquer une conférence pour examiner l'amendement en question¹³⁸. A notre connaissance, de telles propositions d'amendement n'ont jamais été faites, au vu des risques inhérents à tout exercice de ce type, susceptible de donner lieu à des renégociations infinies, qui affaiblissent davantage qu'elles ne renforcent les règles existantes. Le Protocole I prévoit également que le dépositaire convoquera une conférence des Hautes Parties contractantes et des Parties aux Conventions de Genève en cas d'amendements proposés à l'Annexe I du Protocole I concernant les signes distinctifs¹³⁹.

Enfin, rappelons que la Suisse, en tant que dépositaire du Protocole I, est tenue de convoquer une réunion des Hautes Parties contractantes en vue d'élire les membres de la Commission internationale humanitaire d'établissement des faits¹⁴⁰, dont nous avons traité ci-dessus¹⁴¹.

2. *Défis rencontrés dans la pratique*

Dans certains cas, le rôle de dépositaire peut comporter une dimension politique délicate¹⁴². Dans le cadre des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels, deux contextes particuliers appellent des commentaires.

Le premier concerne les demandes d'adhésion aux traités humanitaires. Par exemple, en 1922, l'Ukraine avait déposé une notification d'adhésion à la Convention de Genève de 1906, laquelle n'a pas été communiquée par la Suisse aux États Parties, car cet État n'avait été reconnu que par trois pays¹⁴³. En 1989,

135 YVES SANDOZ/CHRISTOPHE SWINARSKI/BRUNO ZIMMERMAN, *supra* n. 29, para. 276.

136 *Ibid.*

137 Voir: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-103146.html> (consulté le 27 janvier 2025).

138 Protocole I, *supra* n. 27, art. 97; Protocole II, *supra* n. 124, art. 24; Protocole III, *supra* n. 124, art. 13.

139 Protocole I, *supra* n. 27, art. 98.

140 Protocole I, *supra* n. 27, art. 90, para. 1, let. b.

141 Voir *supra* section III, pp. 408 ss.

142 Voir *supra* pp. 418–419.

143 OUGUERGOUZ/VILLALPANDO/MORGAN-FOSTER, *supra* n. 85, 1738.

c'était la Palestine qui avait déposé un instrument d'adhésion aux Conventions de Genève¹⁴⁴. A l'époque, le statut d'État de la Palestine était encore fortement contesté au sein de la Communauté internationale. Dès lors, la Suisse préféra communiquer cette déclaration d'adhésion aux États Parties «pour information» et sans prendre position¹⁴⁵. La Palestine ne put parvenir à ses fins. En 2014, deux ans après que la Palestine eut été admise par l'Assemblée générale de l'ONU comme «État observateur permanent non-membre» des Nations Unies¹⁴⁶, elle déposa à nouveau son instrument d'adhésion aux Conventions de Genève et au Protocole I¹⁴⁷. Cette fois-ci, la Suisse l'accepta sans ambages, et ce, sans avoir préalablement communiqué la demande aux États Parties¹⁴⁸. Sans surprise, Israël protesta fermement, de même que les États-Unis et le Canada, soulignant qu'ils ne se considéraient pas comme liés à l'égard de la Palestine, qu'ils ne reconnaissent pas¹⁴⁹. Ce différend ne provoqua pas plus d'émoi, et la Palestine est aujourd'hui bien considérée comme partie à ces traités¹⁵⁰. Elle adhéra ensuite en 2015 aux Protocoles II et III¹⁵¹.

Le deuxième contexte sensible concerne les déclarations unilatérales en vertu de l'article 96§ 3 du Protocole I. Ces notifications permettent à une «autorité représentant un peuple» – comprenez un mouvement de libération nationale – opposé à un État Partie au Protocole I dans un conflit armé impliquant une lutte contre un régime colonial, raciste ou une occupation étrangère, de s'engager à appliquer les Conventions de Genève et le Protocole I. En d'autres termes, cette déclaration donne lieu à l'application du droit des conflits armés internationaux (et non celui des conflits armés non internationaux), pour autant que l'État en cause ait ratifié le Protocole I. La Suisse, en tant que dépositaire, a reçu de nombreuses notifications de ce type, mais ne les a généralement pas admises du fait d'un défaut formel, comme le fait que l'État en cause n'était pas partie au Protocole I¹⁵².

Le 23 juin 2015, cependant, le Front Polisario communiqua une déclaration unilatérale en vertu de l'article 96, paragraphe 3, du Protocole I, et en tant

144 *Ibid.*

145 *Ibid.*

146 A/RES/67/19, 4 décembre 2012.

147 SABA PIPAI, «The Power of Depositary, ICC end Palestine's Quest for Statehood», *Opinio Juris*, 31 mai 2021, <<http://opiniojuris.org/2021/05/31/the-power-of-depositary-icc-and-palestines-quest-for-statehood/>> (consulté le 27 janvier 2025).

148 *Ibid.*

149 *Ibid.*

150 Voir tableau intitulé: «States Party to the Following International Humanitarian Law and Other Related Treaties as of 07 January 2025», <<https://ihl-databases.icrc.org/fr/ihl-treaties/treaties-and-states-parties>> (consulté le 27 janvier 2025).

151 *Ibid.*

152 Feuille fédérale, „Le rôle de la Suisse en tant que dépositaire des Conventions de Genève», 24 juillet 2007, <https://entscheidsuche.ch/docs/CH_VB/CH_VB_001_07-1329-5291-_2007-07-24.pdf>. Voir aussi: KLINGELE, *supra* n. 4, 194.

qu'autorité représentant le peuple du Sahara occidental luttant pour son droit à disposer de lui-même, dans le cadre du conflit l'opposant au Royaume du Maroc¹⁵³. Trois jours plus tard, la Suisse en tant que dépositaire notifia aux États Parties que «[c]ette déclaration a, dès le 23 juin 2015, les effets mentionnés à l'article 96, paragraphe 3, du Protocole I¹⁵⁴». C'était la première fois que la Suisse acceptait une déclaration unilatérale de ce type. De manière prévisible, le Maroc réagit vigoureusement et, dans une lettre adressée à la Suisse le 30 juin 2015, considéra que cette déclaration était nulle et non avenue, le dépositaire ayant, selon lui, failli à son devoir d'impartialité¹⁵⁵.

Ces exemples montrent que, dans la pratique relative aux Conventions de Genève et à leurs Protocoles additionnels, le rôle du dépositaire ne se limite pas à un rôle purement notarial. Les implications politiques et juridiques de l'acceptation d'instruments d'adhésion ou de déclarations unilatérales par des mouvements de libération nationale sont importantes. De même, les demandes de la communauté internationale au dépositaire de convenir des conférences des Hautes Parties contractantes sont symptomatiques d'une attente vis-à-vis de la Suisse, en tant que dépositaire, de mener des actions concrètes visant à un meilleur respect du DIH. La Suisse a incarné le rôle de dépositaire d'une façon qui n'est pas minimaliste. Comme l'écrit si justement Klingele:

«Ce rôle classique de dépositaire ne signifie cependant pas qu'il serait interdit à la Suisse de prendre une responsabilité plus étendue pour les Conventions de Genève. Comme Etat partie déjà, elle est tenue non seulement de respecter les dispositions conventionnelles dans son ordre juridique propre, mais en outre, solidairement, de veiller à leur respect par les autres Etats parties en application de l'article premier commun aux quatre Conventions et au Protocole additionnel I. Au vu de cette responsabilité collective, qui souligne la signification fondamentale du droit international humanitaire, il apparaît tout à fait logique que la Suisse considère ses fonctions de dépositaire non comme un simple mandat de bonne administration, mais aussi comme une obligation politique et morale de veiller à l'observation de ces traités et de s'engager pour le développement du droit international humanitaire.¹⁵⁶»

Cette citation constitue une parfaite transition pour introduire la troisième et dernière partie de cet article, portant sur la question de savoir si le rôle de dépo-

153 Sur le contexte de cette déclaration unilatérale et la réaction sans précédent de la Suisse en tant que dépositaire, voir: DOMINIC GATTUSO, «The Polisario Front and the Future of Article 1(4)», 99 Texas Law Review (2021), 1201–1218.

154 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, «Notification aux Gouvernements des Etats parties aux Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre», 16 juin 2015, <https://www.eda.admin.ch/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/geneve/150626-GENEVE_fr.pdf> (consulté le 27 janvier 2025).

155 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, «Notification aux Gouvernements des Etats parties aux Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre», 9 juillet 2015 <https://www.dfae.admin.ch/content/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/geneve/150709-GENEVE-avec-ann_f.pdf> (consulté le 27 janvier 2025).

156 KLINGELE, *supra* n. 4, 195.

sitaire implique une responsabilité juridique accrue en lien avec l'obligation de faire respecter le DIH, ou, du moins, une responsabilité politique et morale spécifique.

D. Obligation de respecter et faire respecter le droit international humanitaire: une responsabilité plus grande pour le dépositaire?

Tous les États Parties aux Conventions de Genève et à leurs Protocoles additionnels ont l'obligation de «respecter et faire respecter» le droit international humanitaire¹⁵⁷. Il s'agit d'une règle coutumière qui s'applique dans les conflits armés internationaux et non internationaux¹⁵⁸. Cette règle met en exergue également le caractère *erga omnes* des obligations de DIH¹⁵⁹. Autrement dit, la communauté internationale a un «intérêt légitime» à voir ces règles respectées.

L'obligation de «respecter et faire respecter» le DIH a une composante interne et externe. D'abord, les États Parties doivent faire en sorte que leurs forces armées, mais aussi les populations vivant sous leur contrôle au sens large, respectent le DIH. Il s'agit là de la composante interne qui reflète la formule de *pacta sunt servanda*¹⁶⁰. Mais l'obligation de «respecter et faire respecter» n'aurait pas d'effet utile si elle se limitait à cette composante purement interne.

Sa composante externe, qui nous intéresse davantage ici, implique que tous les États, en particulier les États tiers ou «neutres», pour employer la terminologie du DIH, ont une obligation de «faire respecter» le DIH par les parties belligérantes. Cette obligation comporte une dimension négative, à savoir que les États ne doivent pas encourager les violations de DIH. L'affaire *Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*, est une parfaite illustration de cette obligation négative¹⁶¹. En effet, la CIJ a estimé que les États-Unis avaient violé l'obligation de faire respecter le DIH en distribuant un manuel d'opérations psychologiques aux forces *contras* – à savoir les forces rebelles opposées au gouvernement nicaraguayen – qui encourageait la commission de violations graves du DIH, telles que l'assassinat de juges à l'issue de faux procès¹⁶². Cette dimension négative de l'obligation de faire respecter le DIH n'est généralement pas contestée.

157 Convention I, *supra* n. 1, art. 1; Convention II, *supra* n. 1, art. 1; Convention III, *supra* n. 1, art. 1; Convention IV, *supra* n. 1, art. 1; Protocole I, *supra* n. 27, art. 1, para. 1.

158 JEAN-MARIE HENCKAERTS/LOUISE DOSWALD-BECK, *supra* n. 1, 670–675, Règle 144. Voir aussi l'abondante pratique mentionnée dans l'étude.

159 *Ibid.*, 674.

160 Convention de Vienne, *supra* n. 86, art. 26.

161 CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt du 27 juin 1986, 1986 C.I.J. Recueil 14.

162 *Ibid.*, para. 122.

De plus, il existe une composante positive à cette obligation. Telle est, en tout cas, la position solidement arrimée du CICR¹⁶³, à laquelle nous souscrivons – comme de nombreux autres auteurs¹⁶⁴ – malgré certains avis divergents¹⁶⁵. Si l'on admet une telle composante positive, il est important de déterminer le standard: à savoir, jusqu'à quel point peut-on attendre d'un État qu'il prenne des mesures pour faire respecter le DIH? D'après le CICR, un État doit «exercer son influence¹⁶⁶» et faire «tout ce qui est raisonnablement en son pouvoir¹⁶⁷». Il semblerait donc que tous les États ne soient pas logés à la même enseigne. Plus le degré d'influence est élevé, plus il est attendu d'un État qu'il prenne des mesures pour faire respecter le DIH, mais il ne s'agit que d'une obligation de moyens. Autrement dit, si techniquement l'obligation de faire respecter le DIH est la même pour tous, sa mise en œuvre va différer selon le degré d'influence que peut exercer l'État.

A notre avis, c'est là que réside la clef de la réponse à la question de la responsabilité particulière de la Suisse vis-à-vis du DIH. Il est certain que la Suisse en tant qu'État dépositaire et État Partie aux Conventions de Genève et Protocoles additionnels a une obligation de «faire respecter» le DIH. Cette obligation serait la même que la Suisse soit dépositaire ou non des traités de DIH¹⁶⁸. Cependant, sa position de dépositaire lui donne un *degré d'influence* supplémentaire par rapport à un autre État Partie. Ce degré d'influence est encore amplifié par le rôle historique de la Suisse en tant que promotrice du DIH, dont le développement n'aurait pas été possible sans l'engagement conjoint de la Suisse et de nombre de ses ressortissants¹⁶⁹. A cela s'ajoute la neutralité permanente de la Suisse, qui fait de ce pays un État tout désigné pour intervenir en faveur d'un meilleur respect du DIH.

163 JEAN-MARIE HENCKAERTS/LOUISE DOSWALD-BECK, *supra* n. 1, 670–675, Règle 144. Voir aussi: CICR Base de données, Traités, États parties et Commentaires, Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949., Commentaire de 01.01.2016, Article 1 – Respect de la Convention, <<https://ihl-databases.icrc.org/fr/ihl-treaties/gci-1949/article-1/commentary/2016?activeTab=>> (Dernière consultation le 27.01.2025)

164 Voir, par exemple, LAURENCE BOISSON DE CHAZOURNES/LUIGI CONDORELLI, «Common Article 1 of the Geneva Conventions Revisited: Protecting Collective Interests», 82:837 *International Review of the Red Cross* (2000), 67–87; ROBIN GEISS, «The Obligation to Respect and Ensure Respect for the Conventions», dans: Andrew Clapham, Paola Gaeta & Marco Sassòli (éds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford 2016, 111–134, 109 ss.

165 Voir, par exemple, MICHAEL N. SCHMITT/SEAN WATTS, «Common Article 1 and the Duty to 'Ensure Respect'», 96 *International Law Studies* (2020), 674–706; ROBERT KOLB, «Commentaires iconoclastes sur l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire selon l'article 1 commun des Conventions de Genève de 1949», *Revue belge de droit international*, vol. 46, n° 2, 2013, 513–520, 518.

166 JEAN-MARIE HENCKAERTS/LOUISE DOSWALD-BECK, *supra* n. 1, 670–675, Règle 144; Commentaires du CICR de 2016, *supra* n. 163, para. 164.

167 Voir Commentaires du CICR de 2016, *supra* n. 163, para. 165.

168 SASSÒLI, *supra* n. 28, 55–57.

169 Voir *supra* section B (I), pp. 403 et ss.

Il convient de souligner que la neutralité permanente de la Suisse ne signifie aucunement qu'elle soit empêchée de prendre position, de dénoncer des violations du DIH ou d'appeler une partie belligérante à en respecter les règles. Au contraire, cette neutralité permanente, version suisse, est plutôt source de responsabilité politique et morale en faveur de la tradition humanitaire qui caractérise la Suisse¹⁷⁰.

Il est intéressant de noter que parmi les multiples mesures, individuelles ou collectives, que les États peuvent prendre en vertu de l'obligation de «faire respecter» le DIH, figure en bonne place la possibilité de convier des réunions des Hautes Parties contractantes¹⁷¹. Nous avons vu ci-dessus le rôle primordial joué par la Suisse en tant que dépositaire pour convier de telles réunions.

En pratique, la Suisse a déployé des efforts notables pour faire respecter le DIH et s'est toujours positionnée en tant que leader en la matière. Elles sont inénombrables les interventions de la Suisse appelant à un plus grand respect du DIH. Comme mentionné par le conseiller fédéral, M. Ignazio Cassis, il faut dire que:

«[l]a Suisse est bien placée pour œuvrer en faveur du DIH. Elle se distingue en effet par sa neutralité, sa tradition humanitaire et son statut d'Etat dépositaire des Conventions de Genève. C'est pourquoi le respect, le renforcement et la promotion du DIH comptent parmi ses priorités de politique étrangère¹⁷².»

Au-delà des paroles, dans les faits, la Suisse a agi pour respecter et faire respecter le DIH. On peut noter de manière non exhaustive et pêle-mêle:

(1) Des mesures internes:

- Les rapports volontaires de la Suisse qui visent à faire état de la mise en œuvre du DIH par la Suisse et aussi, parallèlement, à encourager d'autres États à s'adonner à cet exercice¹⁷³. Il convient de noter que cette initiative fait suite au projet de grande ampleur mené aux côtés du CICR

170 FRÉDÉRIC BURNAND, «La neutralité active n'est pas une nouveauté», Swissinfo, 2 août 2006, <https://www.swissinfo.ch/fre/vivre-veillir/la-neutralite%3%A9-active-n-est-pas-une-nouveaute%3%A9/5356130> (consulté le 27 janvier 2025); HUMANRIGHTS.CH, «Réactions suisses à l'escalade de la violence au Proche-Orient – débat sur la neutralité», 11 août 2006, <https://www.humanrights.ch/fr/pfi/droits-humains/politique-exterieure/reactions-suissees-violences-proche-orient> (consulté le 27 janvier 2025); et BERNHARD ALTERMATT, «Les peines de la Suisse neutre avec la guerre en Ukraine», Le Regard Libre, 1 juin 2023, <https://leregardlibre.com/politique/suisse/les-peines-de-la-suisse-neutre-avec-la-guerre-en-ukraine/> (consulté le 27 janvier 2025).

171 Voir Commentaires du CICR de 2016, *supra* n. 163, para. 181.

172 CONSEIL FÉDÉRAL, «Mise en œuvre du droit international humanitaire par la Suisse», Rapport volontaire du Conseil fédéral, 12 août 2020, <https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/20200812-HVR-Bericht_FR.pdf> (consulté le 27 janvier 2025), 3.

173 *Ibid.*, 3. Voir aussi «Mise en œuvre du droit international humanitaire par la Suisse», Deuxième rapport volontaire du Conseil fédéral, 23 octobre 2024, <https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/2024/20241022_HVR_Bericht_FR.pdf> (consulté le 27 janvier 2025).

de 2015 à 2019, qui visait à renforcer la mise en œuvre du DIH, par exemple, par la mise sur pied d'un forum où les États pourraient débattre de questions relatives au DIH, et qui s'est malheureusement soldé par un échec¹⁷⁴.

- La mise sur pied d'une commission nationale de DIH en 2009, nommée «*Comité interdépartemental de droit international humanitaire*»¹⁷⁵.
 - La Suisse se distingue aussi dans la lutte contre l'impunité, étant l'un des rares pays qui reconnaisse et applique le principe de la compétence universelle¹⁷⁶.
 - Le soutien financier à des projets visant à renforcer le DIH¹⁷⁷.
- (2) Des mesures externes
- Des démarches diplomatiques et dénonciations publiques de violations commises par des parties belligérantes¹⁷⁸.
 - L'influence au sein du Conseil de sécurité en faveur de la protection des civils¹⁷⁹.
 - Les bons offices de la Suisse, incluant historiquement le rôle de Puissance protectrice, mais aussi le fait d'être État-hôte de diverses rencontres internationales (experts gouvernementaux et autres) en lien avec le DIH, y compris les Conférences internationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.
 - Les autres mesures précitées pour assurer la mise en œuvre du DIH au travers du soutien au CICR, mais aussi du maintien du Secrétariat et de la promotion de la Commission internationale humanitaire d'établissement des faits¹⁸⁰.
 - Les réunions des Hautes Parties contractantes conviées en vertu du rôle de dépositaire¹⁸¹.

Mieux, la communauté internationale semble clairement attendre de la Suisse un rôle actif pour un meilleur respect du DIH. Que ce soit l'Assemblée générale des Nations Unies, le Secrétaire général des Nations Unies, la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, des États Parties, nombreux sont ceux qui appellent la Suisse à organiser des réunions

174 Voir *supra* note 134.

175 Voir site Web du Comité sur <<https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/droit-international-public/droit-international-humanitaire/comite-interdepartemental-droit-international-humanitaire.html>> (consulté le 27 janvier 2025).

176 Code pénal suisse, art. 7; art. 10 al. 1bis du Code pénal militaire. Voir aussi Confédération suisse, Direction du droit international public, «Indications et observations sur la portée et l'application du principe de compétence universelle», Contribution de la Suisse communiquée au Secrétaire général des Nations Unies, 12 mai 2011. <[https://www.un.org/en/ga/sixth/66/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Switzerland%2520\(F\).pdf](https://www.un.org/en/ga/sixth/66/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Switzerland%2520(F).pdf)>

177 CONSEIL FÉDÉRAL, *supra* n. 154, 25–26.

178 *Ibid.*, 25–26.

179 *Ibid.*, 25–26.

180 *Supra* pp. 408 et ss.

181 *Supra* pp. 421 et ss.

périodiques, des conférences des Hautes Parties contractantes, des consultations d'États Parties, des réunions d'experts pour assurer un meilleur respect du DIH¹⁸². Les commentateurs de la politique étrangère suisse exhortent souvent la Suisse à adopter un rôle actif en faveur du DIH dans tel ou tel contexte¹⁸³.

De manière quasi systématique, le rôle de dépositaire de la Suisse est invoqué, et l'on comprend bien que cela dépasse une approche purement technique, allant bien au-delà de ce que prévoient les textes du DIH ou une conception strictement notariale de ce rôle¹⁸⁴. Il semblerait que la référence au rôle de dépositaire soit utilisée comme symbole ultime de l'attente que la communauté internationale place dans la Suisse pour faire respecter le DIH. Cette attente de la communauté internationale a été en partie créée par la relation privilégiée que la Suisse entretient avec le DIH et par le sentiment de la Suisse elle-même d'avoir des devoirs particuliers en la matière. En guise d'illustration, l'on peut se référer à l'extrait d'un discours d'Alain Berset en sa capacité de Président de la Confédération suisse en 2023 devant le Conseil de sécurité lors d'un débat public sur la protection des civils dans les conflits armés, dans lequel il souligne:

«Le respect du droit international humanitaire est une priorité de longue date pour la Suisse et l'une de nos priorités au Conseil de sécurité. En tant que dépositaire des Conventions de Genève et siège du CICR, nous nous sentons d'autant plus tenus [version anglaise: «all the more bound»] par cet impératif humanitaire¹⁸⁵.»

Tant et si bien qu'il semble y avoir une sorte d'«attente légitime» de la communauté internationale que la Suisse agisse pour faire respecter le DIH¹⁸⁶.

Bien qu'il ne soit pas possible de développer davantage ce point dans cette contribution, l'hypothèse selon laquelle la Suisse a une responsabilité juridique particulière qui découle non seulement de l'obligation de faire respecter le DIH – et de son degré d'influence en la matière – mais aussi d'une attente légitime de la communauté internationale, n'est pas dénuée de fondement¹⁸⁷.

182 KLINGELE, *supra* n. 4, 195–196.

183 Voir *supra* note 7 et note 170.

184 KLINGELE, *supra* n. 4, 196–197: «Diverses résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU démontrent que la communauté des États non seulement approuve, mais bien plus exhorte la Suisse à endosser telle responsabilité, au-delà de ses fonctions purement notariales, pour le respect des Conventions et des Protocoles additionnels. L'engagement actif de la Suisse pour le respect du droit international humanitaire n'est pas seulement attendu, mais il est justement considéré comme faisant partie de son identité.»

185 Voir <https://www.aplusforpeace.ch/fr/debat-ouvert-protection-des-civils-dans-les-conflits-armes> (consulté le 27 janvier 2025).

186 Sur le concept d'«attentes légitimes» comme dérivant du principe de bonne foi, voir ROBERT KOLB, «La bonne foi en droit international public», *Revue Belge de Droit International*, 1998/2, pp. 661–732.

187 Comme le reconnaît le Département fédéral des affaires étrangères dans son «Guide de la pratique en matière de traités internationaux» de 2003, para. 78: «Le dépositaire désigné l'est souvent parce qu'il a joué un rôle significatif lors des négociations du nouveau traité ou parce qu'il

En tout état de cause, même pour les plus sceptiques¹⁸⁸, il ne fait pas l'ombre d'un doute que la Suisse a une responsabilité politique et morale particulière vis-à-vis du DIH.

E. Conclusion: Une responsabilité juridique accrue? ou une responsabilité politique et morale?

Le rôle de dépositaire comporte une responsabilité juridique pour assurer un bon fonctionnement du traité. Cette responsabilité est propre au rôle de dépositaire et n'incombe pas à tous les États Parties. Ceci est admis. Il ne s'agit cependant pas d'une responsabilité matérielle, nous entendons par là vis-à-vis du contenu des obligations, mais d'une responsabilité dans l'accomplissement impartial du rôle notarial de dépositaire.

Par ailleurs, le rôle de dépositaire peut être interprété et incarné plus ou moins activement. Les exemples susmentionnés montrent que la Suisse a été confrontée en tant que dépositaire à des questions épineuses, qu'elle a parfois approchées de manière courageuse, malgré les protestations d'une frange minoritaire d'États.

En plus d'être dépositaire, la Suisse est un État Partie aux Conventions de Genève et à leurs Protocoles additionnels et a, à ce titre, l'obligation de «respecter et faire respecter» le DIH, comme tous les autres États Parties. Néanmoins, la portée de l'obligation de faire respecter le DIH dépend notamment du degré d'influence d'un État. Le rôle historique de la Suisse dans le développement du DIH, sa neutralité, sa tradition humanitaire et son rôle de dépositaire, constituent autant d'éléments qui renforcent sa capacité d'influence, et, donc, la portée de son obligation de «faire respecter» le DIH.

La Suisse a usé de cette influence et se positionne en tant que leader pour faire respecter le DIH. Une attente légitime en résulte de la part de la communauté internationale de voir la Suisse endosser une responsabilité particulière en la matière.

Au vu de ces différents éléments, nous penchons en faveur d'une responsabilité non seulement politique et morale, mais aussi juridique particulière de la Suisse vis-à-vis du DIH. Techniquement, cette responsabilité ne découle pas du rôle de dépositaire en tant que tel. Le terme de «dépositaire» est communément utilisé comme un totem, un symbole ou une figure emblématique du rôle incarné par la Suisse – et attendu d'elle – en faveur du respect du DIH.

attache une grande importance au domaine régi. Le choix du dépositaire a dès lors souvent valeur de reconnaissance pour la diligence démontrée. *Il peut exprimer aussi l'attente que cet engagement particulier se poursuive à l'avenir.* La prise d'une certaine responsabilité pour un bon fonctionnement et une large application géographique du traité est ainsi usuelle. (nous soulignons)»

188 SASSÒLI, *supra* n. 28, 67 ss.

Résumé

À une époque marquée par des guerres omniprésentes – de l’Ukraine à Gaza, en passant par des conflits ignorés comme au Burkina Faso, au Yémen ou au Soudan – l’importance du respect du droit international humanitaire (DIH) n’a jamais été aussi prégnante. Si l’attention se porte souvent sur les belligérants, tous les États ont l’obligation de «respecter et faire respecter» le DIH. La Suisse joue un rôle particulier dans ce domaine: elle est non seulement dépositaire des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels, mais elle incarne aussi une tradition humanitaire forte allant de pair avec une politique étrangère ancrée autour de sa neutralité permanente. Cette position unique suscite à la fois de fortes attentes et une vigilance particulière quant à ses actions en faveur du respect du DIH. Le présent article examine la question de savoir si la Suisse a une responsabilité juridique accrue vis-à-vis du DIH en raison de son rôle de dépositaire, ou si les responsabilités qui lui incombent sont d’ordre politique ou moral. Il analyse le rôle historique de la Suisse dans le développement du DIH, les implications juridiques de sa fonction de dépositaire et sa responsabilité de «respecter et faire respecter» le DIH. Il s’interroge enfin sur la question de savoir si ces différents éléments fondent des attentes légitimes de la part de la communauté internationale.

Zusammenfassung

In einer Zeit, die von weit verbreiteten Kriegen geprägt ist – von der Ukraine über Gaza bis hin zu ignorierten Konflikten wie in Burkina Faso, Jemen oder Sudan – ist die Bedeutung der Einhaltung des humanitären Völkerrechts (HVR) so hoch wie nie zuvor. Auch wenn die Aufmerksamkeit oft auf die Kriegsparteien gerichtet ist, sind alle Staaten verpflichtet, das HVR zu respektieren und durchzusetzen. Die Schweiz spielt in diesem Bereich eine besondere Rolle: Sie ist nicht nur Depositarstaat der Genfer Konventionen und ihrer Zusatzprotokolle, sondern verkörpert auch eine starke humanitäre Tradition, die mit einer auf immerwährender Neutralität basierenden Außenpolitik einhergeht. Diese einzigartige Position weckt sowohl hohe Erwartungen als auch eine verstärkte Beobachtung ihrer Maßnahmen zur Förderung der Einhaltung des HVR. Der vorliegende Artikel untersucht, ob die Schweiz aufgrund ihrer Rolle als Depositarstaat eine erhöhte rechtliche Verantwortung gegenüber dem HVR hat oder ob ihre Verpflichtungen primär politischer oder moralischer Natur sind. Er analysiert die historische Rolle der Schweiz in der Entwicklung des HVR, die rechtlichen Auswirkungen ihrer Depositarfunktion und ihre Verantwortung, das HVR «zu respektieren und durchzusetzen». Schließlich geht er der Frage nach, ob diese verschiedenen Elemente legitime Erwartungen seitens der internationalen Gemeinschaft begründen.

Abstract

In an era of widespread wars – from Ukraine to Gaza, and overlooked armed conflicts such as in Burkina Faso, Yemen or Sudan – the importance of respecting international humanitarian law (IHL) has never been greater. While attention often focuses on belligerents, all states bear a legal obligation to «respect and ensure respect» for IHL. Switzerland plays a distinctive role in this domain, serving not only as the depositary of the Geneva Conventions and their Additional Protocols, but also embodying a strong humanitarian tradition that goes hand in hand with a foreign policy rooted in its permanent neutrality. This unique position has led to both heightened expectations and scrutiny regarding its actions in promoting respect for IHL. This article explores whether Switzerland has a heightened legal responsibility under IHL due to its role as depositary, or whether its perceived obligations are primarily political or moral. It examines Switzerland's historical role in IHL development, the legal implications of its depositary function, and its responsibility to «respect and ensure respect» for IHL. Finally, it asks whether these different elements form the basis of legitimate expectations on the part of the international community.

Bibliographie

- AKANDE DAPO/HILL-CAWTHORNE LAWRENCE, «The Lieber Code and the Regulation of Civil War in International Law», 53 *Columbia Journal of Transnational Law* (2015), 638–651.
- CRISTINA AZZARELLO, «The Independent Humanitarian Fact-Finding Commission: Has the «Sleeping Beauty» Awoken?», *Humanitarian Law & Policy*, 9 janvier 2018, <<https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2018/01/09/the-independent-humanitarian-fact-finding-commission-has-the-sleeping-beauty-awoken/>> (consulté le 23 janvier 2025).
- BOISSON DE CHAZOURNES LAURENCE/CONDORELLI LUIGI, «Common Article 1 of the Geneva Conventions Revisited: Protecting Collective Interests», 82:837 *International Review of the Red Cross* (2000), 67–87.
- BRÜHWILER CLAUDIA FRANZISKA/EGLI PATRICIA/SANCHEZ YVETTE, «The ICRC at a crossroads: Swiss roots – international outlook», 4:13 *Journal of International Humanitarian Action* (2019), 1–17.
- BUGNION FRANÇOIS, «Le Comité international de la Croix-Rouge et la Suisse», 28:3 *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande* (1996), 353–365.
- CAFLISCH LUCIUS, «Article 76: Depositaries of Treaties», dans: Olivier Corten & Pierre Klein (éds), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford 2011, 1702–1713.

- DEBUF ELS, «Le statut juridique et les privilèges et immunités du CICR: des outils de travail», 97:1–2 *Revue internationale de la Croix-Rouge* (2015), sélection française, 203–230.
- DUNANT HENRY, *Un Souvenir de Solférino*, Genève, 2011.
- FORSYTHE DAVID P., *The Humanitarians: The International Committee of the Red Cross*, Cambridge 2005.
- GAGGIOLI GLORIA, *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie*, Paris 2013.
- GASSER HANS-PETER, «The International Committee of the Red Cross and its Development Since 1945», dans: Jürg Martin Gabriel & Thomas Fischer (éds.), *Swiss Foreign Policy 1945–2002*, Londres 2003, 105–126.
- GATTUSO DOMINIC, «The Polisario Front and the Future of Article 1(4)», 99 *Texas Law Review* (2021), 1201–1218.
- GEISS ROBIN, «The Obligation to Respect and Ensure Respect for the Conventions», dans: Andrew Clapham, Paola Gaeta & Marco Sassòli (éds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford 2016, 111–134.
- HARWOOD CATHERINE, «Will the «Sleeping Beauty» Awaken? The Kunduz Hospital Attack and the International Humanitarian Fact-Finding Commission», *EJIL: Talk!*, 15 octobre 2015, <<https://www.ejiltalk.org/will-the-sleeping-beauty-awaken-the-kunduz-hospital-attack-and-the-international-humanitarian-fact-finding-commission/>> (consulté le 23 janvier 2025).
- HENCKAERTS JEAN-MARIE/DOSWALD-BECK LOUISE, *Droit international humanitaire coutumier*, Bruxelles 2006.
- HINOJAL-OYARBIDE ARANCHA, «The Role of the Secretary-General of the United Nations as Depositary of Multilateral Treaties», dans: Simon Chesterman, David M. Malone & Santiago Villalpando (éds), *The Oxford Handbook of United Nations Treaties*, Oxford 2019, 681–694.
- KALSHOVEN FRITS, «The International Humanitarian Fact-Finding Commission: A Sleeping Beauty?», 4 *Humanitäres Völkerrecht Informationsschriften* (2002), 213–216.
- KLINGELE DANIEL, «Le rôle de la Suisse en tant qu'État neutre et dépositaire des Conventions de Genève», 26:4 *Refugee Survey Quarterly* (2007), 192–197.
- KOLB ROBERT, «Commentaires iconoclastes sur l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire selon l'article 1 commun des Conventions de Genève de 1949», 46:2 *Revue belge de droit international* (2013), 513–520.

- KOLB ROBERT, *Ius in bello*: Le droit international des conflits armés, Bâle 2003.
- MEISSEN THOMAS, *Histoire de la Suisse*, Villeneuve d'Ascq 2019.
- OUGUERGOUZ FATSAH/VILLALPANDO SANTIAGO/MORGAN-FOSTER JASON, «Article 77: Functions of Depositaries», dans: Olivier Corten & Pierre Klein (éds), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford 2011, 1715–1753.
- PIPIA SABA, «The Power of Depositary, ICC end Palestine's Quest for Statehood», *Opinio Juris*, 31 mai 2021, <<http://opiniojuris.org/2021/05/31/the-power-of-depositary-icc-and-palestines-quest-for-statehood/>> (consulté le 27 janvier 2025).
- PROBST RAYMOND, «'Good Offices' in International Relations in the Light of Swiss Practice and Experience», 201 *Recueils des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987), 213–384.
- ROSENNE SHABTAI, «The Depositary of International Treaties», 61:4 *American Journal of International Law* (1967), 923–945.
- SANDOZ YVES/SWINARSKI CHRISOPHE/ZIMMERMAN BRUNO (éds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva 1987.
- SASSÒLI MARCO, «La Suisse et le Droit international humanitaire – une relation privilégiée?», 45 *Annuaire suisse de droit international* (1989), 47–71.
- SCHMITT MICHAEL N./WATTS SEAN, «Common Article 1 and the Duty to 'Ensure Respect'», 96 *International Law Studies* (2020), 674–706.
- TICHY HELMUT/BITTNER PHILIP, «Article 76: Depositaries of Treaties», dans: Oliver Dörr & Kirsten Schmalenbach (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Berlin/Heidelberg 2012, 1297–1307.

Appendix 3

Jakob & Maleh, Introduction to Articles 264–264n SCC — Section I

Commentaire romand, Code pénal II, Helbing Lichtenhahn, 2017, pp. 1651–1655

I. Implementation of the Rome Statute by Switzerland

A. Switzerland and the International Criminal Court

1. On 12 October 2001, Switzerland deposited its instruments of ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court with the Secretary-General of the United Nations[1]. Established by multilateral agreement in 1998 and in force since 1 July 2002, the ICC is the first permanent international criminal tribunal mandated to try the most serious crimes of concern to the international community, its jurisdiction not being limited *a priori* by material or temporal scope to a given set of facts. In this respect, it differs from its predecessors, among which the following should be specifically mentioned:
 - the *ad hoc* tribunals created under the auspices of the United Nations, such as the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR);
 - the International Military Tribunal at Nuremberg (IMT) and the International Military Tribunal for the Far East (IMTFE), tasked with prosecuting Nazi and Japanese criminals;
 - the Nuremberg Military Tribunals (NMT), established by the occupying powers on the basis of Allied Control Council Law No. 10, likewise tasked with prosecuting Nazi criminals.
2. The creation of the ICC was hailed as the most significant event in the development of international criminal law since the trials held before those tribunals, and gave effect, fifty years later, to the promise contained in Article VI of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948[2]. Switzerland was significantly engaged in the diplomatic negotiations leading to the adoption of the Rome Statute, in particular in support of the ICC's autonomy vis-à-vis the UN Security Council and in the codification of war crimes (RS 8)[3].
3. Switzerland's accession to the Rome Statute in 2001 required the legislature to adopt a series of immediate implementing measures[4], aimed at establishing the legal bases for cooperation between Switzerland and the ICC: the adoption of the Federal Act on Cooperation with the International Criminal Court (ICCA) and the extension of the scope of certain offences against the administration of justice to the ICC (Swiss Criminal Code (SCC) 309[b] and Military Criminal Code (MCC) 179b).
4. Titles 12*bis*, 12*ter* and 12*quater* form the core of the second set of measures implementing the Rome Statute, enacted by the Federal Act of 18 June 2010, amending federal statutes with the aim of implementing the Rome Statute of the International Criminal Court, and entering into force on 1 January 2011[5]. Unlike the mechanisms of cooperation between Switzerland and the ICC, these measures involve a substantive amendment of the SCC – and of the MCC – enabling genocide, crimes against humanity and war crimes to be "comprehensively governed and prosecuted in Switzerland"[6]. They notably include the creation or development of criminal

offences derived from international law (SCC 264, 264a, 264c to 264j), the creation of specific rules (SCC 264k and 264l), and the extension of the extraterritorial scope of the SCC (264m).

- B. The offences under international law and their transposition into domestic criminal law
5. The offences punishable under SCC 264-264j are the transposition into Swiss criminal law of offences under international law. By contrast with so-called ordinary or domestic offences, an offence under international law (also called an international offence or international crime) is criminalized by international law itself: it is that law which defines it and which provides for its punishment by States or directly by international tribunals[7]. Offences under international law cover a very limited range of conduct, "which strike at the fundamental values of the international community and of humanity"[8], hence the widespread English designation of *core crimes*. These offences certainly include the crimes falling within the jurisdiction of the ICC: genocide, crimes against humanity, war crimes and aggression (as to the latter crime, its establishment remains pending, see N 12). The international basis of the offence entails – under international law itself – a number of consequences which may likewise be transposed into domestic law, namely in particular the non-applicability of statutory limitations (see SCC 101 and N 38 et seq.), universal jurisdiction (see SCC 264m), and the non-application of certain immunities (see SCC 264n)[9].
 6. The punishment of offences under international law is not the exclusive domain of international criminal tribunals such as the ICC or the *ad hoc* tribunals created at the end of the twentieth century. It also falls to States, in particular where international law lays down an obligation to prosecute the perpetrators of certain offences under international law: this is notably the case for "grave breaches" of the four Geneva Conventions of 1949 (GC I Art. 49(2), GC II Art. 50(2), GC III Art. 129(2), GC IV Art. 146(2); see SCC 264c). While the Rome Statute contains no provision expressly obliging States Parties themselves to prosecute the offences under international law set out in Rome Statute (RS) 5(1)[10], the structure of the ICC's system of repression nonetheless rests on the principle of complementarity, under which the ICC exercises its jurisdiction only where the State having jurisdiction in the case "is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution" (RS 17[1][a]). Consequently, whether prompted by the desire to comply with an international obligation or by the concern of avoiding any interference from the ICC[11], the national legislature faces the need to equip its domestic legal arsenal with the capacity to punish offences under international law effectively, in particular those covered by the Rome Statute.
 7. The implementation method chosen by the Swiss legislature and embodied in SCC 264 et seq. consists of the transposition of international criminal law into Swiss law[12], as opposed to the application of ordinary or domestic law provisions (SCC 111 et seq.)([13] or the direct application of international law in the absence of an implementing norm in domestic criminal legislation[14]. Among the various methods of transposition, the legislature rejected both the model of indirect application of international law by way of a norm summarily referring to international law, for reasons relating to the principle of legality[15] (see SCC 264j N 11 et seq.), and that of a verbatim adoption of the definition of the offences in RS 6-8, out of a concern for

Swiss "legislative technique" and for exhaustiveness vis-à-vis international law, which RS 6-8 reflect only in part[16]. In other words, and contrary to the wording of the Federal Act of 18 June 2010[17], the provisions of SCC 264 et seq. implement not just the Rome Statute, but the whole of international criminal law applicable to Switzerland.

8. The transposition method chosen, described as a "reformulation of the provisions of the [Rome Statute] in the light of the international law commitments which Switzerland is bound to honor and in accordance with the rules of Swiss legislative technique"[18], posed for the Swiss legislature – and poses for the practitioner confronted with SCC 264 et seq. – an arduous challenge: to identify the scope of three offences under international law (genocide, crimes against humanity, war crimes) not only under RS 6-8, but across the whole of treaty-based and customary international criminal law, and to render their constituent elements compatible with the requirements of clarity and precision in Swiss criminal law. Should that transposition be only partial, Switzerland runs the risk of breaching international law – by being unable to prosecute an offence under international law that is by definition subject to an obligation to prosecute – or of seeing the ICC exercise its jurisdiction under the principle of complementarity (see N 6). If, on the other hand, the Swiss legislature exceeds the boundaries of its task, by punishing as genocide / crimes against humanity / war crimes conduct that would not be so under international criminal law, it may expose itself to problematic consequences from the standpoint of international law and of the principle of legality (see SCC 264m N 10 and 38).
9. The Swiss legislature settled a further question of "legislative technique" by choosing to transpose the offences under international law within the framework of the existing domestic criminal statutes (SCC and MCC), rather than creating – on the model of the German *Völkerstrafgesetzbuch* (VStGB-D) – an "international criminal law act" devoted exclusively to them. The issues here are largely cosmetic, such as the sudden appearance in the SCC of fourteen provisions which many readers will perceive as out of place.
10. As a result of this transposition exercise, the legislative amendments that entered into force on 1 January 2011 essentially concern the development of the catalogue of offences under international law within Swiss criminal law:
 - the extension of the crime of genocide (SCC 264), which had been codified in Swiss law at the same time as Switzerland's ratification, in 2000, of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide[19];
 - the introduction of crimes against humanity (SCC 264a), hitherto unknown to Swiss criminal law;
 - the introduction into the SCC of war crimes codified in detail (SCC 264b to 264j), hitherto punishable by a simple reference to international law (former MCC 109) and, to a lesser extent, by more specific offences (former MCC 110 to 114).
11. Provisions of a general nature, but specific to these offences under international law, were also amended (SCC 101) or introduced (SCC 264k to 264n). Likewise, the

catalogue of acts preparatory to the commission of an offence (SCC 260*bis*) was updated.

12. The method of implementation and transposition of international criminal law chosen by the Swiss legislature requires a regular updating of SCC 264 et seq. in line with developments in international law (see SCC 264j N 10). Thus, on 10 September 2015, Switzerland ratified the amendments to the Rome Statute adopted on 11 June 2010 by the Assembly of States Parties at the Rome Statute review conference held in Kampala[20]. The amendments principally comprise of the codification of the crime of aggression in the Rome Statute, which came within the ICC's jurisdiction on 17 July 2018[21]. In 2023, Parliament adopted a motion instructing the Federal Council to prepare a proposal for the transposition of the crime of aggression into domestic law[22]. The 2010 and 2017 amendments concerning new war crimes in the Rome Statute do not, for their part, make it necessary to amend Swiss law, the legislature having already anticipated these developments in Title 12*ter*[23].

NOTE: Footnote markers have been preserved as [1] to [23] so that they can be matched against the French original; the footnote text has not been translated.

Commentaire romand Code pénal II

Intro. aux art. 264-264n CP

RAPHAËL JAKOB/HIKMAT MALEH, in:

Alain Macaluso, Laurent Moreillon, Nicolas Queloz

Code pénal II

2e édition, 2025

Helbing Lichtenhahn Verlag, ISBN 978-3-7190-4490-9

Introduction aux articles 264 à 264n CP

PLAN

	Note
I. Mise en œuvre du StCPI par la Suisse	1
A. La Suisse et la CPI	1
B. Les infractions de droit international et leur transposition en droit pénal interne	5
II. Observations communes à CP 264-264n	13
A. Lien avec le droit international	13
B. Lien avec le CPM	19
C. Juridiction fédérale	21
D. Peines	22
E. Concours	35
F. Application rétroactive et imprescriptibilité	38

BIBLIOGRAPHIE

AMBOS K., *Treatise on International Criminal Law*, vol. I: Foundations and General Part, 2^e éd., Oxford 2021; (cité: AMBOS, *Treatise*, vol. I); AMBOS K., *Treatise on International Criminal Law*, vol. II: The Crimes and Sentencing, 2^e éd., Oxford 2022 (cité: AMBOS, *Treatise*, vol. II); AMBOS K. (éd.), *Rome Statute of the International Criminal Court, Article-by-Article Commentary*, 4^e éd., Munich/Oxford/Baden-Baden 2022 (cité: Ambos, *Rome Statute*, AUTEUR); BASSIOUNI M.C., *International Criminal Law*, Leyde 2008; (cité: *International Criminal law*); BESSON S., *Droit international public*, 3^e éd., Berne 2016; CASSESE A. (éd.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford 2009 (cité: *Companion*); CASSESE A./GAETA P., *Cassese's International Criminal Law*, 3^e éd., Oxford 2013; CASSESE A./GAETA P./JONES J.R.W.D. (éd.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford 2002; CASSESE A./SCALIA D./THALMANN V., *Les grands arrêts de droit international pénal*, Paris 2010; COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE, *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 2^e éd., 2016 (cité: CICR, *Commentary GC I*); COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE, *Commentary on the Second Geneva Convention: Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, 2^e éd., 2017 (cité: CICR, *Commentary GC II*); COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE, *Commentary on the Third Geneva Convention: Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War*, 2^e éd., 2020 (cité: CICR, *Commentary GC III*); CRYER R./FRIMAN H./ROBINSON D./WILMSHURST E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2^e éd., Cambridge 2010 (cité: *CRYER et al.*); DAILLIER P./FORTEAU M./PELLET A., *Droit international public*, Paris 2009; DE FROUVILLE O., *Droit international pénal. Sources, incriminations, responsabilité*, Paris 2012; DINSTEIN Y., *The International Law of Belligerent Occupation*, 2^e éd., Cambridge 2019 (cité: *Occupation*); DÖRMANN K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge 2003 (cité: *Elements*); DONNEDIEU DE VABRES H., «Le procès de Nuremberg devant les principes modernes de droit pénal international», *Recueil des cours*, Académie de droit

international de La Haye 1947 478 ss (cité: Le procès de Nuremberg); FERDINANDUSSE W., Direct Application of International Criminal Law in National Courts, La Haye 2006; FERNANDEZ J./PACREAU X./UB  DA-SAILLARD M. (  d.), Statut de Rome de la Cour pénale internationale – Commentaire article par article, 2     d., Paris 2019 (cité: Fernandez/Pacreau/Ub  da-Saillard, Auteur, Article/Titre); GARIBIAN S., Le crime contre l’humanité au regard des principes fondateurs de l’Etat moderne. Naissance et consécration d’un concept, Genève/Paris/Bruxelles 2009 (cité: Le crime contre l’humanité); GLESS S., Internationales Strafrecht, Bâle 2011; HENCKAERTS J.-M./DOSWALD-BECK L. (  d.), Droit international humanitaire coutumier, vol. I: Règles, Bruxelles 2006 (cité: Henckaerts/Doswald-Beck, vol. I, règle XY); HENCKAERTS J.-M./DOSWALD-BECK L. (  d.), Customary international humanitarian law, vol. II: Practice, Cambridge 2005 (cité: vol. II, page 1 N 1); HUSMANN M., Die Umsetzung des Römer Statuts in der Schweiz: Die allgemeinen Bestimmungen in Art. 264k-n StGB, Jusletter du 23 mai 2011; KLEFFNER J., Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions, Oxford 2008; KOLB R., Droit international pénal, in Kolb R./Scalia D. (  d.), Droit international pénal, 2     d., Bâle 2012, 1 ss (cité: Kolb/Scalia, KOLB R., Droit international pénal); KOLB R., Ius in bello – Le droit international des conflits armés, 2     d., Bâle/Bruxelles 2009 (cité: Ius in bello); LEE R.S. (  d.), The International Criminal Court – Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, Ardsley 2001 (cité: Elements of Crimes); MELZER N., Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire, [Seite 1646] Genève 2010; MEYLAN J. (  d.), La lutte contre l’impunité en droit suisse, compétence universelle et crimes internationaux, 2     d., Genève 2015; METTRAUX G., The Law of Command Responsibility, Oxford 2009 (cité: The Law of Command Responsibility); MOREILLON L./BICHOVSKY A./MASSROURI M. (  d.), Droit pénal humanitaire, 2     d., Bâle 2009; ONU, Elements des crimes, in Documents officiels de l’Assemblée des Etats Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, première session, New York, 3-10 septembre 2002 (cité: Eléments des crime/Elements of Crime); PICTET J., Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949, vol. I, Genève, 1952 (cité: CG I); PICTET J., Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949, vol. II, Genève, 1959 (cité: CG II); PICTET J., Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949, vol. III, Genève, 1958 (cité: CG III); PICTET J., Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949, vol. IV, Genève, 1956 (cité: CG IV); SANDOZ Y./SWINARSKI C./ZIMMERMANN B., Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Genève 1986; SASS  LI M., International Humanitarian Law: Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare, 2     d., Cheltenham; Northampton, 2024 (cité: SASS  LI, International Humanitarian Law); SCHABAS W., The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, 2     d., Oxford 2016 (cité: The International Criminal Court); STAHN C., A Critical Introduction to International Criminal Law, Cambridge, 2018 (cité: STAHN); TRIFFTERER O./AMBOS K. (  d.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 3     d., Munich/Oxford/Baden-Baden 2016 (cité: Triffterer/Ambos, 3     d., AUTEUR); VEST H., Zum Handlungsbedarf auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts – Elemente eines Gesetzgebungsvorschlags, RPS 2003 46 ss (Handlungsbedarf); VEST H./SAGER C., Die bundesrätliche Botschaft zur Umsetzung der Vorgaben des IStGH Statuts – eine kritische Bestandesaufnahme, PJA 2009 423 ss; VEST H./ZIEGLER A./LINDENMANN J./WEHRENBURG S. (  d.), Die v  lkerstrafrechtlichen Bestimmungen des StGB, Kommentar zu Art. 101, 259, 260^{bis} und 264-264n, Zurich 2014 (cité: Vestet al.); WERLE G., Völkerstrafrecht, 3     d., Tübingen 2012; WERLE G./JESSBERGER F., Principles of International Criminal Law, 5     d., Oxford 2020 (cité: WERLE/JESSBERGER); WOHLERS W./GODENZI G./SCHLEGEL S., Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, 4     d., Berne 2020 (cité: Wohlers/Godenzi/Schlegel, AUTEUR, Article); ZAHAR A./SLUITER G., International Criminal Law: A Critical Introduction, Oxford 2008.

Jurisprudence des tribunaux internationaux

CETC

CETC, Ao An, 004/02/07-09-2009-ECCC, ordonnance de renvoi du 16 août 2018 (cité: CETC, Ao An, 16 août 2018); CETC, Kaing Guek Eav («Duch»), 001/18-07-2007-ECCC-TC, jugement de la Chambre de 1   instance du 26 juillet 2010 (cité: CETC, Duch, CPri 2010); CETC, Kaing Guek Eav («Duch»), 001/18-07-2007-ECCC-SC, arrêt de la Chambre de la Cour Suprême du 3 février 2012 (cité: CETC, Duch, 3 février 2012); CETC, Khieu Samphan, 002/19-09-2007/SC, résumé du jugement d’appel rendu dans le cadre du dossier n   002/02 de la Chambre de la Cour suprême du 22 septembre 2022 (cité: CETC, Khieu, 22 septembre 2022); CETC, Nuon Chea/Khieu Samphan, 002/01, 002/19-09-2007/ECCC/TC, jugement de la Chambre de première instance du 7 août 2014 (cité: CETC, Nuon, CPri 2014); CETC, Nuon Chea/Khieu Samphan, 002/19-09-2007/ECCC, jugement rendu    l’issu du deuxième procès dans le cadre du dossier n   002 de la Chambre de première instance du 16 novembre 2018 (cité: CETC, Nuon, 16 novembre 2018).

CIJ

CIJ, République démocratique du Congo c. Ouganda, Activités armées sur le territoire du Congo, arrêt du 19 décembre 2005, C.I.J. Recueil 2005 168 ss (cité: CIJ, Activités armées au Congo 2005); CIJ, République démocratique du Congo c. Ouganda, Activités armées sur le territoire du Congo (compétence et recevabilité), arrêt du 3 février 2006, C.I.J. Recueil 2006 6 ss (cité: CIJ, Activités armées au Congo 2006); CIJ, Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique, Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, arrêt du 27 juin 1986, C.I.J. Recueil 1986 14 ss (cité: CIJ, Activités militaires au Nicaragua); CIJ, Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993 325 ss (cité: CIJ, Crime de génocide 1993); CIJ, Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, Affaire relative    l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt du 11 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996 595 ss (cité: CIJ, Crime de génocide, exceptions préliminaires 1996); CIJ, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, Affaire relative    l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, arrêt du 26 février 2007, C.I.J. Recueil 2007 43 ss (cité: CIJ, Crime de génocide 2007); CIJ, Croatie c. Serbie, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, arrêt du 3 février 2015 (cité: CIJ, Crime de génocide 2015); CIJ, Djibouti c. France, Affaire relative    certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale, arrêt du 4 juin 2008, C.I.J. Recueil 2008 177 ss (cité: CIJ, Entraide judiciaire en matière pénale). CIJ, République démocratique du Congo c. Belgique, Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000, arrêt du 14 février 2002, C.I.J. Recueil 2002 3 ss (cité: CIJ, Mandat d'arrêt); CIJ, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004, C.I.J. Recueil 2004 136 ss (cité: CIJ, Mur); CIJ, Affaire Nottebohm (deuxième phase), arrêt [Seite 1647] du 6 avril 1955, C.I.J. Recueil 1955 4 ss (cité: CIJ, Nottebohm 1955); CIJ, Belgique c. Sénégal, Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader, arrêt du 20 juillet 2012, pas encore publié au C.I.J. Recueil 2012 422 ss (cité: CIJ, Obligation de poursuivre ou d'extrader); CIJ, Réserves    la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif du 28 mai 1951, C.I.J. Recueil 1951 23 ss (cité: CIJ, Réserves 1951); CIJ, Réserves    la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif du 28 mai 1951, C.I.J. Recueil 1951 15 ss (cité: CIJ, Réserves    la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide); CIJ, Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, avis consultatif du 19 juillet 2024, pas encore publié au C.I.J. Recueil (cité: CIJ, Territoire palestinien occupé).

CommIADH

CommIADH, Juan Carlos Abella, cas 11.137, rapport n   55/97 du 18 novembre 1997 (cité: CommIADH, Abella).

CourEDH

CourEDH, Aydin c. Turquie du 25 septembre 1997 (cité: CourEDH, Aydin); CourEDH, Campbell et Cosons c. Royaume-Uni, Chambre du 25 février 1982 (cité: CourEDH, Campbell et Cosons); CourEDH, Herczegfalvy c. Autriche du 24 septembre 1992 (cité: CourEDH, Herczegfalvy); CourEDH, Issaieva, Youssoupova et Baza  va c. Russie du 24 février 2005 (cité: CourEDH, Issaieva); CourEDH, Jorgic c. Allemagne du 12 octobre 2007 (cité: CourEDH, Jorgic); CourEDH, Kononov c. Lettonie du 17 mai 2010 (cité: CourEDH, Kononov); CourEDH, Tyrer c. Royaume-Uni du 25 avril 1978 (cité: CourEDH, Tyrer); CourEDH, Vala  sinas c. Lituanie du 24 juillet 2001 (cité: CourEDH, Vala  sinas); CourEDH, décision van Anraat c. Pays-Bas du 6 juillet 2010 (cité: CourEDH, van Anraat).

CSK

CSK, Salih Mustafa, KSC-BC-2020-05/KSC-CA-2023-02/KSC-SC-2024-02, jugement du 1  r Panel de première instance du 16 décembre 2022 (cité: CSK, Mustafa, CPri 2022); CSK, Salih Mustafa, KSC-BC-2020-05/KSC-CA-2023-02/KSC-SC-2024-02, arrêt du Panel de la Chambre d'appel du 14 décembre 2023 (cité: CSK, Mustafa, Appel 2023); CSK, Hashim Tha  i/Kadri Veseli, *et al.*, KSC-BC-2020-06, décision du Panel de la Chambre d'appel relatif aux appels contre la décision sur les requêtes contestant la compétence des chambres spécialisées du 23 décembre 2021 (cité: CSK, Tha  i, Appel 2021).

CPI

CPI, Bahar Idriss Abu Garda, ICC-02/05-02/09, décision de la Chambre préliminaire I du 8 février 2010 (cité: CPI, Abu Garda, 8 février 2010); CPI, Situation en Afghanistan, ICC-02/17, décision de la 3   Chambre préliminaire du 20 novembre 2017 (cité: CPI, Afghanistan, 20 novembre 2017); CPI,

jugement de la Chambre d'appel du 5 mars 2020 sur l'appel contre la décision sur l'autorisation d'une enquête sur la situation en Afghanistan (cité: CPI, Afghanistan, 5 mars 2020); CPI, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, décision de la 1^{re} Chambre préliminaire du 4 mars 2009 (cité: CPI, Al Bashir, 4 mars 2009); CPI, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, décision de la 1^{re} Chambre préliminaire du 12 juillet 2010 (cité: CPI, Al Bashir, 12 juillet 2010); CPI, Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18, décision de la 1^{re} Chambre préliminaire du 30 septembre 2019, rectifiée et expurgée le 13 novembre 2019 (cité: CPI, Al Hassan, 13 novembre 2019); CPI, Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, jugement de la 10^e Chambre de première instance du 26 juin 2024 (cité: CPI, Al Hassan, CPRI 2024); CPI, Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15, décision de la 1^{re} Chambre préliminaire relative   la confirmation des charges du 24 mars 2016 (cité: CPI, Al Mahdi, 24 mars 2016); CPI, Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15, jugement de la 8^e Chambre de première instance du 27 septembre 2016 (CPI, Al Mahdi, CPRI 2016); CPI, Abdallah Banda Abakaer Nourain/Saleh Mohammed Jerbo Jamus, ICC-02/05-03/09, décision de la Chambre préliminaire I relative   la confirmation des charges du 7 mars 2011 (cité: CPI, Banda, 7 mars 2011); CPI, Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, décision de la 2^e Chambre préliminaire relative   la confirmation des charges du 15 juin 2009 (cité: CPI, Bemba Gombo, 15 juin 2009); CPI, Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, jugement de la 3^e Chambre de première instance du 21 mars 2016 (cité: CPI, Bemba Gombo, CPRI 2016); CPI, Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-3636, arrêt de la Chambre d'appel du 8 juin 2018 (cité: CPI, Bemba Gombo, Appel 2018); CPI, Situation au Bangladesh/Myanmar, ICC-01/19, décision de la 3^e Chambre préliminaire du 14 novembre 2019 (cité: CPI, Bangladesh/Myanmar, 14 novembre 2019); CPI, Charles Blé Goud , ICC-02/11-02/11, décision de la 1^{re} Chambre préliminaire relative   la confirmation des charges du 11 décembre 2014 (cité: CPI, Blé Goud , 11 décembre 2014); CPI, Situation au Burundi, ICC-01/19, décision de la 3^e Chambre préliminaire du 25 octobre 2017 (cité: CPI, Burundi, 25 octobre 2017); CPI, Bureau du Procureur, Document de politique générale relative au patrimoine culture du 14 juin 2021 (cité: CPI, Document de politique générale relative au patrimoine culturel); CPI, Bureau du Procureur, Document de politique générale relatif aux crimes sexuels et   caractère sexiste, 20 juin 2014 (cité: CPI, Document de politique générale relatif aux crimes sexuels et   caractère sexiste); CPI, Laurent Gbagbo, ICC-02/11-01/11, décision de la 2^e Chambre préliminaire relative   la confirmation des charges du 12 juin 2014 (cité: CPI, Gbagbo, 12 juin 2014); CPI, Situation en Géorgie, ICC-01/15, décision de la 1^{re} Chambre préliminaire du 27 janvier 2016 (cité: CPI, Géorgie, 27 janvier 2016); CPI, Ahmad Muhammad Harun/Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman, ICC-02/05-01/07, décision de la [Seite 1648] 1^{re} Chambre préliminaire du 27 avril 2007 (cité: CPI, Harun, 27 avril 2007); CPI, Germain Katanga/Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, décision de la 1^{re} Chambre préliminaire relative   la confirmation des charges du 30 septembre 2008 (cité: CPI, Katanga, 30 septembre 2008); CPI, Germain Katanga, ICC-01/04-01/07, jugement de la 2^e Chambre de première instance du 7 mars 2014 (cité: CPI, Katanga, CPRI 2014); CPI, Situation en République du Kenya, ICC-01/09, décision de la 2^e Chambre préliminaire du 31 mars 2010 (cité: CPI, Kenya, 31 mars 2010); CPI, Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-803, décision de la 1^{re} Chambre préliminaire relative   la confirmation des charges du 29 janvier 2007 (cité: CPI, Lubanga, 29 janvier 2007); CPI, Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, jugement de la 1^e Chambre de première instance du 14 mars 2012 (cité: CPI, Lubanga, CPRI 2012); CPI, Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 A 5, arrêt de la Chambre d'appel du 1^{er} décembre 2014 (cité: CPI, Lubanga, Appel 2014); CPI, Francis Kirimi Muthaura/Uhuru Muigai Kenyatta/Mohammed Hussein Ali, ICC-01/09-02/11, décision de la 2^e Chambre préliminaire relative   la confirmation des charges du 23 janvier 2012 (cité: CPI, Muthaura, 23 janvier 2012); CPI, Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, décision de la 2^e Chambre préliminaire du 9 juin 2014 (cité: CPI, Ntaganda, 9 juin 2014); CPI, Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, arrêt de la Chambre d'appel du 15 juin 2017 relatif   l'appel interjeté par Bosco Ntaganda contre la deuxième décision rendue concernant l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la Défense s'agissant des chefs 6 et 9 (cité: CPI, Ntaganda, Appel, 15 juin 2017); CPI, Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, jugement de la Chambre préliminaire VI du 8 juillet 2019 (cité: CPI, Ntaganda, CPRI 2019); CPI, Requete en vertu de la Régulation 46(3) des Régulations de la Cour, décision sur la requête de l'Accusation pour une décision   propos de la compétence au sens de l'article 19(3) du Statut, ICC-RoC46(3)-01/18, décision de la 1^{re} Chambre préliminaire du 6 septembre 2018 (cité: CPI, Requete en vertu de la Régulation 46(3), 6 septembre 2018); CPI, Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, décision de la 2^e Chambre préliminaire relative   la confirmation des charges du 23 mars 2016 (cité: CPI, Ongwen, 23 mars 2016); CPI, Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-1762-Red, jugement de la Chambre de première instance IX du 4 février 2021 (cité: CPI, Ongwen, CPRI 2021); CPI, Alfred Yekatom/Patrice-Edouard Ngaissona, décision de la 2^e Chambre préliminaire relative   la confirmation des charges du 11 décembre 2019, rectifiée le 14 mai 2020 (cité: CPI, Yekatom, 14 mai 2020); CPI, Al Hassan AG Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18, jugement de la 10^e Chambre de première instance du 26 juin 2024 (cité: CPI, Al Hassan, CPRI, 2024).

CPJI, France c. Turquie, Affaire du «Lotus», arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n° 10 (cité: CPJI, «Lotus»).

TMI/TMN

TMI, Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international: Nuremberg, 14 novembre 1945-1  r octobre 1946, Texte officiel en langue française, Nuremberg 1947 (cité: TMI, Jugement); TMN, Karl Brandt *et al.* («The Doctors' Trial»), in *Trials of War criminals before the NMT under CCL n. 10*, vol. II, Washington 1950, 171 ss (cité: TMN, Doctors); TMN, Ohlendorf *et al.* («Einsatzgruppen»), in *UNWCC, LRTWC IV*, 3 ss (cité: TMN, «Einsatzgruppen»); TMN, Wilhelm von Leeb *et al.*, Case no. 72 («The German High Command Trial»), in *LRTWC*, vol. XII, 1 ss (cité: TMN, High Command); TMN, Wilhelm List *et al.*, Case no. 47 («The Hostages Trial»), in *LRTWC*, vol. VIII, 1 ss (cité: TMN, Hostages); TMN, Alfred Felix Alwyn Krupp *et al.*, Case no. 58, in *LRTWC*, vol. X, 69 ss (cité: TMN, Krupp); TMN, Erhard Milch, Case no. 39, in *LRTWC*, vol. VII, 27 ss (cité: TMN, Milch); TMN, Eck *et al.* («The Peleus»), in *ILR* 13, 248 ss, *LRTWC I*, 1 ss (cité: TMN, «The Peleus»).

TPIR

TPIR, Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, jugement de la 1re Chambre de première instance du 2 septembre 1998 (cité: TPIR, Akayesu, CPri 1998); TPIR, Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, jugement de la Chambre d'appel du 1  r juin 2001 (cité: TPIR, Akayesu, Appel 2001); TPIR, Michel Bagaragaza, ICTR-05-86-AR11bis, arrêt de la Chambre d'appel du 30 août 2006 relatif    l'appel fondé sur la règle 11  bis (cité: TPIR, Bagaragaza, 30 août 2006); TPIR, Ignace Bagilishema, ICTR-95-1, jugement de la 1  re Chambre de première instance du 7 juin 2001 (cité: TPIR, Bagilishema, CPri 2001); TPIR, Ignace Bagilishema, ICTR-95-1A, arrêt de la Chambre d'appel du 3 juillet 2002 (cité: TPIR, Bagilishema, Appel 2002); TPIR, Juvénal Kajelijeli, ICTR-98-44, jugement de la 2  e Chambre de première instance du 1  r décembre 2003 (cité: TPIR, Kajelijeli, CPri 2003); TPIR, Juvénal Kajelijeli, ICTR-98-44, arrêt de la Chambre d'appel du 23 mai 2005 (cité: Kajelijeli, Appel 2005); TPIR, Jean Kambanda, ICTR-97-23, jugement de la 1  re Chambre de première instance du 4 septembre 1998 (cité: TPIR, Kambanda, CPri 1998); TPIR, François Karera, ICTR-01-74, jugement de la 1re Chambre de première instance du 17 décembre 2007 (cité: TPIR, Karera, CPri 2007); TPIR, Clément Kayishema/Obed Ruzindana, ICTR-95-1-T, jugement de la 2e Chambre de première instance du 21 mai 1999 (cité: TPIR, Kayishema, CPri 1999); TPIR, Clément Kayishema/Obed Ruzindana, ICTR-95-1-A, motifs de l'arrêt de la Chambre d'appel du 1  r juin 2001 (cité: TPIR, Kayishema, Appel 2001); TPIR, Wenceslas Munyeshyaka, ICTR-2005-87-I, décision de la Chambre de première instance du 20 novembre 2007 relative    la requête du procureur aux fins de renvoi de l'acte d'accusation contre Wenceslas Munyeshyaka aux autorités françaises (cité: TPIR, Munyeshyaka, 20 novembre 2007); TPIR, Alfred Musema, ICTR-96-13, jugement [Seite 1649] de la 1  re Chambre de première instance du 27 janvier 2000 (cité: TPIR, Musema, CPri 2000); TPIR, Alfred Musema, ICTR-96-13-A, jugement de la Chambre d'appel du 16 novembre 2001 (cité: TPIR, Musema, Appel 2001); TPIR, Ferdinand Nahimana/Jean-Bosco Barayagwiza/Hassan Ngeze, ICTR-99-52, jugement de la 1  re Chambre de première instance du 3 décembre 2003 (cité: TPIR, Nahimana, CPri 2003); TPIR, Ferdinand Nahimana/Jean-Bosco Barayagwiza *et al.*, ICTR-99-52, arrêt de la Chambre d'appel du 28 novembre 2007 (cité: TPIR, Nahimana, Appel 2007); TPIR, Eli  zer Niyitegeka, ICTR-96-14, jugement de la 1re Chambre de première instance du 16 mai 2003 (cité: TPIR, Niyitegeka, CPri 2003); TPIR, Eli  zer Niyitegeka, ICTR-96-14, arrêt de la Chambre d'appel du 9 juillet 2004 (cité: TPIR, Niyitegeka, Appel 2004); TPIR, Eli  zer Niyitegeka, ICTR-96-14, arrêt de la Chambre d'appel du 9 juillet 2004 (cité: TPIR, Niyitegeka, Appel 2004); TPIR, Andre Ntagerwa/Emmanuel Bagambiki/Samuel Imanishimwe («Cyanguu»), ICTR-99-46, jugement de la Chambre de première instance du 25 février 2004 (cité: TPIR, Ntagerwa, CPri 2004); TPIR, Elizaphan Ntakirutimana/Gérard Ntakirutimana, ICTR-96-10 et ICTR-96-17, arrêt de la Chambre d'appel du 13 décembre 2004 (cité: TPIR, Ntakirutimana, Appel 2004); TPIR, Emmanuel Rukundo, ICTR-2001-70-A, jugement de la Chambre d'appel du 20 octobre 2010 (cité: TPIR, Rukundo, Appel 2010); TPIR, George Rutaganda, ICTR-96-3, jugement de la 1re Chambre de première instance du 6 décembre 1999 (cité: TPIR, Rutaganda, CPri 1999); TPIR, George Rutaganda, ICTR-96-3, arrêt de la Chambre d'appel du 26 mai 2003 (cité: TPIR, Rutaganda, Appel 2003); TPIR, Laurent Semanza, ICTR-97-20, jugement de la 3  e Chambre de première instance du 15 mai 2003 (cité: TPIR, Semanza, CPri 2003); TPIR, Athanase Seromba, ICTR-2001-66, jugement de la 3  e Chambre de première instance du 13 décembre 2006 (cité: TPIR, Seromba, CPri 2006); TPIR, Athanase Seromba, ICTR-2001-66, arrêt de la Chambre d'appel du 12 mars 2008 (cité: TPIR, Seromba, Appel 2008).

TPIY

TPIY, Zlatko Aleksovski, IT-95-14, jugement de la Chambre de première instance du 25 juin 1999 (cité: TPIY, Aleksovski, CPri 1999); TPIY, Zlatko Aleksovski, IT-95-14, arrêt de la Chambre d'appel

du 24 mars 2000 (cité: TPIY, Aleksovski, Appel 2000); TPIY, Vidoje Blagojevi /Dragan Jokic , IT-02-60, jugement de la 1^{re} Chambre de première instance du 17 janvier 2005 (cité: TPIY, Blagojevi , CPri 2005); TPIY, Vidoje Blagojevi /Dragan Jokic , IT-02-60, arrêt de la Chambre d'appel du 9 mai 2007 (cité: TPIY, Blagojevi , Appel 2007); TPIY, Tihomir Bla kic , IT-95-14, arrêt de la Chambre d'appel du 29 octobre 1997 relatif   la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997 (cité: TPIY, Bla kic , 29 octobre 1997); TPIY, Tihomir Bla kic , IT-95-14, jugement de la 1^{re} Chambre de première instance du 3 mars 2000 (cité: TPIY, Bla kic , CPri 2000); TPIY, Tihomir Bla kic , IT-95-14, arrêt de la Chambre d'appel du 29 juillet 2004 (cité: TPIY, Bla kic , Appel 2004); TPIY, Ljube Bo koski/Johan Tar ulovski, IT-04-82, décision de la 2^e Chambre de première instance relative   la demande de l'accusation de modifier l'acte d'accusation du 26 mai 2006 (cité: TPIY, Bo koski, 26 mai 2006); TPIY, Ljube Bo koski/Johan Tar ulovski, IT-04-82, jugement de la 1^{re} Chambre de première instance du 10 juillet 2008 (cité: TPIY, Bo koski, CPri 2008); TPIY, Radoslav Br danin, IT-99-36, jugement de la 2^e Chambre de première instance du 1^{er} septembre 2004 (cité: TPIY, Br danin, CPri 2004); TPIY, Radoslav Br danin, IT-99-36, arrêt de la Chambre d'appel du 3 avril 2007 (cité: TPIY, Br danin, Appel 2007); TPIY, Radoslav Br danin, IT-99-36, jugement de la Chambre de première instance du 1^{er} septembre 2004 (cité: TPIY, Br danin, CPri 2004); TPIY, Ranko  e i , IT-95-10/1 T, jugement de la Chambre de première instance du 11 mars 2004 (cité: TPIY,  e i , CPri 2004); TPIY, Zejnil Delalic /Zdravko Mucic ; *et al.* (  lebic i ), IT-96-21, jugement de la Chambre de première instance du 16 novembre 1998 (cité: TPIY, Delalic , CPri 1998); TPIY, Zejnil Delalic /Zdravko Mucic ; *et al.* (  lebic i ), IT-96-21-A, arrêt de la Chambre d'appel du 20 février 2001 (cité: TPIY, Delalic , Appel 2001); TPIY, Vlastimir  or devic , 2014, IT-05-87/1-A, arrêt de la Chambre d'appel du 27 janvier 2014 (cité: TPIY,  or devic , Appel 2014); TPIY, Drazen Erdemovic , IT-96-22, arrêt de la Chambre d'appel du 7 octobre 1997 (cité: TPIY, Erdemovic , Appel 1997); TPIY, Anto Furund ija, IT-95-17/1-T, jugement de la Chambre de première instance du 10 décembre 1998 (cité: TPIY, Furund ija, CPri 1998); TPIY, Stanislav Galic , IT-98-29-T, jugement de la Chambre de première instance du 5 décembre 2003 (cité: TPIY, Galic , CPri 2003); TPIY, Stanislav Galic , IT-98-29, arrêt de la Chambre d'appel du 30 novembre 2006 (cité: TPIY, Galic , Appel 2006); TPIY, Enver Had ihasanovic /Mehmed Alagic /Amir Kubura, IT-01-47, décision de la Chambre de première instance relative   l'exception conjointe d'incompétence du 12 novembre 2002 (cité: TPIY, Had ihasanovic , 12 novembre 2002); TPIY, Enver Had ihasanovic /Mehmed Alagic /Amir Kubura, IT-01-47, décision de la Chambre d'appel relative   l'exception d'incompétence (responsabilité du supérieur hiérarchique); du 16 juillet 2003 (cité: TPIY, Had ihasanovic , 16 juillet 2003); TPIY, Enver Had ihasanovic /Amir Kubura, IT-01-47, jugement de la Chambre de première instance du 15 mars 2006 (cité: TPIY, Had ihasanovic , CPri 2006); TPIY, Enver Had ihasanovic /Amir Kubura, IT-01-47, jugement de la Chambre d'appel du 22 mai 2008 (cité: TPIY, Had ihasanovic , Appel 2008); TPIY, Sefer Halilovic , IT-01-48, jugement de la 1^{re} Chambre de première instance du 16 novembre 2005 (cité: TPIY, Halilovic , CPri 2005); TPIY, Ramush Haradinaj, IT-04-84-T, Jugement de la 1^{re} Chambre de première instance du 3 avril 2008 (cité: TPIY, Haradinaj, CPri 2008); TPIY, Ramush Haradinaj/Idriz Balaj/Lahi Brahimaj, [Seite 1650] IT-04-84-T, jugement de la Chambre de première instance du 6 janvier 2010 (cité: TPIY, Haradinaj, CPri 2010); TPIY, Gojko Jankovic , IT-96-23/2-AR11bis.2, décision de la Chambre d'appel du 15 novembre 2005 (cité: TPIY, Jankovic , Appel 2005); TPIY, Goran Jelusic , IT-95-10, jugement de la 1^{re} Chambre de première instance du 14 décembre 1999 (cité: TPIY, Jelusic , CPri 1999); TPIY, Goran Jelusic , IT-95-10, arrêt de la Chambre d'appel du 5 juillet 2001 (cité: TPIY, Jelusic , Appel 2001); TPIY, Radovan Karadzic , IT-95-5/18, jugement de la Chambre de première instance du 24 mars 2016 (cité: TPIY, Karadzic , CPri 2016); TPIY, Dario Kordic /Mario  erkez, IT-95-14/2, jugement de la Chambre de première instance du 26 février 2001 (cité: TPIY, Kordic , CPri 2001); TPIY, Dario Kordic /Mario  erkez, IT-95-14/2, arrêt de la Chambre d'appel du 17 décembre 2004 (cité: TPIY, Kordic , Appel 2004); TPIY, Mom ilo Kraji nik, IT-00-39, arrêt de la Chambre d'appel du 17 mars 2009 (cité: TPIY, Kraji nik, Appel 2009); TPIY, Milorad Krnojelac, IT-97-25-T, jugement de la 2^e Chambre de première instance du 15 mars 2002 (cité: TPIY, Krnojelac, CPri 2002); TPIY, Milorad Krnojelac, IT-97-25, arrêt de la Chambre d'appel du 17 septembre 2003 (cité: TPIY, Krnojelac, Appel 2003); TPIY, Radislav Krstic , IT-98-33, jugement de la 1^{re} Chambre de première instance du 2 août 2001 (cité: TPIY, Krstic , CPri 2001); TPIY, Radislav Krstic , IT-98-33, arrêt de la Chambre d'appel du 19 avril 2004 (cité: TPIY, Krstic , Appel 2004); TPIY, Dragoljub Kunarac/Radomir Kova /Zoran Vukovic , IT-96-23, jugement de la Chambre de première instance du 22 février 2001 (cité: TPIY, Kunarac, CPri 2001); TPIY, Dragoljub Kunarac/Radomir Kova /Zoran Vukovic , IT-96-23 et IT-96-23/1, arrêt de la Chambre d'appel du 12 juin 2002 (cité: TPIY, Kunarac, Appel 2002); TPIY, Mirjan Kupre kic /Zoran Kupre kic ; *et al.*, IT-95-16, jugement de la 2^e Chambre de première instance du 14 janvier 2000 (cité: TPIY, Kupre kic , CPri 2000); TPIY, Mirjan Kupre kic /Zoran Kupre kic ; *et al.*, IT-95-16, arrêt de la Chambre d'appel du 23 octobre 2001 (cité: TPIY, Kupre kic , Appel 2001); TPIY, Miroslav Kvo ka/Milojica Kos *et al.*, IT-98-30/1-T, jugement de la Chambre de première instance du 2 novembre 2001 (cité: TPIY, Kvo ka, CPri 2001); TPIY, Miroslav Kvo ka/Mla o Radic ; *et al.*, IT-98-30/1, arrêt de la Chambre d'appel du 28 février 2005 (cité: TPIY, Kvo ka, Appel 2005); TPIY, Fatmir Limaj/Haradin Bala/Isak Musliu, IT-03-66, jugement de la 2^{ème} Chambre de première instance du

30 novembre 2005 (cité: TPIY, Limaj, CPri 2005); TPIY, Milan Martić, IT-95-11-A, arrêt de la Chambre d'appel du 8 octobre 2008 (cité: TPIY, Martić, Appel 2008); TPIY, Milan Milutinović /Nikola Šainović; *et al.*, IT-05-87, jugement de la Chambre de première instance du 26 février 2009 (cité: TPIY, Milutinović, CPri 2009); TPIY, Ratko Mladic; IT-09-92-T, jugement de la 1^{re} Chambre de première instance du 22 novembre 2017 (cité: TPIY, Mladic, CPri 2017); TPIY, Mile Mrkšić /Miroslav Radic/Veselin Šljivančanin, IT 95-1-13/1, jugement de la Chambre de première instance du 27 septembre 2007 (cité: TPIY, Mrkšić, CPri 2007); TPIY, Mladen Naletilić/Vinko Martinović, IT-98-34-T, jugement de la Chambre de première instance du 21 mars 2003 (cité: TPIY, Naletilić, CPri 2003); TPIY, Mladen Naletilić/Vinko Martinović, IT-98-34, jugement de la Chambre de première instance du 31 mars 2003 (cité: TPIY, Naletilić, CPri 2003); TPIY, Mladen Naletilić/Vinko Martinović, IT-98-34, arrêt de la Chambre d'appel du 3 mai 2006 (cité: TPIY, Naletilić, Appel 2006); TPIY, Naser Oric, IT-03-68, jugement de la 2^e Chambre de première instance du 30 juin 2006 (cité: TPIY, Oric, CPri 2006); TPIY, Naser Oric, IT-03-68, jugement de la Chambre d'appel du 3 juillet 2008 (cité: TPIY, Oric, Appel 2008); TPIY, Vujadin Popovic/Ljubiša Beara *et al.* («Srebrenica»), IT-05-88-A, arrêt de la Chambre d'appel du 30 janvier 2015 (cité: TPIY, Popovic, Appel 2015); TPIY, Vujadin Popovic; *et al.* («Srebrenica»), IT-05-88-T, jugement de la 2^e Chambre de première instance du 10 juin 2010 (cité: TPIY, Popovic, CPri 2010); TPIY, Jadranko Prlic/Bruno Stojic; *et al.*, IT-04-74-T, jugement de la 3^e Chambre de première instance du 29 mai 2013 (cité: TPIY, Prlic, CPri 2013); TPIY, Jadranko Prlic/Bruno Stojic; *et al.*, IT-04-74-T, jugement de la Chambre d'appel du 29 novembre 2017 (cité: TPIY, Prlic, Appel 2017); TPIY, Blagoje Simic/Miroslav Tadic/Simo Zaric, IT-95-9-T, jugement de la Chambre de première instance du 17 octobre 2003 (cité: TPIY, Simic, CPri 2003); TPIY, Blagoje Simic, IT-95-9, arrêt de la Chambre d'appel du 28 novembre 2006 (cité: TPIY, Simic, Appel 2006); TPIY, Milomir Stakic, IT-97-24, décision de la 2^e Chambre de première instance relative à la demande d'acquiescement présentée en application de l'article 98^{bis} du Règlement TPIY du 30 octobre 2002 (cité: TPIY, Stakic, CPri 2002); TPIY, Milomir Stakic, IT-97-24, jugement de la 2^e Chambre de première instance du 31 juillet 2003 (cité: TPIY, Stakic, CPri 2003); TPIY, Milomir Stakic, IT-97-24-A, arrêt de la Chambre d'appel du 22 mars 2006 (cité: TPIY, Stakic, Appel 2006); TPIY, Mic'o Stanišić/Stojan Župljanin, IT-08-91-T, jugement de la 2^e Chambre de première instance du 27 mars 2013 (cité: TPIY, Stanišić, CPri 2013); TPIY, Pavle Strugar, IT-01-42-T, jugement de la Chambre de première instance du 31 janvier 2005, (cité: TPIY, Strugar, CPri 2005); TPIY, Pavle Strugar, IT-01-42-A, arrêt de la Chambre d'appel du 17 juillet 2008 (cité: TPIY, Strugar, Appel 2008); TPIY, Duško Tadic, IT-94-1, arrêt de la Chambre d'appel relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence du 2 octobre 1995 (cité: TPIY, Tadic, 2 octobre 1995); TPIY, Duško Tadic, IT-94-1-A, jugement de la Chambre de première instance relatif à la sentence du 14 juillet 1997 (cité: TPIY, Tadic, 14 juillet 1997); TPIY, Duško Tadic, IT-94-1, jugement de la 2^e Chambre de première instance du 7 mai 1997 (cité: TPIY, Tadic, 7 mai 1997); TPIY, Duško Tadic, IT-94-1, arrêt de la Chambre d'appel du 15 juillet 1999 (cité: TPIY, Tadic, Appel 1999); TPIY, Duško Tadic, IT-94-1-A, arrêt de la Chambre d'appel du 26 janvier 2000 concernant les ju [\[Seite 1651\]](#) gements relatifs à la sentence du 14 juillet 1997 (cité: TPIY, Tadic, Appel 2000); TPIY, Zdravko Tolimir, IT-05-88/2-A, arrêt de la Chambre d'appel du 8 avril 2015 (cité: TPIY, Tolimir, Appel 2015); TPIY, Mitar Vasiljevic, IT-98-32, jugement de la 2^e Chambre de première instance du 29 novembre 2002 (cité: TPIY, Vasiljevic, CPri 2002); TPIY, Mitar Vasiljevic, IT-98-32, arrêt de la Chambre d'appel du 25 février 2004 (cité: TPIY, Vasiljevic, Appel 2004).

MTPI

MTPI, Radovan Karadžić, MICT-13-55-A, arrêt de la Chambre d'appel du 20 mars 2019 (cité: MTPI, Karadžić, Appel 2019).

TSSL

TSSL, Alex Tamba Brima/Ibrahim Bazy Kamara/Santigie Borbor Kanu («AFRC»), SCSL-04-16-T, jugement de la 2^e Chambre de première instance du 20 juin 2007 (cité: TSSL, «AFRC», CPri 2007); TSSL, Alex Tamba Brima/Brima Bazy Kamara/Santigie Borbor Kanu, SCSL-04-16, arrêt de la Chambre d'appel du 22 février 2008 (cité: TSSL, «AFRC», Appel 2008); TSSL, Moinina Fofana/Allieu Kondewa, SCSL-04-14-T, jugement de la Chambre de première instance du 2 août 2007 (cité: TSSL, Fofana et Kondewa, CPri 2007); TSSL, Moinina Fofana/Allieu Kondewa, SCSL-04-14-T, arrêt de la Chambre d'appel du 28 mai 2008 (cité: TSSL, Fofana et Kondewa, Appel 2008); TSSL, Issa Hassan Sesay/Morris Kallon/Augustine Gbao («RUF case»), SCSL-04-15-A, jugement de la Chambre de première instance du 2 mars 2009 (cité: TSSL, «RUF case», CPri 2009); TSSL, Issa Hassan Sesay/Morris Kallon/Augustine Gbao («RUF case»), SCSL-04-15-A, arrêt de la Chambre d'appel du 26 octobre 2009 (cité: TSSL, «RUF case», Appel 2009); TSSL, Taylor, SCSL-03-01-1281, jugement de la chambre de première instance du 18 mai 2012 (cité: TSSL, Taylor, CPri 2012).

UNWCC

UNWCC, Bruno Tesch *et al.*, jugement du tribunal militaire britannique du 8 mars 1946, in LRTWC vol. 1, n° 9, 93 ss (cité: UNWCC, Affaire du Zyklon B).

Rapports institutionnels

Nations Unies, Assemblée-Générale, L'Ensemble des principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, résolution 43/173 du 9 décembre 1988 (cité: AG, Ensemble des principes); Institut de droit international, Résolution de la 17^e commission, La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, session de Cracovie, 2005 (cité: Institut de droit international, Compétence universelle); Harvard Law School, Jurisdiction with Respect to Crime, AJIL Supp 29 (1935) 453 (cité: Jurisdiction); Comité des Nations Unies pour les droits de l'homme, Observation générale n° 20 du 30 septembre 1992 (Pacte II 7) (cité: Observation générale n° 20); Commission du droit international, Rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'Etat de la juridiction pénale étrangère, 60^e session, 2008, A/CN. 4/601 (cité: Rapport CDI 2008); Commission du droit international, Deuxième rapport sur l'immunité des représentants de l'Etat devant la juridiction pénale étrangère, 62^e session, 2010, A/CN. 4/631 (cité: Rapport CDI 2010); Commission du droit international, Troisième rapport sur l'immunité des représentants de l'Etat de la juridiction pénale étrangère, 63^e session, 2011, A/CN. 4/646 (cité: Rapport CDI 2011); Rapport final de la Commission d'experts pour l'ex-Yougoslavie, U.N. Doc. S/1994/674 du 5 mai 1994 (cité: Rapport final ex-Yougoslavie); Institut de droit international, Résolution sur l'immunité de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux, session de Naples, 2009 (cité: Résolution sur l'immunité); Secrétaire général de l'ONU, Rapport du 29 juillet 2010, Portée et application du principe de compétence universelle, A/65/181 (cité: Secrétaire général de l'ONU); Union africaine/Union européenne, Rapport du groupe d'experts du 16 avril 2009 sur le principe de compétence universelle, 8672/1/09 (cité: Union africaine/Union européenne).

I. Mise en œuvre du StCPI par la Suisse

A. La Suisse et la CPI

Le 12 octobre 2001, la Suisse déposa ses instruments de ratification du Statut de Rome de la Cour pénale internationale auprès du Secrétariat général des Nations Unies¹. Créée par accord multilatéral en 1998 et opérationnelle à compter du 1^{er} juillet 2002, la **CPI** constitue le premier **tribunal pénal international permanent** chargé de juger les **crimes les plus graves** qui touchent la communauté internationale, sans que sa compétence ne soit *a priori* limitée *ratione materiae* et *temporis* à un complexe de faits donné. Elle se distingue en cela de ses prédécesseurs, parmi lesquels il faut mentionner en particulier:

- [Seite 1652] – les tribunaux *ad hoc* créés sous l'égide de l'ONU, comme le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (**TPIY**) et le Tribunal pénal international pour le Rwanda (**TPIR**);
- le Tribunal militaire international de Nuremberg (**TMIN**) et le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (**TMIEO**), chargés de poursuivre les criminels nazis et japonais;
- les Tribunaux militaires de Nuremberg (**TMN**), institués par les puissances occupantes sur la base de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, également chargés de poursuivre les criminels nazis.

La création de la CPI fut saluée comme l'événement le plus marquant dans le développement du droit international pénal depuis les procès tenus devant ces dernières juridictions, et concrétisait, cinquante ans plus tard, la promesse contenue dans l'art. VI de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948². La Suisse s'est considérablement engagée dans les négociations diplomatiques menant à l'adoption du StCPI, notamment en faveur de l'autonomie de la CPI vis-à-vis du Conseil de sécurité de l'ONU et dans la codification des crimes de guerre (StCPI 8)³.

L'accession de la Suisse au StCPI en 2001 nécessita du législateur une série de **mesures de mise en œuvre immédiates**⁴, visant à asseoir les bases légales de la

collaboration entre la Suisse et la CPI: l'adoption de la Loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale (**LCPI**) et l'extension de la portée de certaines infractions contre l'administration de la justice (CP 309 [b] et CPM 179b) à la CPI.

Les Titres 12^{bis}, 12^{ter} et 12^{quater} constituent le cœur du **second train de mesures de mise en œuvre** du StCPI, expédié avec la **Loi fédérale du 18 juin 2010** portant modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, **entrée en vigueur** le 1^{er} janvier 2011⁵. Contrairement aux mécanismes de coopération entre la Suisse et la CPI, ces mesures concernent une modification de fond du CP – et du CPM – permettant de «régler et de poursuivre sans faille en Suisse le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre»⁶. Elles incluent notamment la création ou le développement d'infractions pénales issues du droit international (CP 264, 264a, 264c à 264j), la création de règles spécifiques (CP 264k et 264 l) et l'extension du champ d'application extraterritorial du CP (264m).

B. Les infractions de droit international et leur transposition en droit pénal interne

Les infractions réprimées par CP 264-264j sont la transposition en droit pénal suisse **d'infractions de droit international**. Par opposition aux infractions dites **de droit commun** ou de droit interne, l'infraction de droit international (aussi appelée infraction internationale ou crime international) fait l'objet d'une criminalisation par le droit international lui-même: c'est ce droit qui la définit et en organise la répression par les Etats ou directement par des tribunaux internationaux⁷. L'infraction de droit international recouvre un nombre de comportements très limité, «qui s'attaquent aux valeurs fondamentales de la communauté internationale et de l'humanité»⁸, d'où l'appellation anglophone répandue de **core crimes**. Au rang de ces infractions fi [Seite 1653] gurent certainement les crimes qui font l'objet de la compétence de la CPI: génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et agression (sur ce dernier crime, dont la consécration reste *in fieri*, cf. N 12). Le fondement international de l'infraction emporte – selon le droit international lui-même – plusieurs conséquences, qui peuvent elles aussi faire l'objet d'une transposition en droit interne, à savoir notamment l'imprescriptibilité (cf. CP 101 et N 38 ss), la compétence universelle (cf. CP 264m), ou encore la non-application de certaines immunités (cf. CP 264n)⁹.

La répression des infractions de droit international n'est pas seulement le fait des tribunaux pénaux internationaux à l'image de la CPI ou des tribunaux *ad hoc* créés depuis la fin du 20^e siècle. Elle relève aussi de la responsabilité des Etats, en particulier lorsque le droit international prévoit une **obligation de poursuivre** les auteurs de certaines infractions de droit international: il en va ainsi notamment des «infractions graves» aux quatre Conventions de Genève de 1949 (CG I 49 par. 2, CG II 50 par. 2, CG III 129 par. 2, CG IV 146 par. 2; cf. CP 264c). Si le StCPI ne contient pas de disposition faisant expressément obligation aux Etats parties de poursuivre eux-mêmes les infractions de droit international contenues à StCPI 5 (1)¹⁰, l'architecture du système de répression de la CPI repose néanmoins sur le **principe de complémentarité**, qui veut que la CPI n'exerce sa compétence que si l'Etat compétent en l'espèce «n'[a] pas la volonté ou [est] dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites» (StCPI 17 [1] [a]). Par conséquent, qu'il soit mû par le souhait de se conformer à une obligation internationale ou par le souci d'éviter toute interférence de la CPI¹¹, le législateur national fait face à la nécessité de doter son arsenal juridique interne de la **capacité de réprimer efficacement les infractions de droit international**, en particulier celles qui font l'objet du StCPI.

La méthode de mise en œuvre retenue par le législateur suisse et incarnée par CP 264 ss consiste en la **transposition du droit international pénal au droit suisse**¹², par opposition à l'application des dispositions de droit commun (CP 111 ss)¹³ ou

l'application directe du droit international en l'absence d'une norme de concrétisation dans la législation pénale interne¹⁴. Parmi les diverses méthodes de transposition, le législateur a écarté tant le modèle d'une **application indirecte du droit international** par le biais d'une norme de renvoi sommaire au droit international, pour des raisons tendant au principe de la légalité¹⁵ (cf. CP 264j N 11 ss), que celui d'une **reprise verbatim** de la définition des infractions de StCPI 6-8, par souci de «technique législative» helvétique et d'exhaustivité vis-à-vis du droit international, que StCPI 6-8 ne reflètent que partiellement¹⁶. En d'autres termes, et contrairement au libellé de la Loi fédérale du 18 juin 2010¹⁷, CP 264 ss ne mettent pas seulement en œuvre le StCPI, mais bien l'**ensemble du droit international pénal** applicable à la Suisse.

La méthode de transposition retenue, décrite comme une «reformulation des dispositions du [StCPI] en fonction des engagements de droit international que la Suisse se doit d'honorer et suivant les règles de la technique législative suisse»¹⁸, a posé au législateur suisse – et pose au praticien confronté à CP 264 ss – un défi ardu: identifier l'étendue de trois infractions de droit international (génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre) non seulement selon [Seite 1654] StCPI 6-8, mais dans l'ensemble du droit international pénal conventionnel et coutumier, et en retranscrire les éléments constitutifs de façon compatible avec les exigences de clarté et de précision de la loi pénale suisse. Si cette transposition demeure partielle, la Suisse court le risque de violer le droit international – en n'étant pas à même de poursuivre une infraction de droit international par hypothèse soumise à une obligation de poursuite – ou de voir la CPI exercer sa compétence en vertu du principe de complémentarité (cf. N 6). Si en revanche le législateur suisse excède les limites de sa tâche, en réprimant comme génocide/crimes contre l'humanité/crimes de guerre un comportement qui ne le serait pas en droit international pénal, il peut s'exposer à des conséquences problématiques sous l'angle du droit international et du principe de la légalité (cf. CP 264m N 10 et 38).

Le législateur suisse a tranché une autre question de «technique législative» en choisissant de transposer les infractions de droit international dans le cadre des lois pénales internes existantes (CP et CPM), plutôt que de créer – à l'image du *Völkerstrafgesetzbuch* allemand (VStGB-D) – une «**loi de droit pénal international**» qui leur serait exclusivement consacrée. Les enjeux sont ici largement cosmétiques, telle l'irruption dans le CP de quatorze dispositions qui apparaîtront aux yeux de nombreux lecteurs comme un corps étranger.

Fruit de cet exercice de transposition, les modifications législatives entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2011 concernent essentiellement le développement du **catalogue des infractions de droit international** en droit pénal suisse:

- l'extension du crime de **génocide** (CP 264), qui a été codifié en droit suisse simultanément à la ratification par la Suisse, en 2000, de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide¹⁹;
- l'introduction des **crimes contre l'humanité** (CP 264a), jusque-là inconnus du droit pénal suisse;
- l'introduction dans le CP de **crimes de guerre** codifiés en détail (CP 264b à 264j), jusque-là réprimés par un simple renvoi au droit international (aCPM 109) et, dans une moindre mesure, par des infractions plus précises (aCPM 110 à 114).

Des **dispositions de nature générale**, mais spécifiques à ces infractions de droit international ont également été amendées (CP 101) ou introduites (CP 264k à 264n). De même, le catalogue des **actes préparatoires délictueux** (CP 260^{bis}) a été mis à jour.

La méthode de mise en œuvre et de transposition du droit international pénal choisie par le législateur suisse impose un **aggiornamento** régulier de CP 264 ss en fonction de l'évolution de la matière internationale (cf. CP 264j N 10). Ainsi, la Suisse

a ratifié le 10 septembre 2015 les amendements au StCPI adoptés le 11 juin 2010 par l'Assemblée des Etats parties lors de la conférence de révision du StCPI tenue à Kampala²⁰. Ces amendements comprennent principalement la codification du **crime d'agression** dans le StCPI, qui est entré dans le champ de la compétence de la CPI le 17 juillet 2018²¹. Le Parlement a adopté en 2023 une motion chargeant le Conseil fédéral d'élaborer une proposition de transposition du crime d'agression en droit interne²². Les amendements de 2010 et de 2017 relatifs aux nouveaux crimes de guerre dans le StCPI ne rendent quant à eux pas nécessaire de modifier le droit suisse, le législateur ayant déjà anticipé ces développements au Titre 12^{ter}²³.

[Seite 1655] II. Observations communes à CP 264-264n

A. Lien avec le droit international

Le pénaliste helvétique confronté à CP 264 à 264n – et le lecteur de ce commentaire – trouvera dans l'interaction entre droit international pénal et droit pénal suisse la spécificité de ces dispositions, mais aussi la source de leur difficulté d'appréhension. Même une fois transposés en droit pénal suisse, CP 264 ss demeurent en effet profondément **ancrés dans le droit international**: l'affirmation du Message StCPI 2008, selon laquelle «les normes suisses doivent refléter fidèlement et sans restriction le droit international en vigueur»²⁴, ne s'arrête pas au processus législatif, mais s'étend au processus judiciaire d'interprétation et d'application du droit. Le «dessein de détruire en tout ou en partie un groupe national» (CP 264), l'«attaque généralisée ou systématique contre la population civile» (CP 264a) ou le «conflit armé international» (CP 264b) sont des notions qui ne peuvent se comprendre que dans le cadre du *corpus* de droit international existant.

Dans son commentaire des Titres 12^{bis}, 12^{ter} et 12^{quater}, le Message StCPI 2008 se fonde d'ailleurs sur les principales **sources du droit international**²⁵:

- les **traités internationaux**, notamment les Conventions de Genève de 1949, les divers statuts des tribunaux pénaux internationaux, au premier rang desquels figure le StCPI, dont l'interprétation est assistée par les «Eléments des crimes» adoptés par l'Assemblée des Etats parties de la CPI;
- le **droit international coutumier**, à savoir, selon StCIJ 38 (1) (b), une «pratique générale» (*consuetudo*) «acceptée comme étant le droit» (*opinio juris sive necessitatis*);
- la **jurisprudence des tribunaux internationaux** (CPI, TPIY, TPIR, TSSL, CEEC, TSL, etc., mais aussi de la CIJ, de la CourEDH ou de tribunaux arbitraux), si elle ne lie généralement pas formellement la Suisse, pourra quant à elle servir à déterminer le contenu du droit international conventionnel ou coutumier;
- la **doctrine internationale** ainsi que les **projets de codification** du droit international, notamment sous l'égide de la Commission du droit international ou de l'Institut de droit international.

Ici aussi, le praticien suisse pourra éprouver des difficultés face à une matière mouvante, parfois incertaine, au mode de formation particulier. Sa maîtrise n'en reste pas moins primordiale au vu des questions que les juridictions suisses seront amenées à trancher en application de CP 264 à 264n²⁶.

Le droit pénal international ne connaît pas un *corpus* unitaire de règles assimilables à une «**partie générale**». Les tribunaux internationaux, en partant des dispositions souvent étiquées de leurs statuts respectifs (cf. p.ex. StTPIY 7), ont développé une jurisprudence aussi abondante qu'hésitante sur l'appréciation de la *mens rea* de l'auteur ainsi que sur les divers **modes de commission et de participation** à l'infraction²⁷. Une tentative de codification est incarnée par StCPI 22 à 33, en particulier StCPI 25 (responsabilité pénale individuelle) et 30 (élément psychologique). Ces développements relèvent d'un exercice de synthèse, admirable, mais inévitablement problématique, entre différentes cultures juridiques. Par

contraste avec les éléments objectifs des crimes de droit international (cf. N 10-11), les règles de droit international ainsi dégagées n'ont pas été transposées et ne trouvent dès lors pas application en [Seite 1656] droit pénal suisse. CP 264 ss restent en effet soumis sans autre à la **partie générale du Code pénal**²⁸.

Seules font exception les règles spéciales expressément transposées du droit international relatives à la punissabilité du supérieur hiérarchique pour les crimes commis par ses subordonnés (CP 264k I) et à la punissabilité du subordonné qui agit sur ordre d'un supérieur (CP 264 I). La relation entre ces dispositions et la partie générale du CP est abordée dans leurs commentaires respectifs, auxquels il peut être renvoyé. 17

Lorsque la Suisse exerce une compétence extraterritoriale (CP 264m), l'application de la partie générale du Code pénal pourrait se révéler problématique sous l'angle du principe de la légalité²⁹ si elle devait aboutir à une punissabilité plus étendue que celle prévue par le droit international. En pratique, ce risque est moindre: en comparaison avec le droit pénal suisse, les règles appliquées par les tribunaux internationaux ont une tendance générale à élargir la punissabilité plutôt qu'à la restreindre. 18

B. Lien avec le CPM

La mise en œuvre du droit international pénal en 2011 a donné lieu à une **redistribution des compétences entre justice militaire**, jusque-là exclusivement compétente à l'égard des crimes de guerre, et **justice ordinaire**, qui était seule à connaître du génocide³⁰. Désormais, si un militaire suisse est auteur ou victime, la compétence revient à la justice militaire (CPM 3 I); en cas de participation de la Suisse à un conflit armé, la justice militaire est compétente à l'égard tant des militaires (suisses ou étrangers) que des civils (CPM 5 I [1] [d] et 5 I [5]). Tous les autres cas de figure ressortissent à la compétence des juridictions ordinaires³¹. 19

Au vu de cette nouvelle répartition des compétences, le CPM a lui aussi été modifié pour refléter l'ensemble des modifications législatives apportées en parallèle au Code pénal. Les commentaires de CP 264 à 264n valent donc aussi, *mutatis mutandis*, à propos de **CPM 108-114** (correspondant à CP 264-264k et 264n), **CPM 20 II** (CP 264 I) et **CPM 10 I^{bis-quater}** (CP 264m). 20

C. Juridiction fédérale

L'ensemble des infractions des Titres 12^{bis}, 12^{ter} et 12^{quater} du CP est soumis à la **juridiction fédérale** (CPP 23 I [g]), pour des motifs tenant selon le Conseil fédéral à la dimension particulière de ces infractions, l'absence prévisible de liens particuliers avec un canton, les moyens nécessaires à la poursuite, la centralisation des compétences et la sensibilité politique de tels dossiers³². Une délégation de compétence aux cantons n'est pas admise (CPP 25 I). Le Ministère public de la Confédération compte une division «entraide pénale, terrorisme, droit pénal international et cybersécurité» (Règlement sur l'organisation et l'administration du Ministère public de la Confédération du 26 février 2021³³, art. 1 II [c]). 21

[Seite 1657] D. Peines

1. En général

Même lorsqu'il impose aux Etats l'obligation d'ériger en infraction et de poursuivre un crime de droit international, le droit international leur concède une **très grande marge de manœuvre** sur la question de la peine. Sont ainsi simplement exigées des «sanctions pénales efficaces»³⁴ ou «adéquates»³⁵, ou – dans des textes plus récents – 22

des «peines appropriées qui prennent en considération [la] gravité [de ces infractions]»³⁶.

Lorsque la répression est assurée par un tribunal international, la peine encourue figure dans le **statut du tribunal** en question (cf. p.ex. StTMIN 27, StTPIY 24, StCPI 77). Cette indication est parfois très vague; elle est en général inspirée, dans le cas des tribunaux *ad hoc*, des dispositions de droit pénal interne de l'Etat territorial. Un règlement de procédure et de preuve («RPP») peut venir compléter les dispositions relatives à la fixation de la peine. 23

Les Etats ne sont pas tenus de prévoir les mêmes peines que celles contenues dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux, tant dans leur genre que dans leur gravité (cf. StCPI 80). En revanche, sous l'angle du **principe de complémentarité**, la CPI pourrait considérer comme «incapable de mener véritablement à bien [...] les poursuites» (StCPI 17 [1] [a]) un Etat qui prévoirait des peines dérisoires pour une infraction relevant de la compétence de la CPI, ou encore déterminer qu'une condamnation à une peine dérisoire avait en réalité pour but «de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale» (StCPI 17 [1] [c] *cum* 20 [3] [a]). 24

2. Les peines dans le StCPI

La CPI peut prononcer une «**peine d'emprisonnement**» de **trente ans au plus** ou une peine d'emprisonnement à **perpétuité** «si l'extrême gravité du crime et la situation personnelle du condamné le justifient»³⁷; une amende peut être prononcée en sus (StCPI 77). Fruit d'un compromis entre les Etats parties, cet article traite donc sans distinction l'ensemble des crimes relevant de la compétence de la Cour, ce qui a suscité des critiques à l'aune du principe *nulla poena sine lege*³⁸. Aucune **peine-plancher** n'est prévue. Le prononcé d'une peine assortie du **sursis** ne figure pas non plus dans le StCPI. 25

Les juges de la CPI doivent tenir compte de la gravité des crimes et de la situation personnelle du condamné (StCPI 78), ainsi que des **circonstances atténuantes et aggravantes** relatives à l'auteur, à la victime ou au crime commis (RPP-StCPI 145)³⁹. Elles peuvent concerner aussi bien l'auteur, les victimes que les crimes commis. Les précisions apportées par RPP-StCPI 145 à propos des circonstances atténuantes et aggravantes pourront assister le juge suisse dans l'interprétation et l'application des atténuantes et aggravantes prévue par le droit suisse (cf. N 31-33). 26

[Seite 1658] 3. Les peines en droit suisse

Les peines retenues par le législateur suisse dans le cadre de CP 264 à 264j, soit «les crimes les plus graves qui touchent la communauté internationale dans son ensemble»⁴⁰, sont **parmi les peines les plus sévères** du Code pénal. Contrairement aux statuts des divers tribunaux internationaux, ces peines sont propres à chaque infraction et peuvent différer. 27

Ainsi, le **génocide** (CP 264) est réprimé par une peine privative de liberté de dix ans au moins. Les **crimes contre l'humanité** (CP 264a) sont réprimés par une peine privative de liberté de cinq ans au moins. Les **crimes de guerre** constitutifs d'infractions graves aux CG (CP 264c) sont réprimés par une peine privative de liberté de cinq ans au moins; la majorité des crimes de guerre (CP 264d à 264h) est réprimée par une peine privative de liberté de trois ans au moins; enfin, deux crimes de guerre particuliers – en réalité des «délits de guerre» – sont réprimés par une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire (CP 264i et 264j). 28

Pour toutes ces infractions, sauf CP 264i et 264j, la **peine-menace** est une peine privative de liberté de vingt ans (CP 40), largement inférieure aux trente ans prévus 29

par StCPI 77. Le crime de génocide est néanmoins soumis – d’office – à la **peine privative de liberté à vie** (CP 40*cum* 264).

Le droit suisse prévoit des **peines aggravées ou atténuées** pour les crimes contre l’humanité et la majorité des crimes de guerre. Le génocide ne connaît quant à lui ni d’aggravante (la peine privative de liberté à vie peut être prononcée d’office) ni d’atténuante. 30

L’**aggravante** soumet l’auteur de crimes contre l’humanité (CP 264a) ou des crimes de guerre les plus graves (CP 264c à 264h) à une peine privative de liberté à vie. Elle requiert un **acte particulièrement grave**, notamment s’il touche un grand nombre de personnes ou que son auteur agit avec cruauté. Le seuil de gravité en droit suisse est probablement moins élevé que sous StCPI 77 (1) (b): cette dernière norme exige une «extrême gravité» et RPP-StCPI 145 (2) (b) (iv) mentionne une «cruauté particulière». En revanche, la seule situation personnelle du prévenu ne saurait fonder une aggravante à teneur du droit suisse, là où StCPI 77 (1) (b) *cum* RPP-StCPI 145 (2) (b) (i) tient compte des condamnations antérieures pour des crimes comparables. En l’absence de pratique suisse à ce sujet, l’on rappellera que la gravité particulière devra être appréciée à la lumière de la gravité déjà certaine des infractions de base. Par exemple, dans le cas de crimes contre l’humanité, le grand nombre de victimes réalisant l’aggravante devra être plus élevé que le nombre de victimes nécessaire à établir l’existence d’une attaque généralisée contre la population civile (cf. CP 264a N 5 ss). 31

L’**atténuante** réduit la peine-plancher à une peine privative de liberté d’un an au moins dans les **cas de moindre gravité**. Son champ d’application est légèrement plus restreint que celui de l’aggravante: en sont exclus deux formes de crimes contre l’humanité (meurtre et extermination, CP 264a [1] [a] et [b]) et deux formes d’infractions graves aux CG (meurtre et prise d’otages, CP 264c [1] [a] et [b]). Ceci s’explique probablement par la proximité de ces comportements avec les infractions de droit commun d’assassinat (CP 112) et de prise d’otage (CP 185) qui, seules parmi les infractions de droit commun, sont soumises à une peine privative de liberté à vie. Le crime de guerre d’utilisation d’armes prohibées (CP 264h) ne connaît pas non plus d’atténuante, sans que le raisonnement du législateur ne puisse être discerné. 32

Les travaux préparatoires ne permettent pas d’appréhender pleinement la notion d’acte de moindre gravité dans le contexte des crimes de droit international. Le Message StCPI 2008 donne un unique exemple relatif au recrutement et à l’utilisation d’enfants soldats (l’affectation des enfants ainsi recrutés à des tâches non combattantes), qui se fonde sur la gravité in [Seite 1659] trinsèque de l’acte⁴¹. En parallèle, les explications générales fournies se réfèrent plutôt au caractère ténu du lien entre l’acte et le contexte particulier (l’attaque généralisée ou systématique contre la population civile pour les crimes contre l’humanité, le conflit armé pour les crimes de guerre)⁴². L’application d’un critère de gravité fondé sur le «**lien ténu**» serait particulièrement difficile, dès lors que tant les crimes contre l’humanité que les crimes de guerre requièrent l’existence d’un lien suffisant («élément contextuel») entre l’acte et le contexte particulier à chacune de ces infractions (cf. CP 264a N 5 ss et CP 264b N 42 ss). Les circonstances atténuantes mentionnées à titre exemplatif par RPP-StCPI 145 (2) (a) ne fournissent pas d’aide à l’interprétation: elles ont trait à la situation et au comportement personnels du condamné, plutôt qu’à la gravité de son acte, des éléments déjà couverts en droit suisse par CP 47 ss⁴³. 33

Ces considérations (peines-plancher et peines-menace distinctes, présence ou absence d’aggravantes et d’atténuantes) soulèvent la question d’une éventuelle **hiérarchie des infractions de droit international**. Le Conseil national l’a esquissée en opposant un refus indigné à la proposition du Conseil fédéral d’abaisser à cinq ans la peine minimale du génocide⁴⁴, tout en refusant la proposition du Conseil des Etats de relever à dix ans la peine-plancher pour les formes les plus graves de crimes contre l’humanité⁴⁵. Malgré quelques hésitations dans la jurisprudence du 34

TPIY et du TPIR, et malgré StCPI 33 (2), le droit international n'établit à notre sens pas une hiérarchie formelle fondée sur la classification, la gravité intrinsèque de l'acte étant seule déterminante⁴⁶.

E. Concours

Dans la vaste majorité des cas, les comportements tombant sous le coup des infractions de droit international (CP 264 ss) rempliront également les éléments constitutifs d'**infractions de droit commun**: CP 264a I (a), par exemple, implique nécessairement la commission d'un meurtre ou d'un assassinat au sens de CP 111 et 112. La question du concours entre ces deux types d'infraction ne se posera que rarement en pratique, si le comportement a eu lieu en Suisse ou que son auteur ou sa victime possède la nationalité suisse. Il conviendra alors d'appliquer par priorité CP 264 ss, au vu des éléments spécifiques supplémentaires à ces infractions, qui leur confèrent une dimension et une gravité particulières: le dol spécial du génocidaire, le contexte de l'attaque contre la population civile pour les crimes contre l'humanité, et le contexte de conflit armé pour les crimes de guerre. 35

Le concours idéal **entre les trois infractions de droit international** (génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre) est en principe admissible⁴⁷ et est régulièrement retenu dans la jurisprudence internationale, qui applique un critère similaire à la jurisprudence suisse en matière de concours: chaque infraction doit contenir un élément constitutif, objectif ou subjectif, nettement distinct et qui fasse défaut aux autres infractions entrant en ligne de compte⁴⁸. Cet élément constitutif distinct ne peut simplement apporter une précision par rapport à une autre infraction, au risque de constituer alors une *lex specialis*⁴⁹. Un meurtre pourra ainsi à la fois [Seite 1660] constituer un crime de guerre (CP 264c I [a], s'il est commis dans le contexte d'un conflit armé), un génocide (CP 264 [a], s'il est commis avec un dessein de destruction d'un groupe racial) et un crime contre l'humanité (CP 264a I [a], s'il s'inscrit dans le cadre d'une attaque systématique et généralisée contre la population civile), ces dispositions trouvant alors une application concurrente⁵⁰. L'on veillera cependant toujours à analyser l'infraction précise en cause (p.ex. le meurtre comme génocide/crime contre l'humanité/crime de guerre), plutôt que le type général d'infraction⁵¹. 36

Sur le **concours interne** entre les diverses formes de génocide, de crimes contre l'humanité, respectivement de crimes de guerre, l'on renverra au commentaire des dispositions individuelles. 37

F. Application rétroactive et imprescriptibilité

Les questions de l'application rétroactive, respectivement de l'imprescriptibilité des infractions de droit international – qu'il convient de traiter ici ensemble – ont longtemps préoccupé les deux chambres du Parlement et leurs commissions. 38

Le Conseil fédéral⁵² et le Parlement ont tout d'abord refusé de consacrer une exception au **principe de non-rétroactivité** de la loi pénale pour les infractions de droit international. Deux propositions en ce sens, l'une émanant d'une minorité du Conseil national⁵³, l'autre adoptée par le Conseil des Etats⁵⁴, ont échoué devant le Conseil national. Elles préconisaient toutes deux la création d'un alinéa 3 à CP 2 autorisant l'application rétroactive du Code pénal aux infractions de droit international, sans égard à leur répression par le droit suisse au moment des faits et sur la seule base du droit international de l'époque; la proposition du Conseil des Etats, inspirée du modèle britannique, limitait une éventuelle application rétroactive aux actes survenus après le 31 décembre 1990. Une telle dérogation au principe de non-rétroactivité, pour des infractions de droit international, aurait été compatible avec la jurisprudence de la CourEDH⁵⁵. 39

En parallèle, CP 101 I (a) à (c) consacrent l'**imprescriptibilité des crimes de droit international** codifiés à CP 264 ss, à l'exception de leur forme atténuée (CP 101 I [b] 40

et [c]). Seul le crime de guerre de recrutement ou utilisation d'enfants soldats (CP 264f) demeure imprescriptible dans sa forme atténuée (CP 101 I [c]), sans explication ou raison apparente. Une **atténuation de peine** est possible lorsque les infractions imprescriptibles auraient été prescrites en application des délais de CP 97 (CP 101 II).

CP 264a III, 264c IV, 264d III, 264e III et 264g III se prescrivent par **quinze ans** (CP 97 I [b]). CP 264i, 264j et 264k II, des délits, se prescrivent quant à eux par **dix ans** (CP 97 I [c]). Dès lors qu'aucun délai de prescription ne s'applique devant la CPI pour les crimes relevant de sa compétence (StCPI 29), le scénario – improbable – d'un exercice par la CPI de sa compétence à l'égard d'actes que la Suisse ne serait plus en mesure de poursuivre, en raison de l'acquisition de la prescription, ne saurait être entièrement exclu.

L'imprescriptibilité du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre s'inscrit dans une tendance à **l'émergence de règles de droit international** hostiles à la prescription de ces infractions, bien que la consolidation de ces règles en droit international soit sujette à débat⁵⁶.

[Seite 1661] CP 101 III régit l'**application ratione temporis de l'imprescriptibilité** des infractions réprimées par CP 264 ss. Ainsi, le génocide et les crimes de guerre ne se prescrivent pas si l'action pénale ou la peine n'était pas déjà prescrite au **1^{er} janvier 1983** en vertu du droit applicable à cette date. Pour les crimes contre l'humanité, la prescription ne doit pas avoir été atteinte au **1^{er} janvier 2011** en vertu du droit applicable à cette date⁵⁷. Ces règles constituent une *lex specialis* par rapport à CP 389 (cf. toutefois CP 389 N 3).

Cette forme de disposition transitoire revient à rendre imprescriptibles, *a posteriori*, des actes jusqu'alors soumis à un délai de prescription en cours⁵⁸. Le principe d'un tel procédé est admis par la majorité de la doctrine⁵⁹ et par la CourEDH⁶⁰, au motif que le délai de prescription ne fait pas partie des conditions de punissabilité de l'acte et n'est donc pas couvert par la maxime *nullum crimen sine lege*. Quelles conséquences cette **imprescriptibilité rétroactive** emporte-t-elle sur les actes qui tomberaient aujourd'hui sous le coup de la définition du génocide ou des crimes contre l'humanité, mais qui ont été commis – à l'intérieur des délais visés par CP 101 III – avant l'entrée en vigueur de ces dispositions en droit suisse (le 15 décembre 2000, respectivement le 1^{er} janvier 2011)⁶¹?

A tout le moins, elle permet à la Suisse d'accorder l'**entraide pénale** (au sens de EIMP 63 ss) en évitant l'obstacle qu'entraînerait l'acquisition de la prescription en droit interne (cf. p.ex. EIMP 5 I [c] et CEEX 10, tempérés par EIMP 110 III). C'est d'ailleurs cet objectif principal – mais pas unique, le Parlement ayant refusé une disposition ne prévoyant des effets que sur l'entraide⁶² – qui avait déterminé l'adoption, en 1983, de l'ancêtre de CP 101, **aCP 75^{bis}**, des suites de l'affaire de l'extradition vers les Pays-Bas du criminel de guerre nazi Pieter Menten malgré l'acquisition de la prescription à teneur du droit suisse⁶³. Aujourd'hui, le problème de l'**extradition** est réglé par EIMP 35 II (b); un détour par CP 101 n'est donc pas nécessaire et l'extradition est possible même pour des faits prescrits à l'aune de CP 101 III.

Une autre conséquence de CP 101 III réside dans l'extension rétroactive des délais de prescription encore en cours pour l'exercice de l'**action civile** contre l'auteur de l'acte illicite (CO 60 II). En revanche, les actes déjà prescrits avant les limites temporelles fixées par cette disposition restent intouchés⁶⁴.

CP 101 III soulève aussi la question de la **poursuite pénale en Suisse**, sur la base de CP 264 ss, d'actes commis avant l'entrée en vigueur de ces dispositions et qui n'auraient pas été prescrits en 1983 (pour le génocide et les crimes de guerre), respectivement en 2011 (pour les crimes contre l'humanité). Plusieurs auteurs semblent catégoriquement exclure un tel scénario en vertu du principe de non-rétroactivité⁶⁵, sans pourtant apporter de réponse satisfaisante à la **contradiction**

apparente entre CP 2 et CP 101 III: pourquoi rendre certains actes imprescriptibles tout en empêchant leur poursuite pénale?

[Seite 1662] Au-delà du **texte de CP 101 III**, qui envisage clairement une poursuite des **48** actes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre commis avant l'entrée en vigueur de CP 264 ss, les **travaux préparatoires** offrent un éclairage utile. Déjà lors de l'adoption d'une disposition transitoire à aCP 75^{bis66}, au texte identique à l'actuel CP 101 III, le Parlement avait considéré cette disposition comme une modification du droit pénal matériel, si bien qu'elle était critiquée sous cet angle par une minorité⁶⁷. Dans le cadre de la mise en œuvre du StCPI, qui a permis l'adoption de l'actuel CP 101 III, le législateur a d'abord été guidé par le souci d'assurer une répression «sans faille» des infractions de droit international et d'éviter ainsi l'exercice de la compétence de la CPI en vertu du principe de la complémentarité⁶⁸. Or, l'inapplicabilité de CP 264a avant le 1^{er} janvier 2011 créerait une faille majeure dans l'arsenal juridique suisse et ouvrirait la brèche à l'intervention de la CPI⁶⁹ pour de tels crimes commis entre 2002 (date de la création de la CPI) et 2011. En plus d'être totalement incompatible avec l'intention du législateur, une telle conséquence n'a pas fait l'objet de la moindre mention lors des travaux préparatoires. Au contraire, le Message StCPI 2008 précise à l'égard de CP 101 III que «l'imprescriptibilité ne s'appliquera qu'aux crimes contre l'humanité non prescrits au moment de l'entrée en vigueur»⁷⁰, ce qui suppose nécessairement l'existence de crimes contre l'humanité antérieurs à 2011 et sujets à la poursuite.

La Conseillère fédérale Widmer-Schlumpf a été amenée à s'exprimer sur la question **49** devant le Conseil des Etats, en réponse à une proposition de modification du projet du Conseil fédéral, qui aurait vu l'imprescriptibilité rétroactive des crimes contre l'humanité prendre effet en 1983 plutôt qu'en 2011. Elle formula ainsi la question: «Wird vorliegend [...] die Möglichkeit geschaffen, dass ein Täter für eine gemäss Schweizer Recht **bereits verjährte** Straftat wieder verfolgt werden kann?»⁷¹. Elle justifia ainsi le rejet de la proposition: «Wurde ein Verbrechen bisher in der Schweiz als Mord, Vergewaltigung oder als anderes gemeines Verbrechen betrachtet, so greifen die ordentlichen Verjährungsfristen [...]. Trat beispielsweise bei einer Strafuntersuchung wegen Mordes aus dem Jahre 1960 die Verjährung im Jahre 1990 ein und würde das Delikt neu als Verbrechen gegen die Menschlichkeit qualifiziert und nun rückwirkend als unverjährbar bezeichnet, so würde dies zum völkerrechtlich unzulässigen Widerruf der eingetretenen Verjährung führen»⁷². L'objectif est donc d'empêcher la réouverture de la prescription pour des actes **déjà prescrits**. Le fait que CP 264a pourra trouver application à l'égard de faits survenus avant son entrée en vigueur et non prescrits n'est en revanche jamais contesté. Ainsi, toujours selon la Conseillère fédérale Widmer-Schlumpf: «Wenn ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit, also Mehrfachmord, Vergewaltigung, zum Zeitpunkt des Infraktretens dieser Vorlage noch nicht verjährt ist, haben wir heute die Möglichkeit, dieses Delikt wieder als Verstoß gegen Artikel 264a zu klassieren und dann auch als unverjährbar anzusehen. Alle Taten, die heute doch nicht verjährt sind, werden unter Artikel 264a fallen»⁷³.

Il convient par conséquent selon nous d'appréhender CP 101 III comme une **50** «disposition transitoire cherch[ant] à concilier, d'une part, le principe de la non-rétroactivité des lois pénales, consacré à CP 2 et, d'autre part, les considérations politiques militant en faveur de la suppression de la prescription pour les crimes revêtant une dimension historique»⁷⁴. La seule interprétation satisfaisante à cet égard, qui permet à la fois de tenir compte du refus de consa [Seite 1663] crer une exception à CP 2 et de conférer un «effet utile» à CP 101 III, nous semble être la suivante: un acte commis avant l'entrée en vigueur de CP 264 ss peut être poursuivi si:

- ses éléments constitutifs correspondaient, au moment de sa commission, à une infraction au regard du droit pénal suisse⁷⁵ (**principe de non-rétroactivité** strict, sans exception pour les infractions de droit international);
- il n'était **pas prescrit** à la date pertinente fixée par CP 101 III; et
- si la poursuite est fondée sur la compétence extraterritoriale (cf. CP 264m), le comportement était punissable au moment des faits sur la base du droit de l'Etat territorial ou national, ou, à défaut, du droit international conventionnel ou coutumier.

Dans deux arrêts, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral⁷⁶ a confirmé que CP 50a 101 III consacre une «**rétroactivité limitée**», permettant d'appliquer CP 264 et CP 264a à des faits commis avant l'entrée en vigueur desdites dispositions, pour autant que la prescription n'ait pas encore été acquise sous l'angle des dispositions de droit commun. Les décisions ne rendent toutefois pas explicites les conditions et conséquences exactes d'une telle application rétroactive. La Cour d'appel du TPF a confirmé cette approche de «rétroactivité limitée» dans un arrêt de principe rendu dans l'affaire *Kosiah*, relatif à des actes commis entre 1993 et 1995⁷⁷. Elle a cependant considéré que seules les infractions «de droit commun», qu'elle recherche dans le CP, peuvent servir d'«infractions de référence pour déterminer si l'action pénale est prescrite au 1^{er} janvier 2011»⁷⁸. A l'inverse, les crimes de guerre, imprescriptibles depuis le 1^{er} janvier 1983, ne peuvent servir d'infractions de référence, car, selon la Cour d'appel, «le législateur ne souhaitait pas que l'imprescriptibilité liée aux crimes contre l'humanité remonte au 1^{er} janvier 1983»⁷⁹. Ce raisonnement, qui a conduit la Cour d'appel à ne «requalifier» de crimes contre l'humanité (de meurtre) que les actes pouvant être assimilés à l'assassinat au sens de CP 112⁸⁰, ne convainc pas pleinement. D'une part, il présuppose à tort que tous les crimes contre l'humanité sont également des crimes de guerre. D'autre part, la Cour d'appel ne propose aucun critère qui justifie une application différente d'une règle de droit (CP 101 III) aux «infractions de droit commun» et à celles qui ne sont pas «de droit commun»: la distinction entre les dispositions spéciales du CP/CPM constitutives d'infractions «de droit commun» et aCPM 108-109 est de nature historique, sans que l'on puisse la ramener aisément à un critère juridique formel ou matériel.

Pour des raisons à la fois pratiques et tenant à la dimension particulière des infractions de droit international⁸¹, il conviendra selon nous de **fonder une telle poursuite pénale sur CP 264 ss** plutôt que sur les dispositions de droit pénal applicables à l'époque des faits. Le principe de non-rétroactivité ne s'en verra pas affecté, dès lors que le contrôle de la punissabilité du comportement en droit suisse au moment de sa commission devra nécessairement être effectué. A défaut, CP 2 fait obstacle à la poursuite. 51

Dans l'arrêt *Kosiah* précité de la Cour d'appel du TPF, celle-ci a adopté une voie hybride, en fondant la poursuite des crimes contre l'humanité sur CP 264a sur la base de la «rétroactivité limitée» de cette disposition⁸², mais la poursuite des crimes de guerre sur aCPM 108-109 plutôt que CP 264c ss⁸³. 51a

[Seite 1664] En tout état, une poursuite ainsi fondée sur CP 264 ss pour des actes commis avant l'entrée en vigueur de ces dispositions ne devrait pas entraîner une peine plus sévère que celle applicable à son acte en vertu du droit suisse lors de sa commission (*lex mitior*). 52

Fussnoten:

1 RS 0.312.1; RO 2002 3741.

2 RS 0.311.11: «Les personnes accusées de génocide [...] seront traduites devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction».

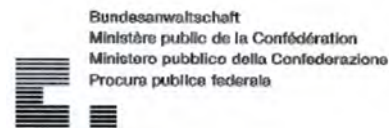
- 3 Message StCPI 2000, 372 ss et 419; sur la genèse du StCPI, cf. les diverses contributions à CASSESE/GAETA/JONES, section 1, chap. 2.
- 4 Cf. Message StCPI 2000, 419 et Message StCPI 2008, 3467.
- 5 Loi fédérale du 18 juin 2010 portant modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, FF 2010 3889; RO 2010 4963.
- 6 Message StCPI 2008, 3462, cf. aussi 3468.
- 7 Sur la notion d'infraction de droit international, cf. Kolb/Scalia, KOLB R., Droit international pénal, 15 ss et CASSESE/GAETA, 18 ss.
- 8 Kolb/Scalia, KOLB R., Droit international pénal, 51.
- 9 CASSESE/GAETA., 20 s.
- 10 Cf. toutefois les c. 4 et 6 du préambule du StCPI et la résolution RC/Res.1 sur le principe de complémentarité adoptée par l'Assemblée des Etats parties à la conférence de Kampala en 2010.
- 11 Cf. dans ce sens Message StCPI 2008, 3476; BO CN 2009 70.
- 12 Sur la distinction terminologique entre droit international pénal et droit pénal international, cf. Kolb/Scalia, KOLB R., Droit international pénal, 11 ss.
- 13 Cf. FERDINANDUSSE, chapitre V, 173 ss.
- 14 FERDINANDUSSE, chapitre II, 17 ss. Une telle application directe du droit international a notamment été rejetée par le Tribunal militaire de division 2 dans une décision incidente du 30 avril 1999, rapportée par SASSÖLL, Le génocide rwandais, 165 s.
- 15 Message StCPI 2008, 3478 s., 3485, 3527.
- 16 Message StCPI 2008, 3485 s.
- 17 FF 2010 3889.
- 18 Message StCPI 2008, 3486.
- 19 RS 0.311.11; RO 2002 2606; RO 2002 2725; Message Génocide 1999, 4911 ss.
- 20 RO 2015 3825 et 3833.
- 21 Résolution ICC-ASP/16/Res.5 de l'Assemblée des États Parties de la CPI du 14 décembre 2017.
- 22 Motion 22.3362 déposée le 18 mars 2022, acceptée par le Conseil fédéral le 18 mai 2022 et adoptée par le Conseil national le 27 septembre 2022 et par le Conseil des États le 16 mars 2023. Cf. aussi la motion 22.4503 déposée le 16 décembre 2022 enjoignant au Conseil fédéral d'examiner une rétroactivité de la nouvelle norme pénale d'agression à partir de 2015.
- 23 Cf. Message du Conseil fédéral du 19 février 2014 portant approbation des amendements au Statut de Rome de la Cour pénale internationale relatif au crime d'agression et aux crimes de guerre, FF 2014 1973, 1989 s.; Message du Conseil fédéral du 29 mai 2019 portant approbation des amendements du 14 décembre 2017 au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, FF 2019 3781, 3786 s.
- 24 Message StCPI 2008, 3480 s.
- 25 Message StCPI 2008, 3512 ss; sur les sources, cf. Kolb/Scalia, KOLB R., Droit international pénal, 55 ss.
- 26 Cf. p.ex. TPF 2012 97.
- 27 Sur cet embryon de partie générale, cf. AMBOS K., Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Berlin 2002.
- 28 Message StCPI 2008, 3481; Wohlers/Godenzi/Schlegel, WOHLERS, Art. 264k N 1.
- 29 Sur l'application du principe *nullum crimen* à la partie générale du CP, cf. CR CP I-HURTADO POZO, art. 1 N 25.
- 30 Sur l'ancienne répartition des compétences, cf. WEHRENBURG, *passim*.
- 31 Message StCPI 2008, 3496 ss et 3551 s.
- 32 Message StCPI 2008, 3504.
- 33 RS 173.712.22.

- 34 Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. V.
- 35 CG I 49, CG II 50, CG III 129, CG IV 146.
- 36 Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 4 (2); Convention internationale de 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 7 (1).
- 37 La peine d'emprisonnement à perpétuité n'a pas à ce jour été prononcée par la CPI.
- 38 Cf. à ce sujet SCALIA D., Du principe de légalité des peines en droit international pénal, Bruxelles 2011.
- 39 Cf. not., pour un examen approfondi de ces questions dans les cas d'espèce, CPI, Lubanga, 10 juillet 2012, N 36 ss; CPI, Katanga, CPrI 2014, N 42 ss; CPI, Bemba Gombo, CPrI 2016, N 18 ss; CPI, Al Mahdi, CPrI 2016, N 73 ss.
- 40 Message StCPI 2008, 3541.
- 41 Message StCPI 2008, 3535.
- 42 Message StCPI 2008, 3527 («un lien fonctionnel ténu») et, plus cryptique, 3541 s. («le lien fonctionnel entre l'acte individuel et le crime commis de façon collective dans un contexte de conflit armé»).
- 43 Message StCPI 2008, 3527 et 3541 s.; TPI, Lubanga 2007, N 82 ss.
- 44 Message StCPI 2008, 3514 s.; BO CN 2009 75; BO CE 2010 341; critiques, VEST/SAGER, 445.
- 45 BO CE 2010 342; BO CN 2010 853.
- 46 TPIY, Tadić, Appel 2000, N 69; TPIR, Kayishema, Appel 2001, N 367.
- 47 Kolb/Scalia, KOLB R., Droit international pénal, 92 et 117; Message StCPI 2008, 3516.
- 48 TPIY, «Čelebić», Appel 2001, N 412 s.; TPIR, Akayesu, CPrI 1998, N 468.
- 49 Kolb/Scalia, KOLB R., Droit international pénal, 71. Dans le même sens, cf. TPIY, Kupreškic', CPrI 2000, N 700 ss, étant précisé que les crimes contre l'humanité dans le Statut TPIY avait une portée plus réduite que CP 264a, puisqu'ils exigeaient un lien avec un conflit armé.
- 50 Cf. TPIR, Akayesu, CPrI 1998, N 469.
- 51 TPIY, Kupreškic', CPrI 2000, N 699.
- 52 Message StCPI 2008, 3506 s.
- 53 BO CN 2009 73 ss.
- 54 BO CE 2010 337 ss.
- 55 CourEDH, Kononov, N 185 ss et 228 ss. Dans le même sens, Message StCPI 2008, 3507.
- 56 HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, vol. I, règle 160, 816 ss; Convention de 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (non ratifiée par le Suisse); Convention européenne de 1974 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre (non ratifiée par la Suisse).
- 57 Critiques à cet égard et en faveur d'un traitement uniforme: VEST/SAGER, 429.
- 58 Vest *et al.*, VEST, Art. 101 N 23.
- 59 CR CP I-ZIEGLER/WEHRENBURG, art. 101 N 42 s.; BSK StGB I-ZURBRÜGG, Art. 101 N 22 ; GRAVEN J., Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription, RPS 1965 113 ss, 155 ss.
- 60 CourEDH, Coëme et autres c. Belgique du 22 juin 2000, N 149.
- 61 Les crimes de guerre, qui existent en droit pénal suisse depuis 1968, devraient échapper à cette problématique.
- 62 BO CN 1979 858.
- 63 Cf. Message complémentaire du Conseil fédéral du 6 juillet 1977 concernant le projet de loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, FF 1977 II 1217 ss.
- 64 ATF 126 II 145, JdT 2003 I 70, c. 4b)aa); ATF 132 III 661, c. 4.3.
- 65 BSK StGB I-ZURBRÜGG, Art. 101 N 9-11; BSK StGB II-WEHRENBURG, Art. 264 N 76; BSK StGB II-WEHRENBURG/EHLEKT, Art. 264a N 91 ss.

- 66 RO 1982 875; BO CE 1977 634.
- 67 Cf. not. BO CN 1979 857 (Füeg); BO CN 1979 858 (Grobet).
- 68 Message StCPI 2008, 3468; BO CN 2009 69: *«Der Bundesrat hat uns überzeugend dargelegt, dass wir durch diese Gesetzesänderung eine allfällige Verfahrensübernahme durch den Internationalen Strafgerichtshof verhindern können.»*
- 69 **BSK StGB II-WEHRENBURG/EHLERT, Art. 264a N 94**(«Strafbarkeitslücke»).
- 70 Message StCPI 2008, 3508.
- 71 BO CE 2010 569 (nous mettons en évidence).
- 72 BO CE 2010 569.
- 73 BO CE 2010 340.
- 74 **CR CP I-ZIEGLER/WEHRENBURG, art. 101 N 41**; dans le même sens, cf. Vest *et al.*, Vest, Art. 101 N 30 s.
- 75 Se pose la question de savoir si une infraction de crime de guerre, poursuivie en droit suisse selon aCPM 109 et imprescriptible dès le 1^{er} janvier 1983, doit également être considérée comme satisfaisant cette condition, avec pour conséquence de permettre la poursuite de crimes contre l'humanité pour tout acte qui constitue également un crime de guerre, commis après le 1^{er} janvier 1983 ou non prescrit à cette date; cf. N **50a**.
- 76 TPF 2021 210, c. 2.1 et 2.2; TPF 2018 96, c. 7.2.
- 77 TPF, CA.2022.8 du 30 mai 2023, c. 3.2; non définitif à la date de rédaction du présent commentaire.
- 78 TPF, CA.2022.8 du 30 mai 2023, c. 3.2.2.2.
- 79 *Ibid.*
- 80 TPF, CA.2022.8 du 30 mai 2023, c. 3.2.2.4 et 3.2.2.5.
- 81 Cf. TPIR, Bagaragaza 2006, N 16 ss; TPIR, Munyeshyaka 2007, N 8.
- 82 TPF, CA.2022.8 du 30 mai 2023, c. 3.2.3.
- 83 TPF, CA.2022.8 du 30 mai 2023, c. 3.1.1.

Appendix 4

Bern, March 10, 2015



Dismissal of proceedings Art. 319 et seqq. StPO (Swiss Code of Criminal Procedure)

In the criminal investigation

The accused [UNKNOWN VICE-PRESIDENT OF ARGOR], DOB [REDACTED] resident in [REDACTED], [REDACTED], defence counsel Attorney-at-Law Stefan RECHSTEINER, [REDACTED], [REDACTED], unknown, and [ARGOR-HERAEUS], (liable in the second degree), [REDACTED], [REDACTED], defence counsel Attorney-at-Law Dieter GYSIN, [REDACTED], [REDACTED].

Criminal offences Suspected money laundering and abetting of war crimes through pillage

Under application of Art. 12, 25 and 305^{bis} StGB (Penal Code); 108 and 109 aMStG (Military Criminal Code) in conjunction with Art. 4 (2) (g) Additional Protocol to the Geneva Convention dated 12 August 1949 relating to the protection of victims of non-international armed conflicts; Art. 279, 319 et seqq. and 422 et seqq. StPO (Swiss Code of Criminal Procedure); Art. 73 StBOG (Swiss Law on the Organisation of Penal Authorities); Art. 6 (4) (b) BStKR (Regulation of the Federal Criminal Court on Costs, Charges and Compensation in Federal Criminal Proceedings)

Grounds **Procedural history**

1. Criminal charge

On 30 October 2013 the non-governmental organisation Track Impunity Always (TRIAL) domiciled in Geneva filed charges against company [ARGOR-HERAEUS] domiciled in [REDACTED]. It accused [ARGOR-HERAEUS] of melting down in Switzerland from July 2004 to June 2005 gold ore (rough gold or rough gold bars) from the Ituri region, adjacent to Uganda, in the north-east of the Democratic Republic of the Congo, for [HUSSAR] domiciled in [REDACTED] in the knowledge of its illegal origin and of processing it to fine gold.

In the extensive annexes to the charge it is apparent that the armed militia *Front des nationalistes et intégrationnistes* (FNI) controlled the area around the town of Mongbwalu and hence "Gold Prospecting Concession No. 40" in the eastern Congolese region of Ituri from May 2003 until at least April 2005 and generated considerable proceeds from the illegal mining of gold ore, which was used to procure

arms and to finance military operations. The illegally mined gold ore was exported illegally to Uganda by the air freight company owned by a Congolese businessman [NOTORIOUS CONGOLESE GOLD SMUGGLER DR. KISONI KAMBALE] active in the gold trade and sold there to the company [UGANDA COMMERCIAL IMPEX]. [UGANDA COMMERCIAL IMPEX] then sold on the ore of the gold trading company [HUSSAR] domiciled in [REDACTED]; this gold ore with a total volume of around three tons was refined to fine gold by [ARGOR-HERAEUS] [REDACTED] from July 2004 to the end of May 2005 and then supplied to banks.

Reference codes (e.g. ALBA and JONY) used in the business relationship between [UGANDA COMMERCIAL IMPEX] and [HUSSAR] appeared to provide evidence of the illegal origin of the gold. Furthermore, various employees of [HUSSAR] were allegedly informed expressly of the illegal origin of the gold by a representative of a UN expert group at the latest in October 2004. The origin of the gold is supposed to have been clearly visible in the accompanying documents to the deliveries of gold from Uganda to [ARGOR-HERAEUS], which are supposed to have contained export and import licences of the Democratic Republic of the Congo. Therefore [ARGOR-HERAEUS] should have known of the illegal origin of the gold it processed. Processing the gold ore to fine gold by [ARGOR-HERAEUS] made it impossible to identify the illegal origin of the raw material. Therefore [ARGOR-HERAEUS] must face the charges of war crimes and money laundering.

2. Initiation of proceedings and collection of evidence

After examining the charges, the Federal Prosecutor's Office opened the criminal investigation on 1 November 2013 against [UNKNOWN VICE-PRESIDENT OF ARGOR] as Vice President of [ARGOR-HERAEUS], unknown perpetrators, and [ARGOR-HERAEUS] as liable in the second degree on suspicion of money laundering (Art. 305^{bis}, 2 StGB [Penal Code] in connection with war crimes) and abetting of war crimes through pillage (Art. 108 and 109 aMStG in conjunction with Art. 4 (2) (g) Additional Protocol to the Geneva Convention dated 12 August 1949 relating to the protection of victims of non-international armed conflicts).

On 4 November 2013 the Federal Criminal Police searched the registered offices of the accused company at [REDACTED] in [REDACTED]. Substantial documents on business relations with [HUSSAR] and the in-house Compliance Department were secured or forensic hard drive imaging performed in the case of electronic data. At the same time the Federal Prosecutor's Office ordered the telephone numbers registered to [ARGOR-HERAEUS] and [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] to be tapped in real time because it had to be assumed that

a search of the premises could provoke telephone contacts between suspects relevant as evidence. These surveillance measures were approved by the Cantonal Compulsory Measures Court in Bern in its ruling dated 5 November 2013. Telephone surveillance was cancelled on 8 November 2013 for the numbers [REDACTED] and [REDACTED] and on 14 November 2013 for the numbers [REDACTED] and [REDACTED]. Surveillance was inconclusive for all numbers.

3. Letters rogatory to a foreign court

After it became known that the Metropolitan Police in London had also carried out investigative measures for the same criminal charges but with the focus on [HUSSAR], on 4 November 2014 the Federal Prosecutor's Office requested the police files on the enquiry from the Central Authority of the UK Home Office as judicial assistance. The files were received by the Federal Prosecutor's Office on 2 February 2015.

4. Conclusion of proceedings

In the communication dated 19 January 2015 the accused was informed that the proceedings would be brought to a close and a time limit set until 6 February 2015 for submission of motions for evidence and for the assertion of damages and compensation for personal suffering. [UNKNOWN VICE-PRESIDENT OF ARGOR] as well as [ARGOR-HERAEUS] forwent motions for evidence as well as damages and compensation within the period set.

Dismissal of charges

5. Accusation of abetting pillage as a war crime

5.1. Pillage as a war crime

The relevant Art. 264g (1) (c) StGB in question (pillage as a prohibited method of waging war) came into power on 1 January 2011 and hence after the incriminating deeds committed in the years 2004/2005. The legal principle that measures should not have a retroactive effect contained in Art. 2 StGB (dispatch on the amendment of federal laws implementing the Rome Statute of the International Criminal Court dated 23 April 2008, BBl. [Federal Gazette] 2008 3912). The circumstances of the case must therefore be assessed on the basis of the then applicable Art. 109 (1) aMStG in conjunction with Art. 4 (2) (g) Additional Protocol to the Geneva Convention dated 12 August 1949 relating to the protection of victims of non-international armed conflicts; (ZP II; SR 0.518.522), whereby the elements of the crime are identical with current law and even more severe sentences can be imposed.

So that these provisions may be applied, pillaging must have been committed within a non-international armed conflict which is the case when a conflict reaches a certain intensity and the parties to the conflict display a certain degree of organisation (ICTY, *The Prosecutor v. Ljube Boškoski and Johan Tarčulovski*, Judgement, 10 July 2008, IT-04-82-T, marginal note 175 et seqq.). The armed groups participating in the conflict must be under the authority of leaders and due to their organisation be capable of planning and executing sustained and coordinated military operations (Art. 1 (1) ZP II; BSK [Comments of the Basel Committee] Penal Code II-FIOLKA/ZEHNDER, 3rd ed., Basel 2013, Art. 264b N 24 et seq.).

5.1.1. Armed conflict and degree of organisation of the parties to the conflict

The International Criminal Court qualified the situation in Ituri from 1999 to July 2003 as occupation by Uganda, during which at least from July 2002 to June 2003 simultaneously international and non-international armed conflicts took place. Even after the Congolese interim government was formed in July 2003 a non-international armed conflict took place in the Ituri region until December 2003, in particular with the fighting for the town of Mongbwalu. The FNI was a party to the conflict at this time (ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, Judgement, 7 March 2014, ICC-01/04-01/07, marginal note 1206 et seqq.; ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Judgement, 14 March 2012, ICC-01/04-01/06, marginal note 524 and marginal note 536 et seqq.). The UN reports on a drastic deterioration of the security situation for September 2004, after armed groups had carried out attacks against the civil population (UN Security Council, *Sixteenth report of the Secretary-General on the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo*, UN Doc. S/2004/1034, 31 December 2004, marginal note 11 et seqq.; Médecins Sans Frontières, *Nothing New in Ituri: The Violence Continues*, August 2005, p. 7 et seqq., available at www.kongo-kinshasa.de/dokumente/ngo/msf_0508.pdf). The FNI also participated in military conflicts between armed groups in the Ituri region in the period from December 2004 to 15 March 2005 (UN Security Council, *Seventeenth report of the Secretary-General on the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo*, UN Doc. S/2005/167, 15 March 2005, marginal note 11 et seqq.). The state authorities managed to re-establish themselves in the region by August 2005. However, the situation remained unstable and the mining areas were still under the control of armed rebel groups, in particular the FNI (UN Security Council, *Eighteenth report of*

the Secretary-General on the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo, UN Doc. S/2005/506, 2 August 2005, marginal note 21 et seqq.).

In the opinion of the International Criminal Court the FNI displayed a certain degree of organisation. It was an organised armed group of Lendu ethnicity which became known under this name in 2002, and was close to the *Force de résistance patriotique en Ituri* (FPRI) supported by Uganda. It had a hierarchical structure and was capable of planning and executing military operations (ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of charges, 26 September 2008, ICC-01/04-01/07, marginal note 14; also ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, ICC-01/04-01/06, marginal note 237). According to the UN, the FNI and the *Forces Armées du Peuple Congolais* were fighting for control over customs points and gold mines (UN Security Council, *Third special report of the Secretary-General on the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo*, UN Doc. S/2004/650, 16 August 2004, marginal note 30). Due to the substantial revenues, fighting for the mines in Mongbwalu in particular was intense (UN Group of Experts concerning the Democratic Republic of the Congo, *Report of the Group of Experts submitted pursuant to resolution 1552 (2004)*, UN Doc. S/2005/30, 4 January 2005, marginal note 127 et seqq.).

Hence the repeated conflicts in the Congo and in particular in the Ituri region were not sporadic acts of violence by unorganised gangs of bandits. Hence at least until 2 August 2005 (the date of the last UN report relevant in this case) the situation there must be considered as a sustained armed non-international conflict where the Geneva convention and its additional protocols apply.

5.1.2. Pillage

The term pillage in the sense of Art. 4 Protocol II presumes that the perpetrator dispossesses the beneficial owner of an object for a not inconsiderable period against or without their will with the aim of appropriating the object for private or personal use (WERLE, *Völkerstrafrecht [International Criminal Law]*, 3rd ed., Tübingen 2013, marginal note 1114). It comprises organised pillaging as well as individual acts (ICRC, Commentary on Protocol II, available at www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/475?OpenDocument, marginal note 4542). A characteristic feature is that the perpetrator appropriates the other party's property by exploiting the protective measures of the beneficial owner which are diminished due to circumstances (POPP, Kommentar zum Militärstrafgesetz [Commentary on the Military Penal Code] dated 13 June 1927: Special Part, St.

Gallen 1992, Art. 139 N 7). To some extent it is also required that an element of force must be present during pillaging (ICTY, *Music et. al*, Judgement, 16 November 1998, IT-96-21-T, marginal note 591). The object of the crime can be both state and private property (ICRC, Commentary on Protocol II, *ibid.*, marginal note 4542).

According to the Congolese Mining Code dated 11 July 2002, gold ore as an associated natural resource is strictly state property. Whosoever acquires a mining licence, becomes the owner of the extracted material (Art. 3 and 64 et seqq. Code Minier dated 11/07/2002, available at www.mines-rdc.cd/fr/documents/codeminier_fr.pdf). Authorisations for commercial and small-scale mining are issued by the relevant state authority to individuals and legal entities (*ibid.*, Art. 5). The mining licences are recorded in a state register (*ibid.*, Art. 12). Companies that are granted licences for commercial mining are required to transfer 5% of their registered capital to the government (*ibid.*, Art. 71). Small-scale miners pay a fixed amount, determined by regulations, for their licences (*ibid.*, Art. 111). Processing of gold ore extracted by small-scale miners requires an addition ministerial licence (*ibid.*, Art. 113). The legal export of gold ore for processing abroad also required authorisation by the Minister (*ibid.*, Art. 85).

According to reports of the UN Commission of Experts and non-governmental organisations, the Congolese licensing authorities already lost control over gold mining in eastern Congo before 2004. In particular the gold mining area around Mongbwalu, for which concession 40 was issued, was occupied by rebel groups as early as 1997. They fought for control over the Ituri region from August 1998 (start of the Second Congo War) (ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, Judgement, 7 March 2014, ICC-01/04-01/07, marginal note 432 et seqq.). The loss of state control unfolded concomitantly with the intensity of the conflict which was financed by illegal exploitation of the mines and by the imposition of levies on gold and diamonds (UN Panel of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and other Forms of Wealth of the DRC, UN Doc. S/2003/1027, 15 October 2003, marginal note 44-46; International Peace Information Service, *The Political Economy of Resource Trafficking in the DRC*, September 2003, p. 55). Until at least August 2005 this loss of state control over the Ituri region enabled armed groups to establish their own control over the military and civil administration and hence achieve their own interests (UN Group of Experts concerning the Democratic Republic of the Congo, *Report of the Group of experts submitted pursuant to resolution 1552 (2004)*, UN Doc. S/2005/30, 4 January 2005, marginal note 26; also UN Commission on Human Rights, *Report submitted by the independent expert on the Situation of human rights in the Democratic Republic of the*

Congo, Mr. Titinga Frédéric Pacéré, UN Doc. E/CN.4/2006/113, 15 February 2006, marginal note 67).

Documents handed to the UN Commission of Experts by the FNI also confirm that the FNI had taken control of the gold mines in Mongbwalu in the period relevant to this case. It established quasi-state structures comprising civil as well as military administrative units. The FNI's own *Commissariat aux Mines et Energy* [sic] was responsible for monitoring artisanal mining of gold. It issued the corresponding licences with the condition that miners must pay USD 1 per day to the FNI for access to the mines and hand over 30% of their extracts to the FNI. In August 2004 this taxation of gold extraction was the largest source of revenue for the FNI (UN Group of Experts concerning the Democratic Republic of the Congo, *Report of the Group of experts submitted pursuant to resolution 1616 (2005)*, UN Doc. S/2006/53, 23 December 2005, marginal note 89 et seqq.). According to estimates of non-governmental organisations, the FNI was taking around USD 20,000 per month via this source. According to these reports, the FNI also used forced labour and children to transport the extracted material. The responsible local authorities were not able to remove these parallel structures (Human Rights Watch, *The Curse of Gold: Democratic Republic of Congo*, June 2005, p. 51-57).

According to these reports, the looted gold was exported via Mongbwalu and entered the international gold trade. The UN Commission of Experts confirmed in July 2005 in particular that the gold export from Mongbwalu to Uganda was in the hands of around two dozen Congolese dealers who organised flights from Ituri to Kampala at regular intervals. The most important among them was the now deceased [NOTORIOUS CONGOLESE GOLD SMUGGLER DR. KISONI KAMBALE] owner of F. He exported around 50 kg of gold every 10 days for the FNI, without ever having been issued a licence by the state authorities. He received clearance to land directly from the FNI under the condition that he must transport gold for the FNI from Mongbwalu to Kampala in Uganda. In Uganda [NOTORIOUS CONGOLESE GOLD SMUGGLER DR. KISONI KAMBALE] sold the gold to [UGANDA COMMERCIAL IMPEX] (cf. UN Security Council Committee Press Release, Sanctions Committee Concerning Democratic Republic of Congo Adds Two Individuals, Five Entities to Assets Freeze, Travel Ban List, UN Doc. SC/8987, 29 March 2007; UN Group of Experts concerning the Democratic Republic of the Congo, *Report of the Group of Experts submitted pursuant to resolution 1552 (2004)*, UN Doc. S/2005/30, 4 January 2005, marginal note 128 et seq. and UN Group of Experts concerning the Democratic Republic of the Congo, *Report of the Group of experts submitted pursuant to resolution 1596 (2005)*, UN Doc. S/2005/436, 26 July 2005, marginal note 78 et seqq.).

Therefore the extraction and trade of raw gold in these circumstances was carried out against the will and without authorisation of the state authorities. Furthermore the use of violence was widespread, which is why the course of action of the FNI must be considered as pillaging in the sense of Art. 4 (g) Protocol II.

Gold mining is the only source of income for most inhabitants of Ituri and the daily yield (if there is one) is sold in the evening, in order to cover the cost of living, to local dealers who then separate the gold in an initial recovery process (nitric acid). These dealers then sell it on to intermediaries who smuggle the gold to Uganda and sell it to wholesalers. There the gold is cast in bars and sent to refineries around the world as gold doré bars. Gold is an instrument of payment in this trade and consumer goods (coffee, sugar, oil) from Uganda for the people in eastern Congo follow the same transport routes as gold, in the opposite direction. The exchange of gold from Ituri for consumer goods from Uganda is a constant flow and the Ugandan wholesalers are also dependent on quick sales of gold doré in order to satisfy their obligations vis-à-vis the intermediaries or the suppliers of consumer goods.

Furthermore, the revenue from illegal gold mining or from the imposition of taxes and levies on it is needed by the respective rebel groups in power to finance their fight (*Same Old Story: A background study on natural resources in the Democratic Republic of Congo*, Global Witness, June 2004, p. 32 et seqq., available at

www.kongo-kinshasa.de/dokumente/ngo/GW_0704.pdf;

International Peace Information Service Report: *The Political Economy of Resource Trafficking in the DRC*, 09.2003, p. 12 et seqq., available at

http://ipisresearch.eu/publications_detail.php?id=365;

Escaping the Conflict Trap: Promoting Good Governance in the Congo, International Crisis Group, Africa Report N°114, 20 July 2006, p. 6 et seqq., available at

[www.crisisgroup.org/en/regions/africa/central-africa/dr-congo/o/114-escaping-the-conflict-trap-](http://www.crisisgroup.org/en/regions/africa/central-africa/dr-congo/o/114-escaping-the-conflict-trap-promoting-good-governance-in-the-congo.aspx)

[promoting-good-governance-in-the-congo.aspx](http://www.crisisgroup.org/en/regions/africa/central-africa/dr-congo/o/114-escaping-the-conflict-trap-promoting-good-governance-in-the-congo.aspx)). From this it follows that the gold bought by [HUSSAR] and refined by [ARGOR-HERAEUS] was extracted illegally at a point in time that cannot be determined exactly but which was close to the time of refining.

5.1.3. Connection between pillaging and armed conflict

In order to qualify an act as a war crime, the armed conflict must be of substantial importance for the capability of the perpetrator to carry out the crime or for the manner of committing the crime or for the purpose of the act. Such a connection between the act and armed conflict must regularly be confirmed if the action can be ascribed to a

party to the conflict or was ordered or tolerated by the party (WERLE, *Völkerstrafrecht [International Criminal Law]*, 3rd ed., Tübingen 2013, marginal notes 971-976). According to the above statements, it is without question that there was a direct, functional connection between pillaging by the FNI and the armed conflict in Ituri. The FNI was a party to the conflict and the specific purpose of pillaging was to ensure the financial means and material needs of the FNI, hence creating a nexus between the act and the conflict.

The charges rightly do not assert that the accused were directly involved in pillaging and no evidence for this was found during the investigation. However, in some legal publications it is argued that the intentional acquisition of illegally exploited natural resources via an intermediary also constitutes illegal appropriation and hence pillaging. Participation in the first illegal act of appropriation is not necessary to establish responsibility for perpetration of an offence. Successive illegal appropriation is sufficient (James STEWART, *Corporate War Crimes: Prosecuting the Pillage of Natural Resources*, New York 2012, marginal note 44 et seqq.). As described, the accused refined the raw gold of [HUSSAR] as part of their business relationship and transferred it to the buyers identified. If even one accepts the view of STEWART, the accused could not be considered as perpetrators since they never acquired the gold in the legal sense. The question can remain open here whether, according to this interpretation, [UGANDA COMMERCIAL IMPEX] and [HUSSAR] should also be considered as looters since, according to information of the Federal Prosecutor's Office (at least at this time), none of the persons or companies suspected of pillaging from this point of view were subject to Swiss jurisdiction.

5.1.4. Summary

In summary of the above considerations it can be said that at the time of the deed a non-international conflict was raging in the gold mining areas of Ituri, where gold was extracted without any state control, which is why the gold exported to Uganda was almost certainly mined illegally. Due to the close connection in time it must be assumed that the gold refined by the accused for [HUSSAR] was also looted. The charge of a direct involvement in the crime has not been brought nor is it evident, which is why possible abetting must be assessed.

5.2. Abetting pillage

Any person who willfully assists another to commit a felony or a misdemeanour is liable to a reduced penalty. (Art. 25 StGB). The provision of assistance by an abettor does not

have to be *conditio sine qua non* for the success of the deed; simply facilitating the act is sufficient. The support must have contributed specifically to the criminal offence, increased the practical chance of success and shown itself to have been a causal element to this effect. Physical and technical as well as intellectual abetting can be considered (BGE [Federal Supreme Court] 121 IV 109, 120, E. [consideration] 3 a; Comments of the Basel Committee Criminal Law I - FORSTER, 3rd ed., Basel 2013, Art. 25 StGB N 8), whereby physical abetting includes technical and material support in particular (FORSTER, *ibid.*, N 21).

From the documents secured during the search of the premises it is clear that [UGANDA COMMERCIAL IMPEX] sold raw gold to [HUSSAR] in the period from July 2004 to June 2005. [HUSSAR] ordered [UGANDA COMMERCIAL IMPEX] to fly the gold from Uganda to Switzerland for refining by [ARGOR-HERAEUS]. In this manner around 2950 kg of raw gold bars were transported to Switzerland in the period from 9 July 2004 to 30 May 2005.

[UGANDA COMMERCIAL IMPEX] confirmed forwarding of the raw gold to [HUSSAR] [redacted] in a pro forma invoice stating the amounts and level of purity of the individual deliveries. [HUSSAR] thereupon paid 90% of the stated value to [UGANDA COMMERCIAL IMPEX]. On receipt of the gold [ARGOR-HERAEUS] then verified the information provided by [UGANDA COMMERCIAL IMPEX] regarding weight and level of purity and confirmed the details to [HUSSAR]. After the refining process [ARGOR-HERAEUS] determined the exact amount of fine gold and sent the fine gold - which could then be traded in the gold market - to buyers according to the relevant orders from [HUSSAR], generally as standardised bars to banking institutions. This process can be traced from accounting data since [ARGOR-HERAEUS] kept so-called precious metal accounts for its customers (suppliers as well as buyers) where movements in and out with fine gold content were accredited or debited. The beneficial owner of the processed gold was always [HUSSAR] *in concreto*. This process was confirmed by a member of staff of G., a subsidiary of [HUSSAR], who was interviewed by the Metropolitan Police in London; this subsidiary carried out administrative services for the parent company (interview [redacted] on 4 June 2014, p. 3 et seq.).

Processing the raw gold by [ARGOR-HERAEUS] to fine gold with a standardised precious metal content increased its value and made it tradable on the international gold market. The investigations of the UN Commission of Experts prove that only the sale of the plundered raw gold abroad made it possible for the FNI to buy the goods necessary to wage war (UN Group of Experts concerning the Democratic Republic of the Congo, *Report of the Group of experts submitted pursuant to resolution 1616 (2005)*, UN

Doc. S/2006/53, 23 December 2005, marginal note 89). The refining and hence increased value of the raw gold by [ARGOR-HERAEUS] is therefore causative of the pillaging by the FNI in the sense that, without the prospect of refining it to fine gold with a standardised gold context, pillaging, illegal trading and smuggling of raw gold would by no means have been a lucrative affair for the FNI. Therefore, objectively [ARGOR-HERAEUS] provided assistance to the war crimes committed locally in Ituri.

Subjectively, the abettor must have provided his assistance in the deed knowingly and willingly and had knowledge of the intention of the main perpetrator. The abettor intends to support the substantive crime and at least accepts that his assistance facilitates the criminal offence. The intention to abet must extend to the corresponding illegal characteristics of the substantive crime (Comments of the Basel Committee Criminal Law I - FORSTER, 3rd ed., Basel 2013, Art. 25 N 3 et seqq.). Regarding abetting of pillaging this means that the accused knew and agreed that the perpetrators acted with the intention of dispossessing the beneficial owners and using the object for their private or personal use (Comments of the Basel Committee Criminal Law II - KESHELAVA/ZEHNDER, 3rd ed., Basel 2013, Art. 264g N 32).

In the documents seized there is no evidence that the accused know of the intention of the FNI and of the individuals and companies trading with it. The accused trusted in the statements of [HUSSAR] who, on re-opening the business relationship, declared that [UGANDA COMMERCIAL IMPEX] [redacted] was acting in a completely legal manner and was a state authorised gold dealer whose activities were supported by the Ugandan state. [UGANDA COMMERCIAL IMPEX] confirmed to [HUSSAR] "that the gold had been exported and imported to Uganda for years from where it was regularly exported officially to European and South African refiners" (cf. internal memo of [ARGOR-HERAEUS] on re-establishment of the business relationship with [HUSSAR] dated 7 May 2004). The statements of the employee of company G. [redacted], obtained by way of judicial assistance, who was responsible for managing the business relationship with [ARGOR-HERAEUS], confirm that even on the part of [HUSSAR] no further clarification on the origin of the minerals was given (interview [redacted] on 4 June 2014, p. 5 et seq.). There were no other indications by which the accused should have concluded an illegal origin of the gold supplied and hence it having been looted as a war crime.

Contrary to the details of the charge, the Federal Prosecutor's Office did not find any evidence that the representative of the UN group of experts expressly informed employees of [HUSSAR] in October 2004 of the illegal origin of the gold or that this knowledge was

transmitted to [ARGOR-HERAEUS]. In fact, the documents obtained by way of judicial assistance show that even the employees of G. [REDACTED] who were questioned assumed that the gold originated from Uganda and that [UGANDA COMMERCIAL IMPEX] did not want to reveal its sources in order to prevent direct contact between [HUSSAR] and the gold suppliers of [UGANDA COMMERCIAL IMPEX] (interview [REDACTED] on 4 June 2014, p. 10). The reference codes provided by [UGANDA COMMERCIAL IMPEX] (e.g. ALBA, JONY) were adopted - as with other customers - by [ARGOR-HERAEUS] unchanged and did not allow for drawing any conclusions as to the origin of the raw gold. The export and import licences submitted with the charge, which were intended to convey the appearance of legal export of gold from the Democratic Republic of the Congo to Uganda, were, according to the concurring statements of employees of G. [REDACTED] to the Metropolitan Police, not part of the documentation provided by [UGANDA COMMERCIAL IMPEX] to [HUSSAR] (interview [REDACTED] on 4 June 2014, p. 9 und interview [REDACTED] on 16 July 2014, p. 3 et seq.). Therefore the papers could not have been available to [ARGOR-HERAEUS]

Only from the NGO and UN reports, which were available from 2004 onwards, could [ARGOR-HERAEUS] have known that the raw gold supplied from Uganda was in all probability looted in eastern Congo and used there for financing the conflict (cf. in particular Rights & Accountability in Development, *Unanswered questions: Companies, conflict and the Democratic Republic of Congo*, May 2004, available at:

<http://www.raid-uk.org/sites/default/files/unanswered-qq.pdf>). However, contrary to the statement of the party bringing charges, this "should have known" is not sufficient to assume (possible) intent. This presupposes, as already explained, firm knowledge of the factual circumstances. Whether [ARGOR-HERAEUS] should have made further inquiries with [UGANDA COMMERCIAL IMPEX] on the origin of the gold in accordance with its own Compliance Rules, is discussed in the deliberations on money laundering (see below).

5.3. Conclusion

Based on the above reasons the accusation that the accused intentionally provide assistance to the perpetration of war crimes by refining around 2950 kg of raw gold very probably pillaged in the Democratic Republic of the Congo from July 2004 to June 2005, cannot be sustained. The case must be dismissed on this point.

6. Allegation of money laundering

According to the details of the charge [ARGOR-HERAEUS] thwarted identification of the origin of the gold illegally mined by rebels in the Ituri region by refining it, which would constitute money laundering.

Object of the crime of money laundering according to Art. 305^{bis} StGB can in principle be any assets which derive from a crime in the sense of Art. 10 (2) StGB and are subject to confiscation (Art. 70 StGB). The term assets comprises all objects with any financial value, hence also the raw gold supplied to [ARGOR-HERAEUS] [REDACTED].

The accusation of money laundering presupposes objectively that the incriminating act was appropriate to thwarting identification of the origin, retrieval or confiscation of assets. The act of thwarting is punishable as such. Proof of a specific risk of thwarting or successful thwarting is not required (BGE 127 IV 20, E 3a).

6.1. Act of thwarting regarding identification of the gold

According to the submission of [ARGOR-HERAEUS] in the complaints procedure B [ARGOR-HERAEUS] 2013.173-174 before the Federal Criminal Court, the raw gold had already been processed or melted several times to separate the other minerals and analysed before it arrived at [ARGOR-HERAEUS] for the final refining process. Therefore the raw bars delivered to [ARGOR-HERAEUS] would not have supplied any indications as to the country of origin. It was possible to confirm these facts during criminal proceedings (see the above explanations on the route of the gold from the mine to the refiner). Even if the raw gold delivered to the accused could have been analysed as to its specific composition, reference samples from the mines of the Democratic Republic of the Congo would have been missing which alone would have made positive identification of the origin of the gold possible. Therefore determination of the origin of the gold could no longer have been thwarted by this refining process.

6.2. Acts of thwarting in the accounts department

Likewise no evidence could be found in the accounts of [ARGOR-HERAEUS] that the accused thwarted or tried to thwart identification of the origin, retrieval or confiscation of the gold. The gold accounts of [ARGOR-HERAEUS], kept precisely to more than just the gramme, [REDACTED] contain details of the delivery, refining and shipping of gold for each client. The refining processes and corresponding accounting entries are transparent and individually traceable. The reference codes provided by the clients of

[ARGOR-HERAEUS] on deliveries of raw gold (in the case of [HUSSAR] e.g. ALBA, JONY, with other clients they were combinations of numbers and/or letters) were always adopted without change, thus maintaining a paper trail without gaps. Hence an adequate act of money laundering is not given.

6.3. Act of thwarting through negligence

However, money laundering could have been committed through negligence, if the accused carried out an obligation to act. According to the adjudication of the Federal Court, such an obligation can derive not only from the Money Laundering Act but also from internal rules (BGE 136 IV 188, E. 6.2.2).

In its internal regulations dated 30 August 2004 [ARGOR-HERAEUS] specified compliance with a certain duty of care deriving from the *Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor* (Federal Act on Combating Money Laundering in the Financial Sector) as well as the *Edelmetallkontrollgesetzgebung des Bundes* (Swiss Precious Metals Control Act). These regulations were declared to apply to trade with and the melting of precious metals as well as to services provided in this connection. Persons entrusted or responsible for the trade with and melting of precious metals are prohibited by these regulations from accepting or storing assets originating from wrongful acts or helping to invest or transfer them. Special obligations for clarification apply in the case of unusual transactions or if there are indications that assets derive from a criminal act (cf. Internal Rules of [ARGOR-HERAEUS] Nos. 1-5). If there is any doubt as to the legal origin of the metal for melting which cannot be allayed by declarations of the contracting party, the business relationship must be rejected (ibid., no. 10). Special obligations for clarification apply to the account executive responsible, who must provide orientation to the head of the Money Laundering Reporting Office (ibid., no. 14). Therefore all those responsible for melting precious metals were required to clarify in depth the background and unusual details as well as to verify the information of the client on the origin of the assets. Hence they had an affirmative obligation to act in the sense of the above-mentioned jurisdiction.

The information given by [UGANDA COMMERCIAL IMPEX] and [HUSSAR] on the origin of the gold, namely, that it had been exported and imported for years from that area to Uganda, should have raised doubts on the part of [ARGOR-HERAEUS]. In particular, those responsible should have clarified the origin of the gold due to the specific indications that the place of origin of the gold was

not Uganda and should have ensured that it was not the result of a crime. Nevertheless, on resumption of business relations with [HUSSAR], according to its own statement, [ARGOR-HERAEUS] only verified identification of its client [HUSSAR] in order to identify the beneficial owner and plausibility of the transaction. It failed to verify the origin of the gold, even though in-house regulations so required in the face of doubts as to the origin of the metal at the latest when it became valid at the end of August 2004 (ibid., no. 14 d). If [ARGOR-HERAEUS] had complied with these self-imposed obligations for verification, it should have inquired of [HUSSAR] where the gold came from and be able to draw the conclusion that it was in all probability looted goods. The accused should not have accepted the information on its origin as the "region of Uganda".

Furthermore, it was known from publicly available sources, at the time when business relations with [HUSSAR] were resumed, that gold traded in Uganda was almost exclusively looted in eastern Congo. Due to its many years of activity in gold processing [ARGOR-HERAEUS] should have known that Uganda itself is poor in gold ore and has scarcely exported any of its own gold since its active participation in the conflict in the Democratic Republic of the Congo (cf. Global Witness, *Same Old Story: A background study on natural resources in the Democratic Republic of Congo*, June 2004, p. 32 et seqq.).

However, what the accused knew or what information was positively forced on it and how it handled that information is relevant for a criminal charge of money laundering through negligence. For example, in a case decided before the Federal Court, the massive capital growth of a bank customer could not be explained plausibly in economic terms and the branch manager neglected to request further information on the origin of the assets or to undertake verification by his own efforts, despite multiple interventions by his own staff and by the external audit office. On several occasions he ignored specific indications as to a dubious origin of the monies (BGE 136 IV 188, E. 6.3.3 et seq.).

The documentation of the business relations of [ARGOR-HERAEUS] with [HUSSAR] did not contain, as already stated, any specific indications of an illegal origin of the gold. Nor do the seized documents indicate that the accused had any doubts or identified any indications as to the criminal origin of the gold when business relations were re-opened with [HUSSAR] (in April 2004). In fact the documents prove that the accused was satisfied with the information provided by [HUSSAR] who staved off inquiries on the origin of the gold in 2004 with the arguments that its gold suppliers were trading companies licenced and monitored by the state and active in the field for decades.

6.4. Conclusion

Therefore the charge of money laundering could not be substantiated. Firstly, there is no appropriate act of thwarting; secondly there is no indication regarding money laundering through negligence via intentionally ignoring indications. Therefore the case must be dismissed on this point also.

7. Confiscation

All material confiscated during the search of the premises on 4 November 2013 shall be released and restored to the owner.

8. Telephone surveillance

This order of dismissal acts as notification for the technical surveillance measures (see above, no. 2) in the sense of Art. 279 StPO and opens the corresponding appeal period.

9. Costs

The costs of the proceedings are composed of a charge to the amount of CHF 2,000 and expenses of CHF 10,156 and shall be borne by the Federation (Art. 422 et seqq. StPO; Art. 6 (4) (b) BStKR).

10. Compensation

If the case is abandoned, the accused is entitled to damages and compensation (Art. 429 (1) StPO). The accused were informed of this right in the letter dated 19 January 2015. They did not lodge a claim.

11. Service

This decree shall be disclosed to the accused by the defence counsel. When it enters into effect a copy shall go to the Legal Service of the Federal Prosecutor's Office and to the person responsible at the Federal Criminal Police.

In application of Art. 108 and 109 aMStG in conjunction with Art. 4 (2) (g) Additional Protocol to the Geneva Convention dated 12 August 1949 relating to the protection of victims of non-international armed conflicts; 12, 25 and 305^{bis} StGB; 279, 319 et seqq. and 422 et seqq. StPO; 73 StBOG; 6 (4) (b) BStKR it is decreed:

1. The criminal proceedings against [UNKNOWN VICE-PRESIDENT OF ARGOR] , unknown, and [ARGOR-HERAEUS] liable in the second degree on suspicion of abetting war crimes and money laundering, allegedly committed from July 2004 to June 2005, by refining raw gold looted in the Democratic Republic of the Congo, are dismissed.
2. The objects confiscated during the search of the premises on 4 November 2013 shall be released and restored to the owner.
3. The accused are informed that from 4 to 8 and on 14 November 2013 respectively surveillance of the telephone numbers [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] and [REDACTED] was carried out.
4. The party bringing the charges shall be informed in a separate communication that the criminal proceedings against the accused have been dismissed.
5. The costs of the proceedings with a charge of CHF 2,000 and expenses of CHF 10,156 shall be borne by the Federal Treasury.
6. This decree shall be disclosed to the accused by the defence counsel (by registered mail):
 - Attorney-at-Law Stefan RECHSTEINER, [REDACTED], [REDACTED], for [UNKNOWN VICE-PRESIDENT OF ARGOR],
 - Attorney-at-Law Dieter GYSIN, [REDACTED], [REDACTED] for [ARGOR-HERAEUS].
7. When this decree enters into effect a copy shall go to:
 - Legal Service of the Federal Prosecutor's Office with the date of legal validity,
 - Federal Criminal Police Office, to be forwarded to the official in charge.

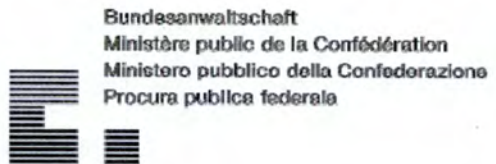
Federal Prosecutor's Office

Andreas Müller
Federal Public Prosecutor

Legal remedy

Persons whose telephone numbers or postal addresses were under surveillance or who used the telephone numbers or postal addresses under surveillance can submit a complaint to the Federal Criminal Court according to Art. 393-397. The period of 10 days for lodging a complaint starts with reception of the notification (Art. 279 (3) StPO).

A justified appeal against dismissal of the proceedings can be lodged in writing with the board of appeal at the Federal Criminal Court (Bundesstrafgericht), P.O. Box 2720, 6501 Bellinzona in accordance with Art. 322 (2) StPO within 10 days from reception of notification.



Staatsanwalt des Bundes:
Juristische Mitarbeiterin:
Protokollführerin:
Verfahrensnummer:
Bern, 10. März 2015

Andreas Müller
[Redacted]
SV.13.1374-MUA

Einstellungsverfügung Art. 319 ff. StPO

In der Strafuntersuchung

Beschuldigte Personen	A. _____, geb. _____ wohnhaft _____, _____ _____, verteidigt durch Rechtsanwalt Stefan RECHSTEINER, _____ _____, _____, Unbekannt, und B. _____, (subsidiär), _____, _____, verteidigt durch Rechtsanwalt Dieter GYSIN, _____, _____ _____.
Straftatbestände	Verdacht der Geldwäscherei und Gehilfenschaft zu Kriegsverbrechen durch Plünderung
In Anwendung von	Art. 12, 25 und 305 ^{bis} StGB; 108 und 109 aMStG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 lit. g Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte; Art. 279, 319 ff. und 422 ff. StPO; Art. 73 StBOG; Art. 6 Abs. 4 Bst. b BStKR
Begründung	Prozessgeschichte

1. Anzeige

Die Nichtregierungsorganisation Track Impunity Always (TRIAL) mit Sitz in Genf erstattete am 30. Oktober 2013 Strafanzeige gegen die Firma B. _____ mit Sitz in _____. Sie warf der B. _____ vor, von Juli 2004 bis Juni 2005 geplündertes Golderz (sogenanntes Rohgold oder Rohbarren) aus der an Uganda angrenzenden Region Ituri im Nordosten der Demokratischen Republik Kongo in der Schweiz für die C. _____ mit Sitz in _____ im Wissen um dessen illegale Herkunft

Bundesanwaltschaft BA
[Redacted]
Taubenstrasse 16, 3003 Bern
Tel. _____, Fax _____
www.bundesanwaltschaft.ch

eingeschmolzen und zu Feingold verarbeitet zu haben.

Aus den umfangreichen Beilagen zur Strafanzeige geht hervor, dass die bewaffnete Miliz *Front des nationalistes et intégrationnistes* (FNI) von Mai 2003 bis mindestens April 2005 das Gebiet um die Stadt Mongbwalu und damit der „Goldschürf-Konzession Nr. 40“ in der ost-kongolesischen Region Ituri kontrollierte und aus dem widerrechtlichen Abbau von Golderz beträchtliche Erlöse erzielte, welche zur Beschaffung von Waffen und Finanzierung militärischer Operationen eingesetzt worden seien. Das illegal abgebaute Golderz sei durch die Lufttransportfirma eines im Goldhandel tätigen kongolesischen Geschäftsmannes namens D._____ illegal nach Uganda exportiert und dort an die Firma E._____ verkauft worden. Die E._____ habe ihrerseits das Erz der Goldhandelsfirma C._____ mit Sitz in _____ weiterverkauft, welche Golderz im Gesamtumfang von rund drei Tonnen von Juli 2004 bis Ende Mai 2005 durch die B._____ zu Feingold verfeinern und anschliessend an Banken ausliefern liess.

Referenzcodes (wie z.B. ALBA und JONY), die in der Geschäftsbeziehung zwischen der E._____ und der C._____ verwendet wurden, belegten die illegale Herkunft des Goldes. Zudem seien verschiedene Angestellte von C._____ spätestens im Oktober 2004 durch eine Vertreterin einer UNO-Expertengruppe ausdrücklich über die illegale Herkunft des Goldes in Kenntnis gesetzt worden. Aus den Begleitdokumenten zu den Goldlieferungen aus Uganda an die B._____, welche Export- und Importlizenzen der Demokratischen Republik Kongo enthalten haben sollen, sei die ursprüngliche Herkunft des Goldes klar ersichtlich gewesen. Die B._____ habe daher um die illegale Herkunft des von ihr verarbeiteten Goldes wissen müssen. Die Verarbeitung des Golderzes zu Feingold durch die B._____ habe es unmöglich gemacht, die kriminelle Herkunft des Rohstoffs zu erkennen. Sie habe sich daher wegen Kriegsverbrechen und Geldwäscherei strafrechtlich zu verantworten.

2. Verfahrenseröffnung und Beweiserhebungen

Die Bundesanwaltschaft eröffnete nach Prüfung der Anzeige am 1. November 2013 eine Strafuntersuchung gegen A._____ als Vizepräsident der B._____, unbekannte Täterschaft, und subsidiär die B._____, wegen Verdachts der Geldwäscherei (Art. 305^{bis} Ziff. 2 StGB im Zusammenhang mit Kriegsverbrechen) und Gehilfenschaft zu Kriegsverbrechen durch Plünderung (Art. 108 und 109 aMStG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 lit. g Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte).

Am 4. November 2013 durchsuchte die Bundeskriminalpolizei den Sitz der beschuldigten Firma an der _____ in _____. Dabei wurden umfangreiche Unterlagen zur Kundenbeziehung C._____ und der firmeninternen Compliance-Abteilung sichergestellt bzw. fo-

rensisch gespiegelt, wo es sich um elektronische Daten handelte. Zeitgleich ordnete die Bundesanwaltschaft die echtzeit Telefonüberwachung der auf die B. _____ registrierten Rufnummern _____, _____, _____ und _____ an, weil davon ausgegangen werden musste, dass die Hausdurchsuchung beweiserlevante Telefonkontakte zwischen Verdächtigten provozieren könnte. Diese Überwachungsmassnahmen genehmigte das Kantonale Zwangsmassnahmengericht Bern mit Entscheid vom 5. November 2013. Die Telefonkontrollen wurden am 8. November 2013 für die Anschlüsse _____ und _____ sowie am 14. November 2013 für die Anschlüsse _____ und _____ aufgehoben. Sie blieb für alle Anschlüsse ergebnislos.

3. Rechtshilfeersuchen an das Ausland

Nachdem bekannt wurde, dass die Metropolitan Police in London ebenfalls Abklärungen zum gleichen Tatvorwurf aber mit Fokus auf die C. _____ unternommen hatte, ersuchte die Bundesanwaltschaft die Central Authority des UK Home Office am 4. November 2014 rechtshilfeweise um Einsicht in die relevanten polizeilichen Ermittlungsakten. Die Vollzugsakten gingen am 2. Februar 2015 bei der Bundesanwaltschaft ein.

4. Verfahrensabschluss

Mit Schreiben vom 19. Januar 2015 wurde den Beschuldigten der Abschluss des Verfahrens angekündigt und bis 6. Februar 2015 Frist zur Stellung allfälliger Beweisanträge und zur Geltendmachung von Entschädigungen und Genugtuung gesetzt. A. _____ wie auch die B. _____ verzichteten innert Frist auf Beweisanträge sowie Entschädigungen und Genugtuung.

Verfahrenseinstellung

5. Vorwurf der Helferschaft zur Plünderung als Kriegsverbrechen

5.1. Plünderung als Kriegsverbrechen

Der hier interessierende Art. 264g Abs. 1 Bst. c StGB (Plünderung als verbotene Methode der Kriegsführung) trat am 1. Januar 2011 und damit nach den inkriminierten Tathandlungen in den Jahren 2004/2005 in Kraft. Es gilt das Rückwirkungsverbot von Art. 2 StGB (Botschaft über die Änderung von Bundesgesetzen zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 23. April 2008, BBl 2008 3912). Der angezeigte Sachverhalt ist daher aus dem Blickwinkel der damals geltenden Art. 109 Abs. 1 aMStG i.V.m. Art. 4

Abs. 2 lit. g Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (ZP II; SR 0.518.522) zu würdigen, deren Tatbestandselemente mit heutigem Recht identisch sind und erst noch tiefere Strafen androhen.

Damit diese Bestimmungen überhaupt angewendet werden können, muss die Plünderung im Rahmen eines nicht internationalen bewaffneten Konflikts begangen worden sein, der dann vorliegt, wenn eine Auseinandersetzung eine gewisse Intensität erreicht und die Konfliktparteien einen gewissen Organisationsgrad aufweisen (ICTY, *The Prosecutor v. Ljube Boškoski and Johan Tarčulovski*, Judgement, 10. Juli 2008, IT-04-82-T, Rz 175 ff.). Die am Konflikt teilnehmenden bewaffneten Gruppen müssen unter einer verantwortlichen Führung stehen und aufgrund ihrer Organisation im Stande sein, anhaltende und koordinierte militärische Operationen zu planen und durchzuführen (Art. 1 Abs. 1 ZP II; BSK Strafrecht II-FIOLKA/ZEHNDER, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 264b N 24 f.).

5.1.1. Bewaffneter Konflikt und Organisationsgrad der Konfliktparteien

Der Internationale Strafgerichtshof qualifizierte die Situation in Ituri von 1999 bis Juli 2003 als eine Besatzung durch Uganda, unter welcher zumindest von Juli 2002 bis Juni 2003 zeitgleich internationale und nicht internationale bewaffnete Konflikte stattfanden. Auch nach Errichtung der kongolesischen Übergangsregierung im Juli 2003 sei in der Region Ituri bis Dezember 2003 ein nicht internationaler bewaffneter Konflikt ausgetragen worden, insbesondere durch die Kämpfe um die Stadt Mongbwalu. Bereits zu diesem Zeitpunkt sei der FNI Konfliktpartei gewesen (ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, Judgement, 7. März 2014, ICC-01/04-01/07, Rz 1206 ff.; ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Judgement, 14. März 2012, ICC-01/04-01/06, Rz 524 und Rz 536 ff.). Für September 2004 berichtet die UN über eine drastische Verschlechterung der Sicherheitslage, nachdem bewaffnete Gruppen Angriffe gegen die Zivilbevölkerung begangen hätten (UN Security Council, *Sixteenth report of the Secretary-General on the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo*, UN Doc. S/2004/1034, 31. Dezember 2004, Rz 11 ff.; Médecins Sans Frontières, *Nothing New in Ituri: The Violence Continues*, August 2005, S. 7 ff., abrufbar unter www.kongokinshasa.de/dokumente/ngo/msf_0508.pdf). An militärischen Auseinandersetzungen zwischen bewaffneten Gruppierungen in der Region Ituri in der Zeit von Dezember 2004 bis 15. März 2005 beteiligte sich auch der FNI (UN Security Council, *Seventeenth report of the Secretary-General on the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo*, UN Doc. S/2005/167, 15. März 2005, Rz 11 ff.). Es gelang den staatlichen Behörden bis August 2005 zwar, in der Region wieder Fuss zu fassen. Die Lage blieb aber instabil und namentlich die Schürfgebiete befanden sich noch unter der Kontrolle

bewaffneter Rebellengruppen, namentlich des FNI (UN Security Council, *Eighteenth report of the Secretary-General on the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo*, UN Doc. S/2005/506, 2. August 2005, Rz 21 ff.).

Nach Ansicht des Internationalen Strafgerichtshofs verfügte der FNI über einen gewissen Organisationsgrad. Er sei eine in 2002 unter diesem Namen bekannt gewordene, organisierte bewaffnete Gruppierung der Lendu-Ethnie gewesen, die der von Uganda unterstützten *Force de résistance patriotique en Ituri* (FPRI) nahestand. Er sei hierarchisch aufgebaut und in der Lage gewesen, militärische Operationen zu planen und auszuführen (ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of charges, 26. September 2008, ICC-01/04-01/07, Rz 14; ebenso ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the confirmation of charges, 29. Januar 2007, ICC-01/04-01/06, Rz 237). Nach Angaben der UN kämpften der FNI und die *Forces Armées du Peuple Congolais* um die Kontrolle von Zollposten und Goldminen (UN Security Council, *Third special report of the Secretary-General on the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo*, UN Doc. S/2004/650, 16. August 2004, Rz 30). Wegen der hohen Einnahmen seien insbesondere die Minen in Mongbwalu hart umkämpft (UN Group of Experts concerning the Democratic Republic of the Congo, *Report of the Group of experts submitted pursuant to resolution 1552 (2004)*, UN Doc. S/2005/30, 4. Januar 2005, Rz 127 ff.).

Die wiederholten Auseinandersetzungen im Kongo und insbesondere in der Region Ituri waren demnach keine vereinzelt auftretenden Gewalttaten von unorganisierten Räuberbanden. Mindestens bis zum 2 August 2005 (Datum des letzten hier interessierenden UN-Berichts) muss die dortige Situation daher als andauernder bewaffneter nicht internationaler Konflikt betrachtet werden, auf welchen die Genfer Konventionen und ihre Zusatzprotokolle zur Anwendung kommen.

5.1.2. Plünderung

Der Begriff der Plünderung im Sinne von Art. 4 ZP II setzt voraus, dass der Täter dem Berechtigten für einen nicht unerheblichen Zeitraum eine Sache gegen oder ohne dessen Willen entzieht, in der Absicht, sich die Sache für den privaten oder persönlichen Gebrauch anzueignen (WERLE, *Völkerstrafrecht*, 3. Auflage, Tübingen 2013, Rz 1114). Er umfasst organisierte Plünderungen wie auch Einzelakte (IKRK, Kommentar zum Zusatzprotokoll II, abrufbar unter www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/475?OpenDocument, Rz 4542). Charakteristisches Merkmal ist, dass der Täter sich die fremde Sache unter Ausnutzung der umständehalber geminderten Schutzmassnahmen des Berechtigten aneignet (POPP, Kommentar zum Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927: Besonderer Teil, St. Gallen 1992, Art. 139 N 7). Teilweise wird zusätzlich gefordert, dass bei der Plünderung ein

Moment der Gewaltanwendung erfolgen müsse (ICTY, *Musić et. al*, Judgement, 16. November 1998, IT-96-21-T, Rz 591). Tatobjekt kann sowohl staatliches als auch privates Eigentum sein (IKRK, Kommentar zum Zusatzprotokoll II, a.a.O., Rz 4542).

Nach dem kongolesischem Bergbaurecht vom 11. Juli 2002 ist Golderz als verbundene natürliche Ressource grundsätzlich Staatseigentum. Diejenigen, die eine Berechtigung zum Abbau erwerben, werden am Extrakt Eigentümer (Art. 3 und 64 ff. Code Minier vom 11.07.2002, abrufbar unter www.mines-rcd.cd/fr/documents/codeminer_fr.pdf). Die Berechtigung zum kommerziellen wie auch handwerklichen Abbau wird von der zuständigen staatlichen Behörde an natürliche und juristische Personen vergeben (a.a.O., Art. 5). Die vergebenen Abbaulizenzen werden in einem staatlichen Register vermerkt (a.a.O., Art. 12). Firmen, die Lizenzen zum kommerziellen Abbau erhalten, sind verpflichtet, 5% ihres registrierten Kapitals an die Regierung zu übertragen (a.a.O., Art. 71). Handwerkliche Mineure bezahlen zum Erhalt ihrer Lizenzen einen festen Betrag, welcher über Richtlinien festgesetzt wird (a.a.O., Art. 111). Die Weiterverarbeitung des handwerklich abgebauten Golderzes bedarf einer zusätzlichen ministeriellen Lizenz (a.a.O., Art. 113). Der legale Export von Rohgold zur Verarbeitung im Ausland erfordert ebenfalls eine Autorisation durch den Minister (a.a.O., Art. 85).

Gemäss Berichten der UN-Expertenkommission und von Nichtregierungsorganisationen verloren die zur Vergabe von Berechtigungen zuständigen kongolesischen Behörden bereits vor 2004 die Kontrolle über den Goldabbau im Ostkongo. Insbesondere das Goldabbaugebiet rund um Mongbwalu, für welches die Konzession 40 vergeben wurde, war bereits im Jahre 1997 durch Rebellengruppen besetzt worden. Diese kämpften ab August 1998 (Beginn des 2. Kongokrieges) um die Kontrolle über die Region Ituri (ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, Judgement, 7. März 2014, ICC-01/04-01/07, Rz 432 ff.). Der staatliche Kontrollverlust entwickelte sich parallel zur Intensität des Konflikts, der durch die illegale Ausbeutung der Minen und durch Erhebung von Zöllen auf Gold und Diamanten finanziert wurde (UN Panel of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and other Forms of Wealth of the DRC, UN Doc. S/2003/1027, 15. Oktober 2003, Rz 44-46; International Peace Information Service, *The Political Economy of Resource Trafficking in the DRC*, September 2003, S. 55). Bis mindestens August 2005 ermöglichte dieser staatliche Kontrollverlust über die Region Ituri den bewaffneten Gruppen, ihre eigene Kontrolle über die militärische wie zivile Verwaltung auszuüben und dadurch ihre eigenen Interessen zu verwirklichen (UN Group of Experts concerning the Democratic Republic of the Congo, *Report of the Group of experts submitted pursuant to resolution 1552 (2004)*, UN Doc. S/2005/30, 4. Januar 2005, Rz 26; ebenso UN Commission on Human Rights, *Report submitted by the independent expert on the situation of human rights in the Democratic Republic of the Congo, Mr. Titinga Frédéric Pacéré*, UN Doc.

E/CN.4/2006/113, 15. Februar 2006, Rz 67).

Dokumente, welche der FNI der UN Expertenkommission übergeben hat, bestätigen ebenfalls, dass der FNI im tatrelevanten Zeitraum die Kontrolle über die Goldminen in Mongbwalu übernommen hatte. Er errichtete quasi-staatliche Strukturen, die neben militärischen auch zivile Verwaltungseinheiten umfassten. Das FNI-eigene *Commissariat aux Mines et Energy* [sic] war verantwortlich für die Überwachung des handwerklichen Goldabbaus. Es vergab die entsprechenden Bewilligungen unter der Bedingung, dass Mineure USD 1 pro Tag an den FNI zum Betreten der Minen bezahlen und 30% ihrer Extrakte an den FNI abgeben mussten. Im August 2004 stellte diese Besteuerung des Goldabbaus die grösste Einnahmequelle des FNI dar (UN Group of Experts concerning the Democratic Republic of the Congo, *Report of the Group of experts submitted pursuant to resolution 1616 (2005)*, UN Doc. S/2006/53, 23. Dezember 2005, Rz 89 ff.). Nach Schätzungen von Nichtregierungsorganisationen nahm der FNI hierüber zirka USD 20'000 monatlich ein. Den Berichten zufolge setzte der FNI zudem Zwangsarbeiter und Kinder ein, um das Minengut zu transportieren. Den örtlich zuständigen Behörden gelang es nicht, diese parallelen Strukturen zu beseitigen (Human Rights Watch, *The Curse of Gold: Democratic Republic of Congo*, Juni 2005, S. 51-57).

Das erbeutete Gold wurde gemäss den Berichten über Mongbwalu exportiert und in den internationalen Goldhandel eingebracht. Die UN-Expertenkommission bestätigte im Juli 2005 insbesondere, dass der Goldexport von Mongbwalu nach Uganda in den Händen von rund zwei Dutzend kongolesischen Händlern war, die in regelmässigen Abständen Flüge von Ituri nach Kampala organisierten. Der bedeutendste unter ihnen war der mittlerweile verstorbene D._____, Eigentümer der F._____. Er exportierte für den FNI alle 10 Tage rund 50 kg Gold, ohne hierfür je von staatlichen Behörden eine Lizenz gehabt zu haben. Er habe die Landeerlaubnis direkt vom FNI erhalten unter der Bedingung, dass er für den FNI Gold von Mongbwalu ins ugandische Kampala transportiere. In Uganda verkaufte D._____ das Gold an die E._____ (vgl. UN Security Council Committee Press Release, *Sanctions Committee Concerning Democratic Republic of Congo Adds Two Individuals, Five Entities to Assets Freeze, Travel Ban List*, UN Doc. SC/8987, 29. März 2007; UN Group of Experts concerning the Democratic Republic of the Congo, *Report of the Group of experts submitted pursuant to resolution 1552 (2004)*, UN Doc. S/2005/30, 4. Januar 2005, Rz 128 f. und UN Group of Experts concerning the Democratic Republic of the Congo, *Report of the Group of experts submitted pursuant to resolution 1596 (2005)*, UN Doc. S/2005/436, 26. Juli 2005, Rz 78 ff.).

Der Abbau und der Handel des Golderzes unter diesen Bedingungen erfolgten somit gegen den Willen und ohne Berechtigung der staatlichen Behörden. Der Einsatz von Gewalt war zudem verbreitet, weshalb das Vorgehen der FNI als Plünderung im Sinne von Art. 4 lit. g

ZP II zu erachten ist.

Der Goldabbau ist für die meisten Bewohner von Ituri die einzige Einnahmequelle und es wird die Tagesausbeute (wenn es denn eine gibt) zur Deckung des Lebensunterhaltes abends an lokale Händler verkauft, die das Gold einer ersten Abscheidung (Salpetersäure) unterziehen. Diese wiederum verkaufen an Zwischenhändler, die das Gold nach Uganda schmuggeln und dort an Grosshändler verkaufen. Dort wird das Gold in Barren gegossen und geht dann als Rohgold (Gold Doré) an Raffinerien in der ganzen Welt. Gold ist in diesem Handel Zahlungsmittel und Konsumgüter (Kaffee, Zucker, Öl) aus Uganda für die Menschen im Ostkongo folgen den gleichen Transportwegen wie das Gold, in umgekehrter Richtung. Der Tausch von Gold aus Ituri gegen Konsumgüter aus Uganda ist ein ständiger Kreislauf und auch die ugandischen Grosshändler sind auf einen raschen Absatz des Gold Doré angewiesen, um ihren Verpflichtungen gegenüber den Zwischenhändlern bzw. den Lieferanten von Konsumgütern nachzukommen. Zudem wird der Erlös aus dem illegalen Goldabbau bzw. aus der Erhebung von Steuern und Abgaben darauf von den jeweils herrschenden Rebellen Gruppen zur unmittelbaren Finanzierung ihres Kampfes benötigt (*Same Old Story: A background study on natural resources in the Democratic Republic of Congo*, Global Witness, Juni 2004, S. 32 ff., abrufbar unter www.kongo-kinshasa.de/dokumente/ngo/GW_0704.pdf; International Peace Information Service Report: *The Political Economy of Resource Trafficking in the DRC*, 09.2003, p. 12 ff., abrufbar unter http://ipisresearch.eu/publications_detail.php?id=365; *Escaping the Conflict Trap: Promoting Good Governance in the Congo*, International Crisis Group, Africa Report N°114, 20. Juli 2006, S. 6 ff., abrufbar unter www.crisisgroup.org/en/regions/africa/central-africa/dr-congo/114-escaping-the-conflict-trap-promoting-good-governance-in-the-congo.aspx). Daraus folgt, dass das von C. _____ gekaufte und von B. _____ raffinierte Gold zu einem zwar nicht klar bestimmbar aber zeitnah vor der Raffination liegenden Zeitpunkt illegal geschürft wurde.

5.1.3. Zusammenhang Plünderung und bewaffneter Konflikt

Um eine Tat als Kriegsverbrechen zu qualifizieren, muss der bewaffnete Konflikt für die Fähigkeit des Täters, das Verbrechen zu begehen oder für die Art und Weise der Begehung, oder für den Zweck der Tat von wesentlicher Bedeutung sein. Ein solcher Zusammenhang zwischen der Tat und dem bewaffneten Konflikt ist regelmässig dann zu bejahen, wenn die Tat einer Konfliktpartei zuzurechnen ist oder von ihr angeordnet bzw. geduldet wurde (WERLE, *Völkerstrafrecht*, 3. Auflage, Tübingen 2013, Rz 971-976). Gemäss den obigen Ausführungen steht ausser Frage, dass die Plünderungen durch den FNI in einem direkten, funktionalen Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt in Ituri standen. Der FNI war Konfliktpartei und die Plünderungen dienten gerade dazu, die finanziellen Mittel und materiellen Bedürfnisse des FNI zu sichern, weshalb ein Nexus zwischen der Tat und dem Konflikt besteht.

Dass die Beschuldigten direkt an den Plünderungen beteiligt gewesen

seien, wird in der Anzeige zu Recht nicht behauptet und es liessen sich in der Untersuchung keinerlei Hinweise darauf finden. In der Literatur wird aber teilweise die Ansicht vertreten, auch der vorsätzliche Erwerb von illegal ausgebeuteten natürlichen Ressourcen über Intermediäre stelle eine rechtswidrige Aneignung und damit eine Plünderung dar. Zur Annahme der Täterschaft sei die Teilnahme an der ersten rechtswidrigen Aneignung nicht notwendig. Es genüge eine sukzessive rechtswidrige Aneignung (James STEWART, *Corporate War Crimes: Prosecuting the Pillage of Natural Resources*, New York 2012, Rz 44 ff.). Wie ausgeführt, raffinierten die Beschuldigten das Gold der C._____ im Auftragsverhältnis und leiteten es an die bezeichneten Abnehmer weiter. Selbst wenn man der Ansicht STEWARTS folgen würde, kämen die Beschuldigten als Täter nicht in Frage, da sie das Gold im rechtlichen Sinne nie erwarben. Es kann hier offen bleiben, ob nach dieser Interpretation die E._____ und C._____ auch als Plünderer zu erachten sind, da nach Kenntnis der Bundesanwaltschaft (zumindest zurzeit) keine der nach dieser Ansicht als Plünderer zu verdächtigenden Personen oder Firmen der Schweizer Gerichtsbarkeit unterstehen.

5.1.4. Zusammenfassung

Obenstehende Erwägungen zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass zum Tatzeitpunkt in den Goldabbaugebieten in Ituri ein nicht internationaler bewaffneter Konflikt tobte, in dessen Kontext ohne jegliche staatliche Kontrolle Gold abgebaut wurde, weshalb das nach Uganda exportierte Gold mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit illegal geschürft worden war. Wegen dem nahen zeitlichen Konnex muss davon ausgegangen werden, dass auch das von den Beschuldigten für die C._____ raffinierte Gold geplündert wurde. Eine direkte Tatteilnahme wurde weder angezeigt noch ist eine solche ersichtlich, weshalb eine allfällige Helferschaft dazu zu prüfen ist.

5.2. Helferschaft zur Plünderung

Wer zu einem Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich Hilfe leistet, wird milder bestraft (Art. 25 StGB). Die Hilfeleistung eines Gehilfen braucht nicht *conditio sine qua non* für den Erfolgseintritt zu sein, die blosser Förderung der Tat genügt. Die Unterstützung muss tatsächlich zur Straftat beigetragen haben, ihre praktischen Erfolgchancen erhöhen und sich in diesem Sinne als kausal erweisen. In Frage kommen grundsätzlich physisch-technische als auch intellektuelle Beihilfe (BGE 121 IV 109, 120, E. 3 a; BSK Strafrecht I - FORSTER, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 25 StGB N 8), wobei physische Helferschaft insbesondere die technisch-materielle Unterstützung umfasst (FORSTER, a.a.O., N 21).

Aus den im Rahmen der Hausdurchsuchung sichergestellten Dokumenten geht hervor, dass die E._____ der C._____ in der Zeit von

Juli 2004 bis Juni 2005 Rohgold verkaufte. Die C._____ wies die E._____ an, das Gold auf dem Luftweg von Uganda in die Schweiz zur Verfeinerung an die B._____ zu liefern. Auf diesem Weg gelangten in der Zeit vom 9. Juli 2004 bis 30. Mai 2005 rund 2950 kg Rohgoldbarren in die Schweiz.

Die E._____ bestätigte der C._____ die Übermittlung des Rohgoldes in einer „Proforma Invoice“ mit Menge und Reinheitsgehalt der einzelnen Lieferungen. Die C._____ bezahlte daraufhin 90% des angegebenen Wertes an die E._____. Nach Eingang des Goldes überprüfte die B._____ die von der E._____ gemachten Angaben bezüglich Gewicht und Reinheitsgehalt und bestätigte diese der C._____. Nach Raffination ermittelte die B._____ die exakte Feingoldmenge und verschickte das nunmehr am Goldmarkt handelbare Feingold gemäss jeweiligem Auftrag der C._____ an deren Abnehmer, in der Regel als standardisierte Barren an Bankinstitute. Dieser Vorgang ist buchhalterisch nachvollziehbar, da die B._____ für ihre Kunden (Einlieferer wie Abnehmer) so genannte Edelmetallkonten führte, wo die Ein- und Ausgänge in Feingoldgehalt gutgeschrieben bzw. belastet wurden. Wirtschaftlich Berechtigte am verarbeiteten Gold blieb *in concreto* stets die C._____. Diesen Ablauf bestätigte eine durch die Metropolitan Police in London befragte Mitarbeiterin der G._____, einer Tochterfirma der C._____, welche für die Mutterfirma administrative Dienstleistungen erbrachte (Einvernahme _____ vom 4. Juni 2014, S. 3 f.).

Die Aufbereitung des Rohgoldes durch die B._____ zu Feingold mit einem standardisierten Edelmetallgehalt steigerte dessen Wert und machte es auf dem internationalen Goldmarkt erst handelbar. Die Ermittlungen der UN-Expertenkommission belegen, dass erst der Absatz des geplünderten Rohgoldes ins Ausland dem FNI den Einkauf von für die Kriegsführung notwendigen Gütern ermöglichte (UN Group of Experts concerning the Democratic Republic of the Congo, *Report of the Group of experts submitted pursuant to resolution 1616 (2005)*, UN Doc. S/2006/53, 23. Dezember 2005, Rz 89). Die Raffination und damit Wertsteigerung des Rohgoldes durch die B._____ ist somit ursächlich für die Plünderungen durch die FNI, in dem Sinne, dass ohne die Aussicht auf Verarbeitung zu Feingold mit standardisiertem Goldgehalt die Plünderung, der illegale Handel und das Schmuggeln des Rohgoldes für den FNI kein lukratives Geschäft gewesen wäre. Die B._____ leistete somit objektiv Hilfe zu den vor Ort in Ituri begangenen Kriegsverbrechen.

Subjektiv muss der Gehilfe wissentlich und willentlich seinen Tatbeitrag leisten und Kenntnis vom Vorsatz des Haupttäters haben. Der Gehilfe will die Haupttat fördern und nimmt zumindest in Kauf, dass seine Hilfeleistung die Straftat erleichtert. Der Beihilfevorsatz muss sich auf die entsprechenden unrechtsbezogenen Merkmale der Haupttat erstrecken (BSK Strafrecht I - FORSTER, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 25 N 3 ff.). Für die Helferschaft zur Plünderung bedeutet dies, dass die Beschuldigten wussten und wollten, dass die Täter mit

der Absicht handelten, Berechtigte zu enteignen und die Sache zum privaten oder persönlichen Gebrauch zu verwenden (BSK Strafrecht II - KESHELAVA/ZEHNDER, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 264g N 32).

Es gibt in den beschlagnahmten Unterlagen keinerlei Hinweise auf ein Wissen der Beschuldigten um den Vorsatz der FNI und der mit ihr Handel betreibenden Individuen und Firmen. Die Beschuldigten vertrauten auf die Aussagen der C._____, die bei Wiedereröffnung der Geschäftsbeziehung erklärte, dass die E._____ völlig legal arbeite und ein staatlich anerkannter Goldhändler sei, dessen Aktivitäten vom ugandischen Staat gefördert würden. Die E._____ habe gegenüber C._____ bestätigt, „dass das Gold aus der Gegend seit Jahren ex- und nach Uganda importiert würde, von wo aus es regelmässig, offiziell exportiert, zu europäischen und südafrikanischen Raffineuren ginge“ (vgl. interne Notiz der B._____ zur Wiedereröffnung der Kundenbeziehung C._____ vom 7. Mai 2004). Die rechtshilfweise erhaltenen Erklärungen der Mitarbeiterin der Firma G._____, die für die Administration der Geschäftsbeziehung mit der B._____ verantwortlich war, bestätigen, dass selbst auf Seiten der C._____ keine weiteren Abklärungen zur Herkunft der Mineralien getätigt wurden (Einvernahme [REDACTED] vom 4. Juni 2014, S. 5 f.). Andere Anhaltspunkte, anhand derer die Beschuldigten auf eine deliktische Herkunft des angelieferten Goldes und damit auf dessen Plünderung als Kriegsverbrechen hätten schliessen müssen, bestanden ebenfalls nicht.

Entgegen den Angaben in der Strafanzeige fand die Bundesanwaltschaft keine Hinweise darauf, dass die Vertreterin der UNO Expertengruppe Angestellte der C._____ im Oktober 2004 ausdrücklich über die illegale Herkunft des Goldes in Kenntnis setzte und dieses Wissen an die B._____ übermittelt worden war. Aus den rechtshilfweise erhaltenen Dokumenten ergibt sich vielmehr, dass selbst die befragten Mitarbeiter der G._____ davon ausgingen, das Gold stamme aus Uganda und die E._____ wolle ihre Quellen nicht preisgeben, um einen direkten Kontakt zwischen der C._____ und den Goldlieferanten der E._____ zu verhindern (Einvernahme [REDACTED] vom 4. Juni 2014, S. 10). Die von der E._____ vorgegebenen Referenzcodes (z.B. ALBA, JONY) wurden - wie auch bei anderen Kunden - von der B._____ unverändert übernommen und liessen keine Rückschlüsse auf die Herkunft des Rohgoldes zu. Die mit der Strafanzeige eingereichten Export- und Importbewilligungen, welche den Anschein des legalen Goldexports aus der Demokratischen Republik Kongo nach Uganda vermitteln sollten, waren gemäss übereinstimmenden Erklärungen der Mitarbeiter der G._____ gegenüber der Metropolitan Police nicht Bestandteil der von der E._____ an C._____ übermittelten Dokumentation (Einvernahme [REDACTED] vom 4. Juni 2014, S.9 und Einvernahme [REDACTED] vom 16. Juli 2014, S. 3 f.). Die Papiere konnten daher auch der B._____ nicht vorliegen.

Die B._____ hätte allein anhand der bereits in 2004 zur Verfügung stehenden NGO- und UN-Berichte wissen können, dass das aus Uganda angelieferte Rohgold mit grösster Wahrscheinlichkeit im Ost-

kongo geplündert wurde und dort zur Finanzierung des Konflikts diente (vgl. insbesondere Rights & Accountability in Development, *Unanswered questions: Companies, conflict and the Democratic Republic of Congo*, Mai 2004, abrufbar unter <http://www.raid-uk.org/sites/default/files/unanswered-qq.pdf>). Dieses „wissen können“ reicht aber entgegen den Ausführungen der Strafanzeigerin für die Annahme eines (Eventual-)Vorsatzes nicht aus. Dieser setzt, wie bereits ausgeführt, ein gefestigtes Wissen um die Tatumstände voraus. Ob die B. _____ nach ihren eigenen Compliance-Richtlinien Nachfragen zur Herkunft des von der E. _____ angelieferten Goldes hätte stellen müssen, wird in den Erwägungen zur Geldwäscherei erörtert (s. sogleich).

5.3. Schlussfolgerung

Aus den obenstehenden Gründen kann der Vorwurf, die Beschuldigten hätten durch die Raffination von rund 2950 kg sehr wahrscheinlich in der Demokratischen Republik Kongo geplündertem Rohgold von Juli 2004 bis Juni 2005 zur Begehung von Kriegsverbrechen vorsätzlich Hilfe geleistet, nicht aufrechterhalten werden. Das Verfahren ist in diesem Punkt einzustellen.

6. Vorwurf der Geldwäscherei

Nach Angaben in der Anzeige habe die B. _____ durch die Raffination die Herkunftsermittlung des Goldes, das von Rebellen in der Region Ituri illegal abgebaut wurde, vereitelt, was eine Geldwäschereihandlung darstelle.

Tatobjekt der Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB können grundsätzlich alle Vermögenswerte sein, die aus einem Verbrechen i.S.v. Art. 10 Abs. 2 StGB herrühren und der Einziehung (Art. 70 StGB) unterliegen. Unter den Begriff der Vermögenswerte sind alle Gegenstände zu subsumieren, denen überhaupt wirtschaftlicher Wert zukommt, mithin auch das an die B. _____ gelieferte Rohgold.

Der Vorwurf der Geldwäscherei setzt objektiv voraus, dass die inkriminierte Handlung geeignet war, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln. Strafbar ist die Vereitelungshandlung als solche. Der Nachweis einer konkreten Vereitelungsgefahr oder einer gelungenen Vereitelung ist nicht erforderlich (BGE 127 IV 20, E 3a).

6.1. Vereitelungshandlung am Gold

Gemäss den Eingaben der B. _____ im Beschwerdeverfahren BB.2013.173-174 vor Bundesstrafgericht wurde das Rohgold bereits mehrfach verarbeitet bzw. zum Abscheiden der übrigen Mineralien umgeschmolzen und analysiert, bevor es zur Endraffination bei der

B._____ eintraf. Daher hätten die der B._____ angelieferten Rohbarren keine Rückschlüsse mehr auf das Herkunftsland zugelassen. Diese Angaben konnten im Laufe des Strafverfahrens bestätigt werden (s. dazu obenstehende Ausführungen zum Weg des Goldes von der Mine zum Raffineur). Selbst wenn das bei den Beschuldigten angelieferte Rohgold noch auf dessen spezifische Zusammensetzung analysierbar gewesen wäre, würden Referenzproben aus den Minen der Demokratischen Republik Kongo fehlen, die überhaupt erst eine eindeutige Herkunftsbestimmung des Goldes erlaubt hätten. Die Ermittlung der Herkunft des Goldes konnte daher durch dessen Raffination gar nicht mehr vereitelt werden.

6.2. Vereitelungshandlung in der Buchhaltung

Ebenso können der Buchhaltung der B._____ keinerlei Anhaltspunkte entnommen werden, dass die Beschuldigten die Herkunft, Auffindung und Einziehung des Goldes auf andere Weise vereitelten bzw. zu vereiteln versucht hätten. Die mehr als auf das Gramm genau geführte Goldbuchhaltung der B._____ gibt Auskunft über Anlieferung, Raffination und Auslieferung von Gold jedes Auftraggebers. Die Verarbeitungsprozesse und korrespondierende Buchhaltung sind transparent und einzeln nachvollziehbar. Die von den Auftraggebern der B._____ vorgegebenen Referenzcodes zu den Rohgoldlieferungen (im Falle der C._____ z.B. ALBA, JONY, bei anderen Kunden waren es Zahlen- und/oder Buchstabenkombinationen) wurden stets unverändert übernommen und der *Paper Trail* somit lückenlos aufrechterhalten. Eine geeignete Geldwäschereihandlung fehlt somit.

6.3. Vereitelungshandlung durch Unterlassung

Die Geldwäscherei könnte aber durch Unterlassen begangen worden sein, wenn den Beschuldigten eine Pflicht zum Handeln zukam. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann sich eine solche Pflicht zum Handeln für Finanzintermediäre nicht nur aus dem Geldwäschereigesetz sondern auch aus internen Richtlinien ergeben (BGE 136 IV 188, E. 6.2.2).

Die B._____ konkretisierte in ihrem internen Reglement vom 30. August 2004 die Einhaltung bestimmter Sorgfaltspflichten, welche sich aus dem Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor sowie der Edelmetallkontrollgesetzgebung des Bundes ergaben. Dieses Reglement wurde auf den Handel mit und das Schmelzen von Edelmetallen sowie für die in diesem Zusammenhang erbrachten Dienstleistungen anwendbar erklärt. Personen, die mit dem Handel und Schmelzen von Edelmetallen betraut oder dafür verantwortlich sind, ist es gemäss diesem Reglement untersagt, Vermögenswerte, die aus deliktischen Tätigkeiten stammen, anzunehmen oder aufzubewahren oder zu helfen, sie anzulegen oder zu übertra-

gen. Bei ungewöhnlichen Transaktionen oder bei Vorliegen von Anhaltspunkten, wonach Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren, bestehen besondere Abklärungspflichten (vgl. Internes Reglement der B. _____ Ziff. 1-5). Bei Zweifeln an der rechtmässigen Herkunft des Schmelzguts, die durch Abklärungen oder die Vertragspartei nicht ausgeräumt werden können, muss die Geschäftsbeziehung abgelehnt werden (a.a.O., Ziff. 10). Besondere Abklärungspflichten kommen dem zuständigen Kundenbetreuer zu, der den Leiter der Geldwäschereifachstelle über die Ergebnisse der Abklärungen zu orientieren hat (a.a.O., Ziff. 14). Alle für das Schmelzen von Edelmetallen Verantwortlichen waren demnach verpflichtet, vertiefte Abklärungen zu den Hintergründen und ungewöhnlichen Anhaltspunkten vorzunehmen sowie Auskünfte des Kunden über die Herkunft der Vermögenswerte zu verifizieren. Ihnen kam mithin eine Garantenstellung im Sinne der erwähnten Rechtsprechung zu.

Die Angaben der E. _____ und C. _____ zur Herkunft des Goldes, namentlich, dass dieses aus der Gegend seit Jahren nach Uganda ex- und importiert werde, hätten auf Seiten der B. _____ Zweifel hervorrufen müssen. Insbesondere hätten die Verantwortlichen anhand der konkreten Anhaltspunkte, dass das Gold nicht aus Uganda selbst stammte, dessen Herkunft abklären und dabei sicherstellen müssen, dass es nicht aus einem Verbrechen herrührt. Dennoch unternahm die B. _____ bei Wiederaufnahme der Geschäftsbeziehung mit der C. _____ gemäss eigenen Angaben lediglich Abklärungen zur Identifikation ihres Kunden C. _____, zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten und zur Plausibilität des Geschäfts. Sie unterliess Abklärungen zur Herkunft des Goldes, obwohl das hausinterne Reglement dies bei Zweifeln zur Herkunft von Schmelzgut spätestens ab dessen Inkrafttreten Ende August 2004 forderte (a.a.O., Ziff. 14 d). Die B. _____ hätte bei Einhaltung dieser selbstauferlegten Abklärungspflichten bei der C. _____ nachfragen müssen, woher das Gold stammte und daraus den Schluss ziehen können, dass es sich mit grösster Wahrscheinlichkeit um Plündergut handelte. Mit der Herkunftsangabe aus der „Gegend von Uganda“ hätten sich die Beschuldigten nicht zufrieden geben dürfen. Hinzu kommt, dass bei Wiederaufnahme der Geschäftsbeziehung mit der C. _____ aus öffentlich zugänglichen Quellen bereits bekannt war, dass in Uganda fast ausschliesslich im Ostkongo geplündertes Gold gehandelt wurde. Aufgrund ihrer langjährigen Tätigkeit in der Goldverarbeitung hätte die B. _____ auch wissen können, dass Uganda selbst arm an Golderz ist und seit seiner aktiven Teilnahme am Konflikt in der Demokratischen Republik Kongo kaum eigenes Gold exportierte (vgl. Global Witness, *Same Old Story: A background study on natural resources in the Democratic Republic of Congo*, Juni 2004, S. 32 ff.).

Für einen strafrechtlichen Vorwurf der Geldwäscherei durch Unterlassung ist allerdings relevant, was die Beschuldigten wussten bzw. welches Wissen sich ihnen regelrecht aufdrängte und wie sie damit um-

gingen. So war in dem vom Bundesgericht entschiedenen Fall der massive Vermögenszuwachs eines Bankkunden wirtschaftlich nicht plausibel erklärbar und der verantwortliche Filialleiter unterliess es trotz mehrfacher Interventionen von eigenen Mitarbeitern sowie der externen Revisionsstelle, weitere Auskünfte zur Herkunft der Vermögenswerte einzuholen oder selbst entsprechende Abklärungen vorzunehmen. Er missachtete mehrfach konkrete Indizien auf einen zweifelhaften Ursprung der Gelder (BGE 136 IV 188, E. 6.3.3 f.).

Die Dokumentation der Geschäftsbeziehung der B._____ mit der C._____ enthielt, wie bereits erörtert, keine konkreten Hinweise auf eine illegale Herkunft des Goldes. Es geht aus den beschlagnahmten Unterlagen auch nicht hervor, dass die Beschuldigten zum Zeitpunkt der Wiedereröffnung der Geschäftsbeziehung mit C._____ (im April 2004) Zweifel hegten oder Anhaltspunkte für die deliktische Herkunft des Goldes erkannten. Die Dokumente belegen vielmehr, dass sich die Beschuldigten mit den Angaben der C._____ zufrieden gaben, die Rückfragen zur Herkunft des Goldes bereits in 2004 mit den Argumenten abwehrte, ihre Goldlieferanten seien staatlich konzessionierte und kontrollierte Handelsfirmen und seit Jahrzehnten im Geschäft.

6.4. Schlussfolgerung

Der Vorwurf der Geldwäscherei konnte somit nicht erhärtet werden. Einerseits fehlt es an einer geeigneten Vereitelungshandlung, andererseits fehlt es an dem für eine Geldwäscherei durch Unterlassen erforderlichen vorsätzlichen Ignorieren von tatrelevanten Hinweisen. Das Verfahren ist daher auch in diesem Punkt einzustellen.

7. Beschlagnahmen

Sämtliches im Rahmen der Hausdurchsuchung vom 4. November 2013 beschlagnahmte Material wird aus der Beschlagnahme entlassen und den Berechtigten zurückerstattet.

8. Telefonkontrollen

Diese Einstellungsverfügung gilt als Mitteilung der technischen Überwachungsmassnahmen (s. oben, Ziff. 2) im Sinne von Art. 279 StPO und löst die entsprechende Beschwerdefrist aus.

9. Kosten

Die Verfahrenskosten setzen sich zusammen aus einer Gebühr in der Höhe von CHF 2'000 und Auslagen von CHF 10'156 und gehen zu Lasten des Bundes (Art. 422 ff. StPO; Art. 6 Abs. 4 Bst. b BStKR).

10. Entschädigungen

Wird das Verfahren eingestellt, so hat die beschuldigte Person Anspruch auf Entschädigung und Genugtuung (Art. 429 Abs. 1 StPO). Die Beschuldigten wurden mit Schreiben vom 19. Januar 2015 auf diesen Anspruch hingewiesen. Sie machten keine Ansprüche geltend.

11. Zustellung

Diese Verfügung wird den Beschuldigten über ihre Verteidiger eröffnet. Nach Rechtskraft geht eine Kopie an den Rechtsdienst der Bundesanwaltschaft und an den Sachbearbeiter der Bundeskriminalpolizei.

In Anwendung der Art. 108 und 109 aMStG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 lit. g Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte; 12, 25 und 305^{bis} StGB; 279, 319 ff. und 422 ff. StPO; 73 StBOG; 6 Abs. 4 Bst. b BStKR

wird **verfügt**:

1. Das Strafverfahren gegen A._____, Unbekannt, und subsidiär B._____ wegen Verdachts der Gehilfenschaft zu Kriegsverbrechen und der Geldwäscherei, angeblich begangen von Juli 2004 bis Juni 2005, durch Raffination von in der Demokratischen Republik Kongo geplündertem Rohgold, eingestellt.
2. Die anlässlich der Hausdurchsuchung vom 4. November 2013 beschlagnahmten Gegenstände werden aus der Beschlagnahme entlassen und den Beschuldigten rückerstattet.
3. Den Beschuldigten wird mitgeteilt, dass von 4. bis zum 8. resp. 14. November 2013 für die Rufnummern _____, _____, _____ und _____ eine Überwachung durchgeführt wurde.
4. Der Anzeigerin wird mit separatem Schreiben mitgeteilt, dass das Strafverfahren gegen die beschuldigten Personen eingestellt wurde.
5. Die Verfahrenskosten mit einer Gebühr von CHF 2'000 und Auslagen in der Höhe von CHF 10'156 trägt die Bundeskasse.
6. Diese Verfügung wird den Beschuldigten über deren Verteidiger eröffnet (Einschreiben):
 - Rechtsanwalt Stefan RECHSTEINER, _____, für A._____,
 - Rechtsanwalt Dieter GYSIN, _____, für B._____.
7. Eine Kopie dieser Verfügung geht nach Eintritt der Rechtskraft an:
 - Rechtsdienst der Bundesanwaltschaft mit Angabe des Datums der Rechtskraft,
 - Kanzlei der Bundeskriminalpolizei zur Weiterleitung an den zugewiesenen Sachbearbeiter.

Verfahrensnummer: SV.13.1374-MUA

Bundesanwaltschaft

Andreas Müller
Staatsanwalt des Bundes

Rechtsmittel

Personen, deren Fernmeldeanschlüsse oder Postadresse überwacht wurden oder die den überwachten Anschluss oder die Postadresse mitbenützt haben, können Beschwerde beim Bundesstraßengericht nach den Artikeln 393-397 führen. Die Beschwerdefrist von 10 Tagen beginnt mit Erhalt der Mitteilung zu laufen (Art. 279 Abs. 3 StPO).

Gegen die Einstellungsverfügung kann nach Art. 322 Abs. 2 StPO innert 10 Tagen seit der Zustellung oder Eröffnung schriftlich und begründet Beschwerde bei der Beschwerdekammer des Bundesstraßengerichts, Postfach 2720, 6501 Bellinzona, erhoben werden.

Appendix 5

Macaluso, "Art. 102 CP" – paragraphs 1-3 and 61-63

Commentaire romand, Code pénal I, Helbing Lichtenhahn 2017

I. Introduction: nature and application of the provision

1. Breaking with the rule *societas delinquere non potest*, Article 102 SCC introduced the criminal liability of the undertaking – that is, of legal persons and other collective entities – into the Swiss legal order. Article 102 SCC creates a new subject of criminal law – the undertaking – and establishes a new form of criminal liability attaching to it: deficiency [or failure] in organization.
2. Fundamentally, Article 102 SCC is therefore a rule of liability attribution, founded on a particular form of fault. The provision thus determines the conditions under which the undertaking may be pursued for the offence committed. Among those conditions is the deficiency in organization, which is the subjective condition for the attribution of an offence to the undertaking, in the same way as intent and negligence are the subjective conditions for the attribution of the offence to the undertaking. This form of fault, particular to the undertaking, is admittedly founded on material elements (in short, good or poor institutional organization) but does not establish a new offence – and certainly not an offence of poor organization[1] – as the Federal Supreme Court has now held[2] (following, moreover, the Federal Criminal Court[3]). This applies both to the subsidiary liability of Article 102(1) SCC and to the primary or autonomous liability of Article 102(2) SCC. In fact, the undertaking can be liable by reason of being poorly organized only upon the commission of an offence under the special part of the Criminal Code (or of another special statute).
3. Independently of the norm's character as a rule of attribution, it may further be observed that the Swiss legislature adopted a mixed system of corporate liability, combining elements of the subsidiary model and of the direct model. Article 102 SCC establishes two very different forms of criminal liability of the undertaking. The undertaking bears liability that is subsidiary to that of natural persons for the great majority of offences (Art. 102(1) SCC). For certain exhaustively listed offences (Art. 102(2) SCC), the undertaking nonetheless incurs primary liability, independent of or jointly with natural persons. In the context of its subsidiary liability, the undertaking is pursued where, by reason of its organizational deficiency, the offence committed cannot be attributed to any specific natural person. As regards its primary liability, the undertaking is liable for the offence where it can be held responsible for not having taken all the necessary and reasonable organizational measures that could have prevented its commission.

...

A. Offences falling under the Criminal Code

61. The undertaking answers for felonies and misdemeanors. Article 105(1) SCC expressly excludes the pursuit of undertakings in respect of contraventions.
62. Any offence at the level of a felony or a misdemeanor is in principle capable of giving rise to the (subsidiary) liability of the undertaking under Article 102(1) SCC. The requirement that the offence have been committed "within the undertaking" and "in the exercise of commercial activities consistent with its purpose" will, however, limit the scope of application of the provision.
63. The offences capable of giving rise to the primary liability of the undertaking are exhaustively listed in Article 102(2) SCC; they are currently: criminal organization (Art. 260*ter* SCC), financing of terrorism (Art. 260*quinqüies* SCC), money laundering (Art. 305*bis* SCC), bribery of Swiss public officials (Art. 322*ter* SCC), granting an advantage (Art. 322*quinqüies* SCC), bribery of foreign public officials (Art. 322*septies*(1) SCC) and active bribery in the private sector (Art. 322*octies* SCC)[80]. It is likely that this list will be supplemented.

NOTE: Footnote marker [80] has been preserved so that it can be matched against the French original; the footnote text has not been translated.

Commentaire romand Code pénal I

Art. 102 CP

ALAIN MACALUSO, in:

Laurent Moreillon, Alain Macaluso, Nicolas Queloz, Nathalie Dongois

Code pénal I

2e édition, 2021

Helbing Lichtenhahn Verlag, ISBN 978-3-7190-4041-3

Art. 102

Punissabilité

¹ Un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Dans ce cas, l'entreprise est punie d'une amende de cinq millions de francs au plus.

² En cas d'infraction prévue aux art. 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 322^{ter}, 322^{quinquies}, 322^{septies}, al. 1, ou 322^{octies}, l'entreprise est punie indépendamment de la punissabilité des personnes physiques s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction.

³ Le juge fixe l'amende en particulier d'après la gravité de l'infraction, du manque d'organisation et du dommage causé, et d'après la capacité économique de l'entreprise.

⁴ Sont des entreprises au sens du présent titre:

- a. les personnes morales de droit privé;
- b. les personnes morales de droit public, à l'exception des corporations territoriales;
- c. les sociétés;
- d. les entreprises en raison individuelle.

[Deutsche Fassung]

Strafbarkeit

¹ Wird in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen und kann diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden, so wird das Verbrechen oder Vergehen dem Unternehmen zugerechnet. In diesem Fall wird das Unternehmen mit Busse bis zu 5 Millionen Franken bestraft.

² Handelt es sich dabei um eine Straftat nach den Artikeln 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 322^{ter}, 322^{quinquies}, 322^{septies} Absatz 1 oder 322^{octies}, so wird das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft, wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern.

³ Das Gericht bemisst die Busse insbesondere nach der Schwere der Tat und der Schwere des Organisationsmangels und des angerichteten Schadens sowie nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens.

⁴ Als Unternehmen im Sinne dieses Titels gelten:

- a. juristische Personen des Privatrechts;
- b. juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Ausnahme der Gebietskörperschaften;
- c. Gesellschaften;
- d. Einzelfirmen.

[versione italiana]

Punibilità

¹ Se in un'impresa, nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo imprenditoriale, è commesso un crimine o un delitto che, per carenza organizzazione interna, non può essere ascritto a una persona fisica determinata, il crimine o il delitto è ascritto all'impresa. In questo caso l'impresa è punita con la multa fino a cinque milioni di franchi.

[Seite 1477] ² Se si tratta di un reato ai sensi degli articoli 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 322^{ter}, 322^{quinquies}, 322^{septies} capoverso 1 o 322^{octies}, l'impresa è punita a prescindere dalla punibilità delle persone fisiche qualora le si possa rimproverare di non avere preso tutte le misure organizzative ragionevoli e indispensabili per impedire un simile reato.

³ Il giudice determina la multa in particolare in funzione della gravità del reato, della gravità delle lacune organizzative e del danno provocato, nonché della capacità economica dell'impresa.

⁴ Sono considerate imprese ai sensi del presente articolo:

- a. le persone giuridiche di diritto privato;
- b. le persone giuridiche di diritto pubblico, eccettuati gli enti territoriali;
- c. le società;
- d. le ditte individuali.

PLAN

	Note
I. Introduction: nature et application de la norme	1
II. Les destinataires de la norme	4
A. La notion d'entreprise	4
B. Les entreprises visées	8
C. Les entreprises de droit étranger	24
III. Les conditions générales de la punissabilité de l'entreprise	27
A. L'existence d'un lien entre l'agent et l'entreprise	28
B. L'exercice d'activités commerciales	32
C. La conformité aux buts de l'entreprise	34
D. Le degré de réalisation de l'infraction et l'élément subjectif	39
IV. Les conditions spécifiques à la responsabilité subsidiaire de l'	

entreprise selon CP 102 I	42
A. L'impossibilité d'imputer l'infraction	43
B. Le défaut d'organisation	47
C. Le lien de causalité	49
V. Les conditions spécifiques à la responsabilité primaire de l'entreprise selon CP 102 II	50
A. L'indépendance des punissabilités	51
B. Le défaut d'organisation	53
VI. Les infractions visées	61
A. Les infractions relevant du Code pénal	61
B. Les infractions relevant du droit accessoire	64
VII. La peine et les mesures applicables à l'entreprise	78
A. La peine encourue	78
B. Les critères de fixation de la peine	80
C. Les mesures	83
VIII. La disparition de l'entreprise	85

BIBLIOGRAPHIE

ARZT G., Unternehmensstrafbarkeit – Fernwirkungen im materiellen Strafrecht (Fahrlässigkeit, Begünstigung, Urkundendelikte, Geschäftsbesorgung, recht 2004 213 ss (cité: recht 2004); ARZT G., Interessenkonflikte bei der Vertretung eines angeschuldigten Unternehmens, in RSDA 2004 357 ss (cité: RSDA 2004); ARZT G., Die kommende Strafbarkeit der Bank als juristischer Person – Sand im Getriebe der Geldwäschereibekämpfung, in Wiegand W. (éd.), Banken und Bankrecht im Wan [Seite 1478] del, Jubiläumstagung zum zehnjährigen Bestehen des Instituts für Bankrecht und des Berner Bankrechtstages, Berne 2004, 75 ss (cité: Strafbarkeit der Bank); ARZT G., Strafverfahren ohne Menschenrechte gegen juristische Personen, in Graf C./Medigovic U. (éd.), Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag, Vienne/Graz 2004, 221 ss (cité: FS Burgstaller); ARZT G., Schutz juristischer Personen gegen Selbstbelastung, JZ 2003 456 ss (cité: JZ 2003); ARZT G., Strafbarkeit juristischer Personen: Andersen, vom Märchen zum Alptraum, RSDA 2002 226 ss (cité: RSDA 2002); ASTROLOGO A., L'art. 102 CP: un'analisi delle recenti vicende giurisprudenziali e della realtà applicativa, forumpoenale 1/2019 46 ss; ASTROLOGO A./DE ROSSA GISIMUNDO F., La responsabilità penale e amministrativa delle imprese: regime disapplicato o effetto preventivo raggiunto?, RPS 133/2015 441 ss; AUFRICHTIG J., Pekuniäre Verwaltungssanktionen und strafrechtliche Verfahrensgarantien am Beispiel des Kartellrechts, LeGes 29 (2018) 1 n° 3; BERTOSSA C. A., Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, Berne 2003 (cité: Unternehmensstrafrecht); BERTOSSA B., De quelques problèmes pratiques de mise en œuvre, L'article 100^{quinquies} CP n'a pas réponse à tout, ECS n° 7 juin-juillet 2003, 27 ss (cité: ECS 2003); BLATTNER R. L., Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates einer Konzernmutter für Delikte von Mitarbeitern im Konzern, forumpoenale 6/2013 363 ss; BUENO N., Diligence en matière de droits de l'homme et responsabilité de l'entreprise: le point en droit suisse, SRIEL 2019, 345 ss (cité: SRIEL); BUENO N., Tribunal cantonal du canton de Vaud, Chambre des recours pénale, Arrêt du 17 septembre 2013 dans la cause J. contre Procureur général adjoint du canton de Vaud – PE12.010550, commentaire d'arrêt, forumpoenale 5/2014 258 (cité: forumpoenale 2014); BURGNER F., La responsabilité pénale du chef d'entreprise, RPS 2015 368 ss; CASSANI U., Droit pénal économique 2003-2005: actualité législative (responsabilité pénale de l'entreprise, financement du terrorisme, corruption), La pratique de l'avocat 2005 671 ss (cité: Pratique de l'avocat); CASSANI U., Sur qui tombe le couperet du droit pénal?, in L. Thévenoz/C. Bovez (éd.), Journée 2008 de droit bancaire et financier, Zurich 2009, 53 ss (cité: Journée de droit bancaire et financier); DE PREUX P., Entreprise et corruption: risques et responsabilité pénale, PJA 2010 1092 ss; EICKER A., Haftung für Dritte: Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Führungspersonen in Unternehmen nach dem revidierten Allgemeinen Teil des StGB, PJA 2010 679 ss; ENGLER M., Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Veranstalters von Sportanlässen, in Arter O./Baddeley M. (éd.), Sport und Recht, Sicherheit im Sport, Berne 2008, 99 ss; ERK C., Corporate Responsibility: Eine kritische Reflexion. REPRAX 2/2015, 23 ss; FORSTER M., Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, thèse St-Gall 2006; GARBARSKI A. M., La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Genève/Zurich/Bâle 2006, 401 ss (cité: Responsabilité civile et pénale); GARBARSKI A. M., L'entreprise dans le viseur du droit pénal administratif: éléments de droit matériel et de procédure, RPS 130/2012, 409 ss (cité: RPS 2012); GARBARSKI A. M./MACALUSO A., L'art. 102 CP ne consacre pas une infraction de mauvaise organisation, forumpoenale 1/2019, 194 ss; GEIGER R., Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im

Unternehmensstrafrecht, thèse Zurich 2006; GRAF D., Zurechnung von Unternehmensbussen, [GesKR 2015 356](#) ss; HASKAYA E., Zur (Nicht-)Anwendbarkeit des Art. 6 OBG bei Firmenfahrzeugen – Besprechung von [BGE 144 I 242](#), *forumpoenale* 5/2019 389 ss; HEINE G., Organisationsverschulden aus strafrechtlicher Sicht: Zum Spannungsfeld von zivilrechtlicher Haftung, strafrechtlicher Geschäftsherrenhaftung und der Strafbarkeit von Unternehmen, in Niggli M. A./Armstutz M. (éd.), *Verantwortlichkeit im Unternehmen – Zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, Bâle 2007, 93 ss (citée: Organisationsverschulden); HEINE G., Straftäter Unternehmen: das Spannungsfeld von StGB, Verwaltungsstrafrecht und Steuerstrafrecht, *recht* 2005 1 ss (citée: *recht* 2005); HEINE G., Praktische Probleme des Unternehmensstrafrechts – oder: Victoria Jungfrau, Kellner Klaus und die Chefsekräterin, *RSDA* 2005 17 ss (citée: *RSDA* 2005); HEINE G., Das kommende Unternehmensstrafrecht (art. 100^{quater} StGB), *Entwicklung und Grundproblematik*, *RPS* 2003 24 ss (citée: *RPS* 2003); HEINE G., Kollektive Verantwortlichkeit als neue Aufgabe im Spiegel der aktuellen europäischen Entwicklung, in *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlin 2003, 577 ss (citée: *FS Lampe*); HEINE G., Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften, *RPS* 2001 22 ss (citée: *RPS* 2001); HEINIGER M., Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gem. Art. 102 StGB, thèse, Berne 2011; HELFENFINGER D., Die Strafbarkeit des Unternehmens – nicht nur strafrechtlich von Bedeutung, *SJZ* 2006 241 ss; HENZELIN M., La responsabilité solidaire de l'entreprise et du dirigeant d'entreprise en droit des cartels et de la concurrence déloyale, in *Droit pénal des affaires: La responsabilité pénale du fait d'autrui*, CEDIDAC 49, recueil des travaux de la journée d'étude du 30 novembre 2001, Lausanne 2002, 173 ss; HERREN N. C., Le blanchiment d'argent dans la jurisprudence des tribunaux fédéraux, [PJA 2017 1112](#) ss; HOHLER C./SCHMID N., Die Stellung der Bank und ihrer Mitarbeiter im Strafverfahren unter besonderer Berücksichtigung [\[Seite 1479\]](#) der Verantwortlichkeit der Bank nach StGB Art. 100^{quater} StGB, [PJA 2005 515](#) ss; HURTADO POZO J., Quelques réflexions sur la responsabilité pénale de l'entreprise, in Ackermann J.-B./Donatsch A./Rehberg J. (éd.), *Wirtschaft und Strafrecht*, *Festschrift für Niklaus Schmid*, Zurich 2001, 187 ss; HURTADO POZO J., Responsabilité de l'entreprise. Culpabilité et peine, in *FS Riklin*, 121 ss; INGOLD M., La responsabilité pénale d'une société mère suisse en cas d'infraction commise au sein de la société fille à l'étranger, *RPS* 133/2015 228 ss; JEANNERET Y., La responsabilité pénale de l'entreprise et le droit de la circulation routière, [PJA 2004 917](#) ss; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL M., Das Desorganisationsdelikt, *Artikel 102 Absatz 2 des Schweizerischen Strafgesetzbuches im internationalen Kontext*, *Habilitation Zurich/St-Gall* 2013; JOSITSCH D./SCHMID J., Neue Tendenzen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Organe, [PJA 2010, 435](#) ss; KUMMER K., Die Strafbarkeit der juristischen Person, insbesondere im Steuerrecht, *ASA* 65 445 ss; KUNZ M., Strafbarkeit von Unternehmen: eingeschränkte Anwendbarkeit bei Geldwäsche im Finanzsektor, *Jusletter* du 27 janvier 2003; KUNZ P. V., Wirtschaftsrecht – Grundlagen und Beobachtungen, Berne 2019 (citée: *Wirtschaftsrecht*); LENZ S./MÄDER W., Grenzüberschreitende Korruption: Die Anwendbarkeit des schweizerischen Unternehmensstrafrechts aus Sicht der Praktiker, *forumpoenale*, 1/2013, 33 ss; LIVSCHITZ M., Compliance: Präventive Massnahmen zur Korruptionsbekämpfung im privaten Sektor (gemäss Übereinkommen der UNO gegen Korruption), *SZIER* 2009 381 ss; LOBSIGER A., Unternehmensstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, *RPS* 2005 187 ss; LÜTOLF S., Strafbarkeit der juristischen Person, thèse Zurich 1997; MAEDER S., Commentaire de l'arrêt [6B_252 /2017](#) du 20 juin 2018, [PJA 2018 1411](#) ss; MACALUSO A., L'ordonnance pénale comme mode de clôture des procédures dirigées contre l'entreprise selon le CPPS, *Jusletter* du 2 mai 2011 (citée: *Jusletter* 2011); MACALUSO A., Premiers cas d'application de la nouvelle responsabilité pénale de l'entreprise selon le code pénal suisse, in *L'avocat et le juge face au droit pénal*, *Mélanges offerts à Eric Stoudmann*, Zurich 2005, 105 ss (citée: *Mélanges Stoudmann*); MACALUSO A., Quelques aspects procéduraux de la responsabilité pénale de l'entreprise, *RPS* 2005 79 ss (citée: *RPS* 2005); MACALUSO A., La responsabilité pénale de l'entreprise, principes et commentaire des art. 100^{quater} et 100^{quinquies} CP, *Genève/Bâle/Zurich* 2004 (citée: *La responsabilité*); MACALUSO A., La responsabilité pénale de l'entreprise: un aperçu des futures dispositions du code pénal, *Revue* 2002 33 ss (citée: *Revue* 2002); MACALUSO A./GARBARSKI A., commentaire de l'arrêt BGer [6B_7/2014](#), *forumpoenale* 7/2014 322 ss (citée: *commentaire*); MACALUSO A./GARBARSKI A., La responsabilité pénale de l'entreprise après l'arrêt «La Poste Suisse», [PJA 2017 99](#) ss (citée: *PJA* 2017); MACALUSO A./PONCET D., Evolution de la responsabilité pénale de l'entreprise en Suisse et perspective inspirée de modèles étrangers, in *FS Trechsel*, 517 ss (citée: *FS Trechsel*); MACALUSO A./PONCET D., Quelques réflexions sur l'introduction d'une responsabilité pénale des personnes morales dans le Code pénal suisse, in *Mélanges en l'honneur de B. Rusconi*, Lausanne 2000, 310 ss; MONTAVON P., Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens, *TREX* 2005 87 ss; MOREILLON L., La responsabilité pénale du chef d'entreprise et de l'entreprise, in Kahil-Wolff B./Wyler R. (éd.), *Assurance sociale, responsabilité de l'employeur, assurance privée*, Berne 2005, 97 ss (citée: *Chef d'entreprise*); MOREILLON L., La responsabilité pénale de l'entreprise et du chef d'entreprise en droit des affaires – Perspectives de droit international, in *Droit pénal des affaires: La responsabilité pénale du fait d'autrui*, CEDIDAC 49, recueil des travaux de la journée d'étude du 30 novembre 2001, Lausanne 2002, 17 ss (citée: *Responsabilité pénale*); MOREILLON L., La responsabilité pénale de l'entreprise, *RPS* 1999 325 ss (citée: *RPS* 1999); MOREILLON L., Commentaire des art. 50-53 LCart, in *Droit de la concurrence*, *Genève/Bâle/Munich* 2002, 976 ss (citée: *Concurrence*); MÜLLER P., Petite histoire législative, *Societas delinquere potest*, *ECS* n° 7 juin-juillet 2003, 11 ss (citée: *ECS* 2003); NADELHOFER DO CANTO S., Millionenbusse gegen Alstom-Tochter wegen ungenügender Vorkehrungen gegen Bestechung, [GesKR 2012 129](#) ss; NIGGLI M. A./SCHMUKI N., Das Unternehmensstrafrecht (Art. 100^{quater} StGB/Art. 102 revStGB), *Revue* 2005 347 ss; NOËL Y./DALLÈVES L., La responsabilité pénale des tiers en matière fiscale: entreprises, mandataires, couples, *Notalex* 2018, 125 ss; PERRIN B., Corruption active d'agents publics étrangers, *Quels risques pour les entreprises et leurs collaborateurs?*, *ST* 2009 264 ss; PFLAUM S., Die Erledigung von Strafverfahren gegen Unternehmen durch Wiedergutmachung, 118 ss; PIETH M., Die strafrechtliche Verantwortung des

Unternehmens, RPS 2003 353 ss (cité RPS 2003); PIETH M., Internationale Anstösse zur Einführung einer strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz, RPS 2001 1 ss (cité RPS 2001); PIETH M., Die strafrechtliche Haftung für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, [PJA 2017 1005](#) ss; PIETH M., Plädoyer für die Reform der strafrechtlichen Unternehmenshaftung, Jusletter 19 février 2018 (cité: Jusletter 2018); PIOTET D., Le tiers protégé face    la confiscation pénale et la punissabilité de la personne morale, in Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid, Zurich 2001; PLÜSS F., Der Patron verschwindet – die Verantwortung auch? Probleme, die aus moralischer Sicht mit dem Verantwortungsbegriff, den die Un [\[Seite 1480\]](#) ternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 des schweizerischen Strafgesetzbuchs voraussetzt, verbunden sind, RPS 2009 206 ss; POSTIZZI M., Fusionsgesetz und Unternehmensstrafrecht, [PJA 2007 175](#) ss (cité: PJA 2007); POSTIZZI M., Sechs Gesichter des Unternehmensstrafrechts, BStrR 17, coll. C, B  le/Genève/Munich 2006 (cité: Fusionsgesetz); REICHERT J., Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens, ZIS 2011 113 ss; RICHA A., Gouvernance et dirigeants bancaires: pratique et jurisprudence récentes, in CEDIDAC, développements récents en droit commercial VI, 2018, 73 ss; ROTH M., Aufsichtsrechtliche Vorgaben für Banken und Art. 102 StGB, Jusletter 18 juin 2012 (cité: Jusletter 2012); ROTH R., Une responsabilité sans culpabilité? L'entreprise, la «faute d'organisation» et le droit pénal, SJ 2003 II 187 ss (  galement publié in ECS n   7 juin-juillet 2003, 17 ss) (cité: SJ 2003); ROTH R., L'entreprise, nouvel acteur pénal, in Droit pénal des affaires: La responsabilité pénale du fait d'autrui, CEDIDAC 49, recueil des travaux de la journée d'étude du 30 novembre 2001, Lausanne 2002, 77 ss (cité: CEDIDAC 2002); ROTH R., Responsabilité pénale de l'entreprise: modèles de réflexion, RPS 1997 345 ss (cité: RPS 1997); ROTH R., Rapport sur la responsabilité de la personne morale    l'intention de l'Office fédéral de la justice, 1996, non publié (cité: Rapport); RYSER R./KUCHOWSKY N., Die Strafbarkeit des Unternehmens, Organisationspflicht und Strafrecht, recht 2005 583 ss; SCHMID N., Verantwortlichkeit für die Rechnungslegung aus strafrechtlicher Sicht, in Niggli M. A./Amstutz M. (  d.), Verantwortlichkeit im Unternehmen – Zivil- und strafrechtliche Perspektiven, B  le 2007, 45 ss (cité: Verantwortlichkeit); SCHMID N., Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, recht 2003 201 ss (cité: recht 2003); SCHMID N., Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, in Festschrift Forstmoser, Zurich 2003, 761 ss (cité: FS Forstmoser); SEILER H., Das (Miss-)Verhältnis zwischen strafprozessualen Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, recht 2005 11 ss; SETHE R./ANDREOTTI F., Compliance und Verantwortlichkeit, in Isler/Sethe (  d.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII., Zurich 2016, 102 ss; STRASSER O./VILLARD K., Anmerkungen zum Urteil Obergericht des Kantons Solothurn, Strafkammer vom 19.11.2015, forumpoenale 2016 196 ss; STRATENWERTH G., Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, in Festschrift R. Schmitt, Tübingen 1992, 300 ss; TIRELLI L., Responsabilité pénale des personnes morales: précisions du TF, Expert Focus 1/2017 39 s.; TRECHSEL S., Bankgeheimnis – Steuerstrafverfahren – Menschenrechte, *Nemo tenetur* bei Steuerhinterziehung, RPS 2005 256 ss (cité: RPS 2005); VASELLA J., Die originäre Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 Abs. 2 StGB, commentaire de l'arrêt [6B_124 /2016](#) du 11 octobre 2016, forumpoenale 1/2018 54 ss; VILLARD K., Blanchiment d'argent: la banque face au risque pénal, RSDA 2018 113 ss (cité: RSDA 2018); VILLARD K., La compétence du juge pénal suisse    l'égard de l'infraction reprochée    l'entreprise: Avec un regard particulier sur les groupes de sociétés, SRIEL 2017 475 ss; VILLARD K., La compétence du juge pénal suisse    l'égard de l'infraction reprochée    l'entreprise – Avec un regard particulier sur les groupes de sociétés, Collection genevoise, Zurich 2017 (cité: groupes de sociétés); WOHLERS W., Die Strafbarkeit des Unternehmens – Art. 102 StGB als Instrument zur Aktivierung individualstrafrechtlicher Verantwortlichkeit, in FS Riklin, 287 ss; ZUFFEREY J.-B., (D  -, re-, sur-, auto-, co-, inter-)réglementation en matière bancaire et financière: thèses pour un état des lieux en droit suisse, RDS 2004 479 ss.

I. Introduction: nature et application de la norme

Rompant avec la règle *societas delinquere non potest*, CP [102](#) a introduit la 1
responsabilité pénale de l'entreprise – i.e. des personnes morales et des autres
collectivités – dans l'ordre juridique suisse. CP [102](#) crée un **nouveau sujet de droit
pénal** – l'entreprise – et consacre une **nouvelle forme de faute pénale**    sa charge –
le défaut d'organisation.

Fondamentalement, CP [102](#) est donc une **norme d'imputation**, fondée sur une forme 2
particul  re de faute. La disposition détermine ainsi dans quelles conditions l'
entreprise peut être recherchée pour l'infraction commise. Parmi celles-là figure le
défaut d'organisation qui est la **condition subjective de l'imputation** d'une
infraction    l'entreprise, au même titre que l'intention et la négligence sont les
conditions subjectives de l'imputation de l'infraction    l'entreprise. Cette forme de
faute, propre    l'entreprise, se fonde certes sur des éléments matériels (en bref, la
bonne ou la mauvaise organisation) mais n'établit [\[Seite 1481\]](#) pas pour autant de
nouvelle infraction – singulièrement pas d'infraction de mauvaise organisation¹,
comme l'a désormais jugé le Tribunal f  d  ral² (   la suite d'ailleurs du Tribunal pénal
f  d  ral³). Cela vaut tant pour la responsabilité subsidiaire de CP [102](#) I que pour la
responsabilité primaire ou autonome de CP [102](#) II. En effet, l'entreprise ne répond   

raison du fait qu'elle est mal organisée **qu'à l'occasion de la commission d'une infraction** de la partie spéciale du Code pénal (ou d'une autre loi spéciale).

Une partie de la doctrine⁴ soutenait la thèse que CP 102 constituerait une nouvelle infraction. Une telle nouvelle infraction, en bref de «mauvaise organisation», serait de degré contraventionnel, puisque punissable uniquement d'une amende (CP 103). Selon la théorie considérée, l'entreprise ne répondrait que de sa mauvaise organisation, dont l'infraction «imputée» ne serait qu'une condition objective de la punissabilité. Conscients toutefois des difficultés pratiques liées à cette approche – en particulier s'agissant du délai de prescription de l'action pénale qui s'attacherait à cette nouvelle infraction de degré contraventionnel, soit trois ans selon CP 109 – NIGGLI et GFELLER en particulier proposaient de voir dans la mauvaise organisation de l'entreprise un *Dauerdelikt*, lequel ne commencerait donc à se prescrire qu'une fois le défaut d'organisation corrigé⁵. 2a

Dans une publication récente⁶, NIGGLI et GFELLER ont cru discerner dans l'arrêt «La Poste Suisse»⁷ – dans lequel le Tribunal fédéral avait, en passant, qualifié l'infraction sous-jacente à la responsabilité pénale de l'entreprise (en l'occurrence un blanchiment d'argent) de condition objective de la punissabilité⁸ – l'indication de l'adoption par la Haute Cour de leur point de vue. MACALUSO et GARBARSKI qui n'avaient pas la même lecture de l'arrêt «La Poste Suisse», ont contesté cette approche⁹. Dans un arrêt du 12 décembre 2019¹⁰, le Tribunal fédéral a donc tranché la controverse et confirmé que CP 102 ne créait pas de nouvelle infraction, mais constituait bien une norme d'imputation. 2b

Le Tribunal fédéral devait se prononcer sur le refus de l'autorité de recours argovienne de confirmer le classement d'une procédure pénale pour blanchiment d'argent dirigée contre une banque. Le Ministère public argovien avait en effet considéré l'action pénale, relative selon lui à une contravention, comme prescrite. Le Tribunal fédéral a attentivement analysé les positions doctrinales exprimées et a, en substance, retenu les arguments suivants: (1) tout d'abord, le Tribunal fédéral a confirmé que l'arrêt «La Poste Suisse» ne répondait pas à la question de savoir si CP 102 était une norme d'imputation ou instaurait une nouvelle infraction (c. 2.3.2); (2) ensuite, le Tribunal fédéral a souligné que voir dans CP 102 une nouvelle infraction, qui plus est de degré contraventionnel, allait à l'encontre du texte légal, de la place systématique de CP 102 et de la volonté du législateur (c. 2.3.3); (3) le Tribunal fédéral a en outre jugé faux le fait de considérer que l'entreprise répondrait non pas de l'infraction sous-jacente (ici: le blanchiment d'argent), mais de son défaut d'organisation, vu comme un *Dauerdelikt*: «Die Behauptung, das Unternehmen werde in Art. 102 StGB nicht für die Anlasstat, sondern lediglich für das Organisationsdefizit bestraft, trifft daher nicht zu» (c. 2.3.4). En effet, selon le Tribunal fédéral, le défaut d'organisation n'est que l'une des conditions de la responsabilité pénale de l'entreprise. D'ailleurs, la peine d'amende prévue ne dépend pas que de la gravité du défaut d'organisation, mais, aux termes de CP 102 III, aussi d'autres critères, dont en particulier la gravité de l'infraction et la gravité du dommage (c. 2.3.4). (4) Par surabondance, le Tribunal fédéral a également relevé qu'il n'y avait aucun argument à tirer du fait que CP 102 ne réprime l'entreprise que d'une «amende», ni des modifications successives du droit de la prescription pour asseoir le caractère prétendument d'ordre contraventionnel de la prescription des infractions imputées à l'entreprise (c. 2.3.5 et 2.3.6). Dès lors, le Tribunal fédéral a résumé sa position de la manière suivante: «Zusammengefasst stützte die Beschwerdeführerin die Einstellung infolge Verjährung auf eine Lehrmeinung, welche in der bisherigen Rechtsprechung und mehrheitlich auch in der übrigen Lehre kritisch aufgenommen wurde und welche sich entgegen der Gesetzessystematik und dem Wortlaut von Art. 102 Abs. 1 StGB gegen eine Zurechnungsnorm und für einen selbstständigen Übertretungstatbestand ausspricht» (c. 2.4). Partant, il est désormais acquis que CP 102 est une norme d'imputation et que, par conséquent, le délai de prescription de l'action pénale dirigée contre l'entreprise est celle de l'infraction sous-jacente. 2c

Indépendamment de la nature de règle d'imputation de la norme, on constate encore **3** que le législateur suisse a adopté un système de responsabilité de l'entreprise mixte qui intègre des éléments du modèle subsidiaire et du modèle direct. CP 102 établit deux formes très différentes de responsabilité pénale de l'entreprise. L'entreprise assume une **responsabilité subsidiaire** à celle des personnes physiques pour la grande majorité des infractions (CP 102 I). Pour certaines infractions exhaustivement énumérées (CP 102 II), l'entreprise encourt cependant une **responsabilité primaire**, indépendante ou solidaire de celle des personnes physiques. Dans le contexte de sa responsabilité subsidiaire, l'entreprise est recherchée si, en raison de son défaut d'organisation, l'infraction commise ne [Seite 1483] peut être imputée à aucune personne physique déterminée. S'agissant de sa responsabilité primaire, l'entreprise répond de l'infraction s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation nécessaires et raisonnables qui eussent pu en empêcher la commission.

L'incertitude qui a longtemps persisté sur la nature de la norme, ainsi que la relative complexité de celle-ci expliquent sans doute, en partie, pourquoi les autorités de **3a** poursuite pénale ont eu peu recours à CP 102 au cours des années ayant immédiatement suivi son entrée en vigueur. Ainsi, à titre illustratif, le Ministère public de la Confédération a ouvert – depuis 2003, mais essentiellement au cours de ces dernières années, en raison d'une inflexion de sa politique criminelle¹¹ – une quinzaine de «procédures 102». En l'état toutefois, seules sept entreprises ont été condamnées en application de CP 102¹². Cinq d'entre elles l'ont été pour des infractions de corruption d'agents publics étrangers (CP 322^{septies})¹³. Les procédures pénales faisant intervenir l'application de CP 102 étant régulièrement closes par le prononcé d'ordonnances pénales, le public n'a que très peu de possibilités de connaître leur existence¹⁴. Parmi les procédures conduites sur le fondement de CP 102, une seule, dirigée par un Ministère public cantonal, a réellement fait l'objet d'une procédure judiciaire complète avec débats en contradictoire: l'affaire, déjà évoquée, dite de «La Poste suisse». Ouverte par les autorités cantonales soleuroises, cette procédure a d'abord fait l'objet d'un premier jugement condamnatore en avril 2011, renversé en décembre 2015 par la Cour suprême soleuroise qui a acquitté la Poste suisse. Cet arrêt a été confirmé par le Tribunal fédéral au mois d'octobre 2016¹⁵. En sus de ces affaires déjà jugées, des enquêtes sont menées par le Ministère public de la Confédération contre un certain nombre de sociétés sises en Suisse, essentiellement des établissements bancaires. Si les affaires *Petrobras* et *1MDB* sont les plus médiatisées¹⁶, on peut [Seite 1484] encore penser à *Crédit Suisse*¹⁷, *Lombard Odier*¹⁸, *BSI*¹⁹ ou encore *Falcon*²⁰. Tout récemment, le Ministère public de la Confédération a d'ailleurs condamné la société de négoce en énergies fossiles *Gunvor* en application de CP 102 II pour des infractions de corruption d'agents publics étrangers en République démocratique du Congo et en Côte d'Ivoire à une amende de CHF 4 millions et au paiement d'un montant de CHF 94 millions, au titre de mesures relevant du droit de la confiscation²¹. Enfin, mentionnons encore l'affaire de la banque *PKB*, sous enquête du Ministère public de la Confédération également, dans le contexte de la vaste affaire *Petrobras*, dont les poursuites ont été abandonnées en 2017 en application de la jurisprudence «La Poste suisse»²². Le nombre de procédures dirigées contre les entreprises reste ainsi faible, mais est en augmentation²³.

II. Les destinataires de la norme

A. La notion d'entreprise

CP 102 s'applique aux entreprises. CP 102 IV énumère quelles entités sont des **4** entreprises aux termes de la disposition. Il découle de cette énumération une conception autonome de la notion d'entreprise, propre à CP 102. Cette conception privilégie une **approche économique**, détachée des critères formels, tels la personnalité juridique²⁴.

La conception économique de l'entreprise prévalant à CP 102 peut être comparée à celle qui résulte de LCart 2 I^{bis}, en écho à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes développée en matière de droit de la concurrence. Selon cette jurisprudence, la notion d'entreprise doit être comprise comme désignant une **unité économique** du point de vue de l'objet de l'accord en cause, même si sous l'aspect juridique l'unité économique considérée est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales²⁵. Dans le même sens, le Tribunal de première instance avait jugé que l'ancien [Seite 1485] TCE 85 I s'adressait à des entités économiques consistant en une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels poursuivant de façon durable un but économique déterminé²⁶.

Faut-il déduire de là que s'agissant de l'exercice de la poursuite pénale CP 102 ferait implicitement coexister deux conceptions de l'entreprise: l'une où l'entité en cause, à qui s'adresseraient les dispositions de responsabilité, serait caractérisée par son unité sociale et organisationnelle, sans qu'elle soit nécessairement titulaire de droits et d'obligations; l'autre, qui exigerait l'identification d'un sujet de droit répondant de l'amende infligée? Soutenue par une partie de la doctrine²⁷, cette dichotomie entre **attributaire de la responsabilité pénale** et **destinataire de la sanction** est justifiée à certains égards. Ainsi, la succursale est une entreprise dans le sens que CP 102 donne à cette notion; toutefois, il appartient certainement à l'établissement principal de répondre de l'amende infligée à sa succursale. La distinction est en revanche inadéquate si l'on veut en inférer que certaines entités, à qui s'adresse la norme pénale mais qui ne sont pas en tant que telles titulaires de droits et d'obligations, comme la société simple, ne pourraient être ni poursuivies ni condamnées en raison de l'absence prétendue d'un «répondant» pour la sanction infligée²⁸. Par ailleurs, cette distinction qui peut parfois exister entre attributaire de la responsabilité pénale et destinataire de la sanction, comme cela peut être le cas entre succursale et établissement principal, ne peut s'envisager si elle conduit à violer le principe de la personnalité des peines.

Plus spécifiquement, il faut comprendre la notion d'entreprise figurant à CP 102 IV à la lumière de l'exigence posée par CP 102 I: sont aussi considérées comme des entreprises aux termes de CP 102 des entités qui *a priori* ne correspondraient peut-être pas à la définition communément acceptée de ce terme en droit suisse; cela pour autant que l'infraction qui leur est imputée ait été commise dans l'exercice d'activités commerciales (soit en principe celles qui sont en rapport, même indirect, à la vente de biens ou à la fourniture de services contre rémunération).

B. Les entreprises visées

1. Les personnes morales de droit privé

CP 102 IV (a) vise tout d'abord les personnes morales de droit privé. Il s'agit des associations (CC 60 ss), des fondations (CC 80 ss), de certaines sociétés²⁹ – la société anonyme (CO 620 ss), la société en commandite par actions (CO 764 ss), la société à responsabilité limitée (CO 772 ss) et la société coopérative (CO 828 ss). Il faut encore mentionner au titre des personnes morales de droit privé susceptibles de constituer des entreprises selon CP 102, les sociétés d'allmends et autres semblables réservées par CC 59 III et qui, en application de cette disposition, continuent à être régies par le droit (privé) cantonal, la plupart du temps coutumier.

2. Les personnes morales de droit public

Les personnes morales de droit public, à l'exclusion des corporations territoriales, sont également considérées comme des entreprises en application de CP 102 IV (b). La loi [Seite 1486] comporte ainsi une double limitation à l'égard des entités relevant du droit public: les corporations territoriales sont expressément exclues de la responsabilité pénale de l'entreprise tandis que les établissements non revêtus de la personnalité morale le sont implicitement³⁰.

L'exclusion des **corporations territoriales** du cercle des destinataires de la responsabilité pénale de l'entreprise ne va pas sans poser de nombreux problèmes pratiques lorsqu'il s'agit de définir avec précision ce qu'est une corporation territoriale. De telles corporations sont avant tout, aux côtés de la Confédération et des cantons, les **communes politiques** qui constituent aux termes de CC 52 II des collectivités de droit public ayant une base territoriale et qui, à ce titre, se trouvent clairement hors du champ d'application de CP 102. Les groupements de communes, appelés aussi syndicats de communes ou, en droit vaudois, associations de communes, et les syndicats intercommunaux sont également des corporations territoriales relevant du droit public et échappent en conséquence à la responsabilité pénale de CP 102. Il en va de même des districts, qui ne sont d'ailleurs, en règle générale, pas même des personnes morales. 10

Dans plusieurs cantons, la constitution consacre toutefois différents autres types de communes aux côtés de la commune politique: communes bourgeoises (qui regroupent les personnes ayant un même droit de cité), communes ecclésiastiques (également appelées paroisses), communes scolaires, etc. Selon une opinion reçue, ces communes spéciales ne seraient pas comprises dans l'exclusion dont dispose CP 102 IV (b), dès lors qu'elles constitueraient en réalité des corporations personnelles. La distinction entre les différents types de corporations relevant du droit public n'est cependant pas absolue et il en existe en particulier des formes mixtes, dont précisément certaines de ces **communes spéciales** (communes religieuses ou bourgeoises). Ainsi la paroisse est certes une réunion de personnes ayant la même religion, mais elle est aussi attachée à un territoire bien circonscrit. En Suisse alémanique, il existe encore de nombreuses autres corporations qui s'occupent notamment de certaines tâches d'intérêt local (service du feu, service des eaux, entretien de chemins, distribution de gaz et d'électricité). Pour toutes ces corporations, il faut dans chaque cas d'espèce se demander si elles tombent ou non sous le coup de CP 102, soit déterminer si elles sont ou non des corporations territoriales. C'est principalement la solution apportée (avec toutes les difficultés que cela comporte s'agissant de corporations mixtes) à la question de savoir si la qualité de membre dépend ou non essentiellement du lieu d'habitation qui doit servir de critère discriminant entre les corporations territoriales et les autres formes de corporations³¹. 11

En utilisant le critère de la **personnalité morale** comme facteur discriminant pour les entités relevant du droit public qui ne sont pas des corporations territoriales, le législateur a voulu s'assurer que non seulement l'Etat, fédéral ou cantonal, mais aussi les administrations centrales qui en dépendent seraient exclus de la responsabilité pénale consacrée par CP 102. Pour décider concrètement si telle entité relevant du droit public est ou non soumise à CP 102, il convient de se référer à l'acte normatif instituant l'établissement public en question; c'est en effet cet acte qui détermine si l'établissement considéré dispose de la personnalité et est, à ce titre, soumis à une responsabilité pénale. 12

[Seite 1487] 3. Les sociétés

a) En général

Les sociétés constituent une catégorie particulière de destinataires de la norme selon CP 102 IV (c). Si la société anonyme, la société à responsabilité limitée, la société en commandite par actions et la société coopérative jouissent de la personnalité morale et relèvent dès lors de CP 102 IV (a), tel n'est en revanche pas le cas des autres formes de sociétés (limitativement) connues du droit suisse (la **société en nom collectif** et la **société en commandite simple**) qui sont aussi des entreprises selon CP 102. 13

CP 102 s'applique également à la **succursale**, laquelle ne pouvant être un simple établissement secondaire (atelier de fabrication, dépôt de vente, bureau de paiement ou bureau technique), constitue bien une entreprise aux termes de la disposition. Les 14

sociétés en formation et les sociétés dites imparfaites sont également visées par CP 102.

b) La société simple

La société simple fait aussi partie des destinataires de CP 102. Certes il faut concéder à l'opinion contraire³² que la doctrine de droit commercial retient majoritairement qu'une société simple, laquelle est avant tout un contrat liant ses membres (mais un contrat particulier, puisqu'il a des effets pour les tiers), ne peut exploiter d'entreprise commerciale³³; cela empêcherait que soit réalisé l'un des éléments constitutifs de la responsabilité pénale de l'entreprise: la commission de l'infraction dans l'exercice d'activités commerciales conformes aux buts de l'entreprise. Par ailleurs, considérée de manière globale, la norme pénale, malgré la conception économique de l'entreprise qui y prévaut, semble tendre à consacrer la responsabilité d'entités jouissant d'une autonomie patrimoniale, décisionnelle et juridique. Or la société simple n'a pas la personnalité juridique, ni même une quasi-personnalité à l'instar de la société en nom collectif; elle ne disposerait pas non plus d'un patrimoine propre³⁴.

Ces constatations devraient ainsi conduire à rejeter la responsabilité pénale de la société simple. Toutefois, on doit relever que CP 102 concerne aussi, expressément cette fois, les entreprises individuelles au sujet desquelles les mêmes remarques (absence de patrimoine distinct et d'indépendance juridique et décisionnelle) peuvent être formulées. De surcroît, la volonté du législateur était d'inclure la société simple dans le cercle des destinataires de la norme³⁵. La doctrine majoritaire penche aussi vers une application de CP 102 à la société simple³⁶.

La jurisprudence tend d'ailleurs actuellement à favoriser la volonté des parties³⁷ qui peuvent ainsi se réunir en société simple alors même qu'elles exercent une activité commerciale. Il est d'ailleurs admis que celles parmi les sociétés simples **qui comptent comme associés des personnes morales** ou des sociétés jouissant de la quasi-personnalité [Seite 1488] sont susceptibles de déployer une activité commerciale³⁸. Elles sont donc soumises à CP 102. Quant aux sociétés simples exclusivement constituées de personnes physiques, elles devront la plupart du temps être considérées comme des **sociétés en nom collectif non inscrites**. En tant que telles elles sont également destinataires de la norme pénale³⁹. Enfin, la société simple peut bien agir sous sa dénomination, même si ce sont ses membres qui s'engagent. Elle peut aussi disposer d'un capital. Celui-ci appartient certes aux associés, mais connaît, en tant que patrimoine commun, un **sort distinct** de la fortune de chacun des membres de la société simple et relève d'une comptabilité séparée⁴⁰. Ces constats permettent au demeurant de dépasser l'objection tirée de la prétendue absence de répondant pour l'amende infligée à la société simple.

Une société simple qui ne déploie pas d'activité commerciale, telle celle dont le but est la **détention d'un bien** ou encore celle constituée par des **concubins**⁴¹, ne devrait pas pouvoir être recherchée pénalement⁴².

c) Les groupes de sociétés

L'imputation à une société d'une infraction commise dans une autre société du même groupe nécessite que la société mère recherchée apparaisse être dans une position de garant à l'égard de sa société fille. Cela ne peut être le cas que s'il existe une **unité économique** fondant un **lien étroit** entre les sociétés en cause⁴³. On peut se référer ici aussi à la jurisprudence européenne qui se détache des critères purement formels telle la personnalité juridique distincte pour se concentrer sur un faisceau d'indices permettant de retenir ou d'écarter l'existence d'un lien étroit⁴⁴. Parmi ces indices figurent l'importance de la participation, le pouvoir de donner des instructions, l'intégration des structures de direction, l'identité des dirigeants, voire les apparences créées et la confiance suscitée. Le droit européen de la concurrence consacre ainsi la **théorie dite du démembrement** qui impose à la société incriminée de faire la démonstration que celui de ses démembrements qui a commis l'infraction constitue

une entité autonome⁴⁵. On devra en outre pouvoir reprocher à la société mère le défaut d'organisation de sa société fille, de telle sorte que celui-ci lui apparaisse imputable.

4. Les entreprises en raison individuelle

Après en avoir longuement débattu, le législateur a décidé de maintenir l'entreprise en raison individuelle dans le champ d'application de la responsabilité pénale de l'entreprise. L'entreprise individuelle est visée à CP 102 IV (d). 20

L'inscription de l'entreprise en raison individuelle au registre du commerce ne lui confère pas la personnalité juridique. Bien que le commerçant exploitant une entreprise en raison individuelle soit astreint à la tenue d'une comptabilité commerciale séparée, ses patri [Seite 1489] moines personnel et commercial demeurent juridiquement confondus. En cela, la situation de l'entreprise individuelle n'est guère différente de celle de la société simple et on peut renvoyer à ce qui a été dit plus haut à ce propos. 21

L'entreprise en raison individuelle recouvrant la plupart du temps de toutes petites entreprises, dans lesquelles seul le chef de maison est actif, son inclusion dans le cercle des destinataires de la responsabilité pénale de l'entreprise suppose que l'on porte une attention particulière au respect des principes de la présomption d'innocence et du *ne bis in idem*. 22

Une responsabilité pénale de l'entreprise en raison individuelle n'est envisageable que dans le contexte d'entreprises ayant des employés, pour des **actes commis par d'autres que le chef de maison** (ou dont on peut raisonnablement retenir qu'ils n'ont vraisemblablement pas été commis par lui dans le contexte de CP 102 I) et dont celui-ci ne doit pas répondre concurremment au titre de la responsabilité du chef d'entreprise. 23

C. Les entreprises de droit étranger

Le droit déterminé en application de LDIP 154 permet de décider de l'existence ou non de la société étrangère concernée et de son statut juridique⁴⁶. C'est toutefois à la lumière exclusive de CP 102 qu'il faut décider si cette société étrangère doit être qualifiée d'entreprise, si elle exerce une activité commerciale et si celle-ci est conforme à ses buts. Par ailleurs, ce sont les règles ordinaires régissant la compétence des autorités suisses qui déterminent si l'entreprise étrangère peut être poursuivie en Suisse. 24

Le fait que le juge suisse doive appliquer sa propre conception de la bonne et de la mauvaise organisation à une entreprise étrangère ne pose pas de difficulté. Le défaut d'organisation étant la condition subjective de l'imputation d'une infraction à l'entreprise, il équivaut à l'intention ou à la négligence pertinentes pour les personnes physiques. Or les éléments d'intention ou de négligence sont toujours examinés par le juge suisse **selon les critères légaux et jurisprudentiels suisses**, même lorsqu'il doit juger une personne étrangère domiciliée à l'étranger⁴⁷. Il ne s'agit donc pas d'imposer à l'entreprise étrangère des règles organisationnelles exorbitant de son ordre juridique d'incorporation, mais bien de définir à quelles conditions une infraction commise au sein de cette entreprise étrangère peut lui être imputée. 25

La filiale ou la succursale suisse d'une entreprise étrangère doit être traitée, en raison de son autonomie, en particulier patrimoniale et organisationnelle, à l'instar d'une société suisse. 26

III. Les conditions générales de la punissabilité de l'entreprise

Une infraction ne peut être imputée à l'entreprise que si elle a été commise «au sein de l'entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts». Ces **conditions objectives de la punissabilité** valent tant pour la responsabilité 27

subsidaire de CP 102 I que pour la responsabilité primaire de CP 102 II. Elles ont pour objet d'éviter que l'entreprise ne puisse être poursuivie pour n'importe quel comportement pénal adopté par n'importe quel auteur.

[Seite 1490] A. *L'existence d'un lien entre l'agent et l'entreprise*

L'infraction qui met en œuvre la responsabilité pénale de l'entreprise doit avoir été le fait d'une personne entretenant avec cette entreprise un lien hiérarchique ou organisationnel suffisamment étroit pour que l'on puisse considérer que l'infraction a bien été commise «au sein de l'entreprise». **L'agent de la responsabilité pénale de l'entreprise** peut au premier chef être un organe, de droit ou de fait, de l'entreprise (ou un membre d'un tel organe ou encore un associé) ou un employé exerçant des fonctions dirigeantes; mais cet agent peut également être un simple employé sans pouvoir particulier de l'entreprise recherchée⁴⁸. **28**

Parce que le lien hiérarchique et organisationnel n'existe pas, ou de manière trop lâche, avec les **mandataires**, il convient de les exclure en principe du cercle des agents potentiels de la responsabilité pénale de l'entreprise⁴⁹. **29**

En matière d'outsourcing, la responsabilité de la société mandante s'examine selon des critères économiques: sa responsabilité peut en principe être engagée si la société outsourçante et la société d'*outsourcing* apparaissent comme une entreprise unitaire du point de vue économique⁵⁰. Il faut par ailleurs s'interroger sur la nature et l'importance de l'activité déléguée, ainsi que sur les mobiles de l'*outsourcing*, afin d'éviter que l'entreprise concernée ne puisse s'exonérer de sa responsabilité pénale en déléguant des fonctions essentielles à son activité commerciale⁵¹. **30**

Les **tiers**, soit ceux qui n'ont aucune relation à l'exercice de l'activité commerciale de l'entreprise, sont exclus du champ des personnes dont le comportement pourrait être imputé à l'entreprise⁵². **31**

B. *L'exercice d'activités commerciales*

Pour être imputée à l'entreprise, l'infraction doit avoir été commise dans l'exercice d'activités commerciales, soit dans la conduite d'activités présentant un rapport avec la **vente de biens** ou la **fourniture de services** à des fins lucratives⁵³. Il convient de donner un sens large à l'activité commerciale: sont également concernées les activités qui, sans relever directement de la vente de biens ou de la fourniture de services, en sont le préalable (conception, développement, fabrication, etc.) ou encore le support ou l'accessoire (organisation et fonctionnement des structures sociales, marketing, transport, comptabilité, etc.). En bref, relève de l'activité commerciale tout ce qui concourt à cette activité proprement dite ou en constitue un dérivé ou une incidence, pour autant que cela intervienne en conformité aux buts de l'entreprise⁵⁴. **32**

En revanche, les activités purement **récréatives** d'une société commerciale, comme une soirée d'entreprise, sont inaptes à engager sa responsabilité pénale. Tel est aussi le cas **[Seite 1491]** des activités des entreprises qui par principe ne déploient pas d'activités commerciales, notamment les associations culturelles ou (en général) sportives. **33**

C. *La conformité aux buts de l'entreprise*

La responsabilité pénale de l'entreprise n'est engagée que si l'activité dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise est conforme aux buts de l'entreprise. Cette **exigence d'adéquation** entre l'activité déployée et les buts (licites) de l'entreprise permet de définir et de délimiter les **risques typiques** inhérents à l'entreprise considérée, dont l'infraction en cause doit apparaître comme étant la concrétisation⁵⁵. Elle circonscrit dès lors le cercle des infractions dont l'entreprise peut répondre. Le comportement pénalement imputable à l'entreprise doit par conséquent constituer un moyen illicite d'atteindre son but licite ou encore un incident illicite survenant dans la recherche de ce but licite. Déterminant est le fait que l'infraction soit dans un **34**

tel rapport aux activités commerciales licites de l'entreprise qu'elle apparaisse comme une manifestation dans le domaine pénal des risques typiquement liés à ces activités concourant à la poursuite du but de l'entreprise⁵⁶. Si c'est le but, réel, de l'entreprise qui apparaît illicite, celle-ci tombe alors sous le coup des dispositions du droit civil et encourt en particulier la dissolution.

Les **risques généraux** inhérents à toute activité commerciale entrent également dans le champ d'application de la norme, pour autant que le lien entre l'infraction qui concrétise le risque général et l'activité commerciale de l'entreprise considérée apparaisse suffisamment fort⁵⁷. Ainsi, toute entreprise est susceptible de voir un faux dans les titres commis en son sein. Un faux réalisé par un employé pour cacher les pertes liées à ses malversations répond en principe à l'exigence de connexité rappelée ci-dessus. En revanche, une fausse attestation (supposée titre) destinée à permettre à un employé d'échapper à une période de service militaire manquerait d'un tel lien étroit aux activités commerciales de l'entreprise. 35

La question controversée de l'imputation à une entreprise des infractions à la liberté sexuelle peut s'examiner selon les mêmes critères. Un viol commis au cours de la soirée d'entreprise d'une banque n'engage pas la responsabilité pénale de cette entreprise car l'exigence d'un lien étroit avec l'activité commerciale n'est pas remplie. En revanche, un **abus sexuel** commis sur un enfant dans le contexte d'une école (supposée entreprise aux termes de CP 102) est bien de nature à engager la responsabilité de l'entreprise concernée dès lors que ce type de risques doit être pris en compte par une école qui met en contact prolongé et souvent exclusif des adultes investis d'autorité et des enfants⁵⁸. 36

Il n'est pas nécessaire en revanche que l'infraction ait été commise **dans l'intérêt de l'entreprise**. 37

Seule une infraction dont le **lésé** n'est pas ou pas exclusivement l'entreprise recherchée permet de mettre en œuvre CP 102⁵⁹. 38

[Seite 1492] D. Le degré de réalisation de l'infraction et l'élément subjectif

Une entreprise ne peut répondre d'une infraction qu'en tant que celle-ci a été commise par un auteur physique. Dès lors que l'entreprise emprunte ainsi le comportement de cet auteur physique, c'est à la lumière des règles applicables à celui-ci qu'il convient de déterminer si une infraction est ou non réalisée. Or le Code pénal réprime déjà (outre certains actes préparatoires) les actes d'exécution qui contribuent directement à la réalisation de l'infraction, à partir du commencement de cette exécution. Ainsi, les termes «infraction commise» incluent la **tentative** sous toutes ses formes. L'infraction tentée peut par conséquent être imputée à l'entreprise 39

Comme l'a désormais établi le Tribunal fédéral dans l'arrêt «La Poste suisse»⁶¹, l'auteur physique doit avoir réalisé **tous les éléments constitutifs** objectifs et subjectifs de l'infraction pour que celle-ci puisse être imputée à l'entreprise⁶². Les **faits justificatifs** qui suppriment le caractère illicite de l'acte et qui sont réalisés dans la personne de l'auteur physique, parce qu'ils empêchent que le comportement examiné soit constitutif d'une infraction, conduisent également l'entreprise à échapper à toute sanction. 40

La preuve de la réalisation de ces éléments constitutifs (ou de leur absence) est d'autant plus difficile à rapporter que l'auteur physique demeure inconnu. Cela est particulièrement vrai de l'élément subjectif⁶³. La question apparaît encore plus délicate si l'on considère que les infractions prévues à CP 102 II, qui permettent de rechercher la responsabilité pénale de l'entreprise indépendamment de la punissabilité d'une personne physique, sont toutes des infractions intentionnelles. On pourrait se satisfaire ici, selon la solution reçue par la Cour de cassation française, de la constatation que **l'intention résulte à l'évidence des faits commis**⁶⁴. Tel est le cas lorsque l'auteur individuel n'a pas été identifié ou que, l'ayant été, il ne réalise 41

toutefois pas en sa (seule) personne l'élément constitutif subjectif de l'infraction; cela en raison du morcellement des processus de décision et d'action au sein de l'entreprise⁶⁵ (ce qui constitue précisément un cas d'organisation défaillante); le Tribunal fédéral a d'ailleurs réservé ces hypothèses – sans y apporter de solution – dans l'arrêt «La Poste suisse»⁶⁶. En revanche, lorsque le défaut d'intention ne trouve pas son origine dans la mauvaise organisation de l'entreprise, celle-ci ne peut alors pas être poursuivie.

IV. Les conditions spécifiques à la responsabilité subsidiaire de l'entreprise selon CP

102 I

Trois conditions spécifiques à la responsabilité subsidiaire de l'entreprise doivent être réalisées, en sus de celles générales rappelées ci-dessus. 42

[Seite 1493] A. L'impossibilité d'imputer l'infraction

Pour être imputée à l'entreprise en application de CP 102 I, l'infraction doit **ne pas pouvoir être imputée** à une personne physique déterminée⁶⁷. Cette impossibilité d'imputation peut résulter du fait que l'auteur individuel de l'infraction demeure inconnu. La norme vise cependant aussi un autre cas de figure: il existe bien un ou plusieurs auteurs individuels, mais soit, en cas de pluralité d'individus, on ne peut, par exemple en application du principe *in dubio pro reo*, déterminer lequel doit se voir attribuer l'infraction; soit aucun de ceux-là ne réalise en sa seule personne l'ensemble des éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'infraction. Le fait que l'infraction doive être imputée à une personne physique déterminée pour que l'entreprise n'ait pas à en répondre ne comporte naturellement pas que l'auteur individuel devrait nécessairement avoir été condamné, ni même poursuivi à raison de cette infraction⁶⁸. 43

La notion d'imputation se comprend en effet en ce sens que l'auteur individuel est **identifié** et **remplit les éléments constitutifs** objectifs et subjectifs de l'infraction. Si l'auteur individuel ne peut être condamné ou poursuivi, l'infraction a malgré tout pu lui être imputée dans la perspective de CP 102 I. Tel est en particulier le cas lorsque les circonstances excluent la culpabilité de la personne physique considérée (l'auteur est irresponsable – CP 19 – ou il peut être mis au bénéfice d'une erreur sur les faits – CP 13 – ou sur le droit – CP 21 – ou encore il a agi sous l'emprise d'une contrainte absolue). 44

L'infraction est également imputée à une personne physique déterminée lorsqu'il existe un **obstacle, relatif ou absolu, à l'exercice de l'action pénale** à l'encontre de la personne physique identifiée: l'auteur est décédé, la plainte n'a pas été déposée pour les infractions sur plainte, etc.; ou encore lorsque l'auteur individuel échappera à la poursuite ou au jugement pour des motifs purement factuels (il est en fuite) ou d'opportunité (la procédure à son endroit est classée). 45

On retient également que l'infraction a été imputée à une personne physique déterminée lorsque son auteur réel n'a certes pas été identifié, mais qu'une autre personne physique répond de l'infraction au titre de sa position de **garant** ou de **chef d'entreprise**⁶⁹. 46

B. Le défaut d'organisation

La loi ne précise pas la nature du défaut d'organisation susceptible d'engager la responsabilité pénale de l'entreprise dans le contexte de CP 102 I et qui constitue la forme de faute retenue à sa charge. Ce qui est déterminant est la constatation objective qu'il existe un défaut d'organisation de l'entreprise et que celui-ci est la cause de l'impossibilité d'imputer l'infraction commise à une personne physique déterminée selon les critères rappelés ci-dessus. En d'autres termes, on examine **ce qui aurait dû être accompli** s'agissant de l'organisation de l'entreprise pour que des responsabilités individuelles puissent être mises en évidence et on compare ce 47

résultat théorique, s'il apparaît praticable, aux mesures effectivement mises en œuvre au sein de l'entreprise.

Ces mesures d'organisation sont tout particulièrement celles ayant trait à la gestion et à la surveillance des **ressources humaines**. On pense en particulier à une définition et à une délimitation claires des tâches de chacun; à des procédures bien définies de délégation de [Seite 1494] compétence; à la mise en place de règles et de procédures en matière de conduite des activités; à des mesures de surveillance efficaces, etc⁷⁰. 48

C. Le lien de causalité

La responsabilité subsidiaire de l'entreprise suppose l'existence d'un lien de causalité entre le défaut d'organisation et l'impossibilité d'imputer l'infraction à une personne physique déterminée, tel que celle-ci apparaisse comme la conséquence, directe et immédiate, de celui-là. Certains auteurs ont proposé de se référer à la théorie de l'augmentation du risque (*Risikoerhöhungstheorie*): il suffirait que le défaut d'organisation de l'entreprise a augmenté le risque que l'infraction ne puisse pas être imputée à une personne physique déterminée⁷¹. Cette interprétation large ne paraît cependant correspondre ni au texte légal (qui **exige une cause**: «en raison du manque d'organisation») ni à la volonté du législateur qui n'a pas souhaité que les entreprises puissent être recherchées avec trop de facilité. 49

V. Les conditions spécifiques à la responsabilité primaire de l'entreprise selon CP 102 II

Les conditions générales de la responsabilité pénale de l'entreprise évoquées ci-dessus sont également applicables à la responsabilité primaire, solidaire ou autonome, de l'entreprise telle qu'elle est consacrée à CP 102 II. 50

A. L'indépendance des punissabilités

Une différence essentielle entre CP 102 I et CP 102 II réside dans **l'indépendance des punissabilités** de l'entreprise et de l'auteur physique. Selon CP 102 II, l'entreprise répond de l'infraction commise «indépendamment de la punissabilité des personnes physiques». Cette indépendance comporte notamment que les éléments qui permettraient d'exclure la culpabilité individuelle n'empêchent pas de rechercher l'entreprise. Ainsi, alors même que l'auteur physique de l'infraction serait irresponsable ou aurait agi sous l'empire d'une erreur ou d'une contrainte absolue, l'entreprise pourrait malgré tout être poursuivie pénalement. Il en va de même si l'auteur de l'infraction échappe à la sanction du fait de son décès, d'un classement de la procédure ou de tout autre obstacle à l'exercice de l'action publique. Seules devraient dès lors bénéficier à l'entreprise les circonstances réalisées dans la personne de l'auteur physique de l'infraction qui empêchent de considérer l'infraction comme ayant été commise: on pense en particulier aux **faits justificatifs** propres à l'auteur individuel. 51

L'examen de la réalisation de l'**élément subjectif** de l'infraction ne se pose pas différemment à CP 102 II que dans le contexte de CP 102 I: là où il est établi à un degré de certitude suffisant qu'une telle intention faisait défaut à l'auteur physique de l'infraction, la responsabilité pénale de l'entreprise est exclue. 52

[Seite 1495] B. Le défaut d'organisation

L'entreprise ne répond de l'une des infractions visées à CP 102 II que «s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction». La carence d'organisation reprochée à l'entreprise doit être ici la cause, non de l'impossibilité d'identifier un auteur physique déterminé à l'infraction considérée, mais bien de l'infraction elle-même: l'entreprise aurait pu empêcher la commission de l'infraction si elle avait déféré à ses obligations en matière d'organisation⁷². 53

54

La loi ne définit pas ce que devraient être ces mesures d'organisation mais se limite à en décrire les limites: elles doivent être «nécessaires» et «raisonnables». Les mesures d'organisation doivent tout d'abord apparaître «**nécessaires**». L'entreprise a l'obligation de prendre non pas n'importe quel type de mesures d'organisation mais bien celles qui apparaissent aptes à empêcher la commission de l'infraction qui s'est produite. L'entreprise doit aussi avoir pris «toutes» les mesures: il ne suffit pas d'en avoir adopté certaines même si ce sont celles qui permettent de parer à la majorité ou aux plus probables des cas de réalisation de l'infraction visée. Est déterminante ici **l'adéquation entre l'ensemble des mesures prises** (ou qui auraient dû l'être), considérées comme un tout, **et la prévention du danger** qui s'est réalisé, en ce sens qu'il devait apparaître prévisible qu'en s'abstenant de mettre en œuvre ces mesures d'organisation particulières, l'infraction en cause devenait susceptible d'être commise. Ces mesures d'organisation doivent toutefois apparaître également «**raisonnables**». En effet, comme le garant, l'entreprise ne saurait faire l'impossible ou ce qui, raisonnablement, ne saurait être exigé d'elle.

On admet qu'une façon d'interpréter CP 102 II d'une manière conforme aux règles du droit pénal «classique» consiste à considérer que cette norme instaure un genre de responsabilité du **chef d'entreprise** dont l'entreprise elle-même serait la destinataire⁷³. S'agissant d'une entreprise, on appréciera cependant avec **plus d'exigence** la diligence mise dans l'adoption, la mise en œuvre et le contrôle des mesures d'organisation qui auraient pu empêcher la commission de l'infraction qu'on ne le ferait à l'égard d'une personne physique, par exemple un chef d'entreprise. C'est en effet la mesure de la **diligence de l'ensemble de l'entreprise** qu'il faut prendre⁷⁴. En particulier, le défaut d'organisation reproché à l'entreprise n'équivaut pas à l'addition des fautes individuelles commises par ses organes dirigeants, car l'entreprise répond d'un manquement collectif dans son organisation⁷⁵. D'ailleurs, la responsabilité du chef d'entreprise est soumise à des conditions plus strictes notamment s'agissant de la réalisation de l'élément subjectif de l'infraction. Elle est également très marquée par les circonstances personnelles concernant l'organe ou le dirigeant recherché. Enfin, l'omission fautive du chef d'entreprise et la commission de l'infraction sont en général rapprochées dans le temps⁷⁶, ce qui n'est pas le cas en matière de carences organisationnelles pertinentes aux termes de CP 102 II.

Les mesures d'organisation sont **plus spécifiques** dans le contexte de la responsabilité primaire de l'entreprise (CP 102 II) que dans celui de sa responsabilité subsidiaire (CP 102 I). En effet, les mesures requises à CP 102 II ne doivent pas permettre de mettre [Seite 1496] en évidence une responsabilité individuelle, non plus qu'éviter la commission de n'importe quelle infraction: elles doivent empêcher les infractions exhaustivement énumérées CP 102 II de la disposition.

On ne peut ainsi faire abstraction, dans l'appréciation de la faute de l'entreprise, des **règles extra-pénales** édictées en vue de prévenir spécifiquement les infractions en cause. On songe notamment, s'agissant du blanchiment d'argent (CP 305^{bis}) aux mesures organisationnelles dont dispose LBA 8 ainsi qu'aux dispositions de l'OBA-FINMA⁷⁷ en matière de diligence⁷⁸.

Les **règles sans portée normative**, comme celles adoptées à l'initiative des organisations professionnelles, ont également leur importance en pratique puisqu'elles permettent de déterminer le standard de la bonne organisation dans un secteur économique donné. A ce titre, elles constituent des «règles de l'art», concept qui n'est pas étranger au droit pénal classique qui y recourt en matière de responsabilité médicale, etc.⁷⁹.

La violation des règles évoquées ci-dessus constitue un **indice** que l'organisation de l'entreprise est défaillante au regard des mesures nécessaires à la prévention de l'infraction en cause. Leur respect devrait conduire en revanche à l'admission d'une présomption inverse: il sera en effet difficile de faire alors le «reproche» à l'

entreprise (c'est le sens qu'il convient de donner à la condition légale: «s'il doit lui être reproché») de ne pas avoir pris une mesure que les règles de conduite ne prévoyaient pas.

Il sied de préciser à cet égard que si une décision de la FINMA, faisant suite à une procédure d'enforcement et constatant certains défauts d'organisation au sein d'un établissement surveillé, constitue un indice de mauvaise organisation selon CP 102 II, elle ne comporte pas pour autant la preuve suffisante du défaut pertinent aux termes de cette dispositions. En effet, CP 102 II pose des exigences assez strictes en matière de défaut pénalement significatif. Ainsi, contrairement à une certaine pratique d'autorités de poursuite pénale, le versement au dossier de la procédure d'une telle décision de la FINMA ne comporte-t-il pas *ipso facto ipso que jure* la démonstration de l'existence d'une faute pénale. 59a

Pour que l'entreprise soit appelée à répondre pénalement de l'infraction commise, il faut en effet encore qu'il existe une relation de causalité adéquate entre son défaut d'organisation et cette infraction. Cette exigence de causalité comporte aussi, *a contrario*, que là où l'entreprise a effectivement pris les mesures d'organisation qui s'imposaient, mais que, malgré tout, une infraction a été commise en son sein, elle ne doit pas en répondre. Tel est en particulier le cas lorsque l'auteur physique du crime ou du délit en cause a **déjoué les mesures d'organisation** mises en place. Par ailleurs, le fait que le texte légal pose l'exigence que le défaut d'organisation puisse être «reproché» à l'entreprise entraîne une restriction supplémentaire. 60

[Seite 1497] VI. Les infractions visées

A. Les infractions relevant du Code pénal

L'entreprise répond des **crimes** et des **délits**. CP 105 I exclut expressément que les entreprises puissent être recherchées en matière de **contraventions**. 61

Toute infraction de degré criminel ou délictuel est en principe susceptible d'engager la responsabilité (subsidaire) de l'entreprise selon CP 102 I. La nécessité que l'infraction ait été commise «au sein de l'entreprise» et «dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts» limitera cependant le champ d'application de la disposition. 62

Les infractions qui permettent d'engager la responsabilité primaire de l'entreprise sont limitativement énumérées à CP 102 II; ce sont actuellement: l'organisation criminelle (CP 260^{ter}), le financement du terrorisme (CP 260^{quinquies}), le blanchiment d'argent (CP 305^{bis}), la corruption d'agents publics suisses (CP 322^{ter}), l'octroi d'un avantage (CP 322^{quinquies}), la corruption active d'agents publics étrangers (CP 322^{septies} I) et la corruption active dans le secteur privé (CP 322^{octies})⁸⁰. Il est probable que cette liste sera appelée à être complétée. 63

B. Les infractions relevant du droit accessoire

1. En général

Les renvois de CP 333 I et CP 335 II permettent, aux conditions de CP 102 I, de rechercher la responsabilité pénale de l'entreprise pour toutes les infractions de la législation accessoire ou, dans les limites de CP 335 II, du droit cantonal. 64

2. La relation entre CP 102 et la DPA

Le Message à l'appui du projet de nouvelle partie générale du Code pénal est particulièrement laconique s'agissant de l'articulation de CP 102 avec le **droit pénal administratif**. Il se limite en substance à indiquer que malgré l'introduction de la responsabilité pénale de l'entreprise, les sanctions administratives pénales à l'endroit des entreprises garderont tout leur sens et que celles-ci ne rendront pas superflue l'ouverture à leur encontre d'une procédure pénale fondée sur CP 102⁸¹. 65

a) Les dispositions de DPA 6 et 7

Le **chapitre III de la DPA** traite des «infractions commises dans une entreprise, par un mandataire, etc.». DPA 6 énonce dans ce contexte la «règle», selon le titre de sa note marginale: DPA 6 I consacre le principe (d'application générale) selon lequel, lorsqu'une infraction est commise, notamment, dans la gestion d'une personne morale, d'une société en nom collectif ou en commandite, d'une entreprise individuelle ou d'une collectivité sans personnalité juridique, les dispositions pénales sont applicables aux **personnes physiques** qui ont commis l'acte; DPA 6 II dispose de la **position de garant**, en particulier du chef d'entreprise ou de l'employeur qui a omis de prévenir l'infraction commise ou d'en supprimer les effets; DPA 6 III prévoit que lorsque ce chef d'entreprise ou cet employeur, notamment, est une personne morale, une société en nom collectif ou en commandite, une entreprise individuelle ou une collectivité sans personnalité juridique, la po [Seite 1498] sition de garant instaurée à DPA 6 II est imputée aux **organes** et à leurs membres, aux associés gérants, dirigeants effectifs ou liquidateurs fautifs. DPA 6 III est une *lex specialis* par rapport à CP 29 et prime à ce titre cette dernière disposition qu'il ne recouvre au demeurant pas complètement⁸².

DPA 6 I (application des dispositions pénales à l'auteur physique de l'infraction), d'une part et DPA 6 II et 6 III (responsabilité de l'employeur ou du chef d'entreprise qui n'a pas prévenu l'infraction), d'autre part, sont des normes qui peuvent trouver une **application concurrente**.

DPA 7, sous la note marginale «réglementation pour les amendes n'excédant pas 5000 francs», permet de condamner la **personne morale**, la société en nom collectif ou en commandite, l'entreprise individuelle ou la collectivité sans personnalité juridique lorsque l'amende entrant en ligne de compte ne dépasse pas CHF 5000.– et que l'enquête rendrait nécessaire à l'égard des personnes punissables selon DPA 6 des mesures d'instruction hors de proportion avec la peine encourue. DPA 7 s'applique ainsi lorsque l'autorité de poursuite n'entend pas, aux conditions posées dans la disposition, rechercher – de façon cumulative ou non – l'auteur individuel de l'infraction (DPA 6 I), l'employeur ou le chef d'entreprise garant (DPA 6 II) ou encore, en bref, l'organe devant répondre à la place de cet employeur ou de ce chef d'entreprise (DPA 6 III). Ce n'est que dans ce **contexte relativement limité** que l'entreprise (selon la définition large qu'en donne DPA 7) peut être poursuivie en lieu et place des personnes physiques.

Plusieurs normes renvoient à DPA 6 et 7 lorsque l'infraction est commise dans une entreprise⁸³. Tel est le cas de LCD 26 ou encore de LTVA 87 et de LD 125, ces deux dernières dispositions permettant l'application de DPA 7 lorsque l'amende prévisible ne dépasse pas CHF 100 000.–.

b) La relation entre CP 102 I et DPA 7

La question de **l'articulation entre CP 102 I et DPA 7** n'est pertinente qu'en l'absence d'imputation de l'infraction à une personne physique.

Si l'auteur physique de l'infraction s'est vu appliquer les dispositions pénales conformément à DPA 6 I, l'infraction a été imputée à une personne physique déterminée selon CP 102 I et l'entreprise n'encourt **aucune responsabilité subsidiaire** au titre de cette disposition. Dans ce cas, l'entreprise ne peut être punie qu'en application de DPA 7 en relation à DPA 6 II ou 6 III.

Si l'auteur physique de l'infraction n'a pas été recherché aux termes de DPA 6 I, mais que l'employeur ou le chef d'entreprise ou leurs organes ont dû répondre de cette infraction au titre de leur **position de garant** selon DPA 6 II ou 6 III, l'infraction a également été imputée à une personne physique déterminée au sens de CP 102 I, ce qui exclut la responsabilité pénale de l'entreprise.

La question du rapport entre CP 102 I et DPA 7 ne se pose ainsi que dans l'hypothèse où l'infraction n'est pas imputée à une personne physique aux termes de DPA 6 I et que de surcroît l'employeur ou le chef d'entreprise ou leurs organes ne sont pas appelés à en répondre selon DPA 6 II et 6 III. Dans ce cas en effet, l'infraction n'aura pas été imputée à une personne physique déterminée et la responsabilité pénale de l'entreprise selon [Seite 1499] CP 102 I pourra en principe être engagée. Or, dans cette hypothèse, DPA 7 pourrait également s'appliquer.

Comment s'articule la relation entre CP 102 I et DPA 7 lorsque l'une et l'autre dispositions peuvent théoriquement être mises en oeuvre? A la suite de HEINE⁸⁴, une partie de la doctrine propose une **application alternative automatique** de CP 102 I et DPA 7. Dans cette approche, DPA 7 n'entrerait en ligne de compte qu'en matière de **contraventions** (CP 102 ne s'étendant pas aux infractions de degré contraventionnel), l'entreprise devant toujours répondre selon CP 102 I s'agissant des **crimes** et des **délits**⁸⁵. Cette opinion ne paraît pas fondée. DPA 7 est en effet clairement une *lex specialis* par rapport aux normes du Code pénal. La **possibilité** ouverte par DPA 7 de rechercher l'entreprise dans les cas où la sanction envisagée *in concreto* (et non la peine menace⁸⁶) ne dépasse pas CHF 5000.– (ou CHF 100 000.– dans le contexte de LTVA 87 et de LD 125) et que la mise en évidence d'une responsabilité pénale individuelle comporterait des efforts disproportionnés constitue en effet une particularité de cette loi qui exclut l'application des dispositions générales du Code pénal, conformément d'ailleurs à DPA 2 et CP 333 I. Or il n'a jamais été dans l'intention du législateur de paralyser, par l'adoption de la nouvelle partie générale du code pénal, la législation accessoire de la Confédération, en particulier le DPA. Ainsi, DPA 7 pourra toujours être appliqué lorsque, dans ce contexte, les conditions de mise en œuvre de CP 102 I seront remplies⁸⁷. En matière délictuelle et criminelle, c'est donc bien **un choix entre CP 102 I et DPA 7** qui s'offre à l'autorité de poursuite dans les cas de (relativement) peu de gravité⁸⁸.

Malgré la teneur ambiguë du Message sur ce point⁸⁹, il faut retenir que si le choix est fait de poursuivre l'entreprise selon CP 102 I, il n'est alors **pas envisageable de punir concurremment** l'entreprise en application de DPA 7.

c) La relation entre CP 102 II et DPA 7

Depuis le 1^{er} juillet 2016, la corruption active dans le secteur privé a été intégrée dans le Code pénal à CP 322^{octies}. A la même date, CP 102 II a été révisé et la référence à LCD 4a I (a) substituée par une référence à CP 322^{octies}⁹⁰.

Il n'existe dès lors **pas de choix** possible entre la responsabilité primaire de CP 102 II et DPA 7, cette dernière disposition ne trouvant jamais à s'appliquer dans le contexte des infractions exhaustivement énumérées à CP 102 II, aucune de celles-là ne ressortissant au champ d'application de la DPA.

VII. La peine et les mesures applicables à l'entreprise

A. La peine encourue

CP 102 I dispose que l'entreprise, reconnue subsidiairement responsable de l'infraction commise en son sein, est punie d'une «amende» de CHF 5 000 000.– au plus. La **seule** [Seite 1500] **peine** applicable aux entreprises est cette amende, à l'exclusion de toute peine accessoire⁹¹.

Le fait que la seule sanction prévue à CP 102 soit l'amende ne comporte pas que les infractions sanctionnées par cette disposition seraient de ce fait disqualifiées en contravention⁹². Certes, CP 103 prévoit que sont des contraventions les infractions sanctionnées d'une amende (par opposition aux délits qui sont, à teneur de CP 10 III, les infractions passibles d'une peine privative de liberté n'excédant pas trois ans ou d'une peine pécuniaire). Cela ne saurait toutefois se référer qu'à la **disposition de la partie spéciale du Code pénal** qui consacre cette infraction et non aux règles de sa

partie générale qui, à l'instar de CP 102, les sanctionnent différemment de la peine menace spéciale à raison par exemple de la qualité particulière de leur auteur⁹³. C'est en effet la gravité de l'infraction dans l'absolu, concrétisée par la **peine menace spéciale** qui la sanctionne, qui est déterminante pour la classification de l'infraction en tant que contravention, délit ou crime (CP 10 et CP 103)⁹⁴. Or, CP 102 ne crée pas de nouvelle infraction et ne fait qu'instaurer une règle d'imputation à l'entreprise des infractions commises en son sein; que l'entreprise réponde de ces infractions à raison d'une **faute propre**, son défaut d'organisation, ne change rien au fait que tant l'entreprise que l'auteur physique répondent d'une seule et même infraction à laquelle ils ont **participé**. C'est dès lors bien la peine menace, telle qu'elle résulte de la disposition de la partie spéciale du Code pénal enfreinte, qui va déterminer si l'infraction imputée à l'entreprise doit être qualifiée de crime ou de délit.

B. Les critères de fixation de la peine

Les critères spécifiques de fixation de l'amende dont dispose CP 102 III sont les suivants: 80

- la **gravité de l'infraction** s'examine à la fois *in abstracto*, en référence à la gravité objective de l'infraction (qui est fonction du bien juridique dont la norme violée assure la protection mais aussi de la peine menace qui la caractérise dans le système de la partie spéciale du Code pénal) et *in concreto* compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce⁹⁵;
 - la **gravité du manque d'organisation** correspond à la gravité de la faute commise par l'entreprise⁹⁶; cette gravité du défaut d'organisation s'examine exclusivement sous l'angle objectif dans les cas d'application de CP 102 I; en revanche, elle doit être appréciée également de manière subjective dans le contexte de CP 102 II dès lors que la disposition prévoit que le défaut d'organisation en question doit pouvoir être «reproché» à l'entreprise, ce qui suppose une appréciation de nature morale;
 - la **gravité du dommage causé** se réfère à la gravité de la lésion (ou de la mise en danger) du bien juridique protégé par la norme violée⁹⁷ et
- [Seite 1501] – la **capacité économique de l'entreprise** doit être prise en compte afin de déterminer la quotité de l'amende⁹⁸; elle fait en quelque sorte partie de la «situation personnelle» de l'entreprise.

Ces **critères spécifiques** doivent être interprétés et, le cas échéant, complétés en conformité à CP 47. Cette application concordante, voire concurrente, des critères de CP 102 III et de ceux de CP 47, dans la mesure où ils sont applicables aux entreprises, trouve au demeurant sa justification dans l'ajout au texte du projet, opéré à dessein par le Conseil des Etats, de l'expression «en particulier»: «Le juge fixe l'amende en particulier d'après [...]»⁹⁹. 81

L'amende infligée, si elle devait ne pas être payée, ne pourra que faire l'objet d'une poursuite pour dettes, pour laquelle la voie de la faillite n'est pas ouverte¹⁰⁰. 82

C. Les mesures

Il n'y a aucune raison d'exclure *a priori* le prononcé à l'encontre des entreprises de certaines mesures prévues par le Code pénal pour autant qu'elles leur soient applicables. On songe ici aux «autres mesures» de CP 66 ss; en particulier: 83

- la **publication du jugement** (CP 68), l'intérêt public devant, s'agissant d'une entreprise, être retenu assez largement¹⁰¹;
- la **confiscation** et des mesures similaires et annexes (CP 69-73). A cet égard, en accord avec l'opinion de SCHMID sur l'impossibilité pour la personne morale au sein de laquelle

une infraction a été commise de se prévaloir de la qualité de tiers de bonne foi aux termes de aCP 59 (1) I¹⁰², il faut constater que l'introduction de la responsabilité pénale de l'entreprise n'a rien changé à la position de celle-ci dans la confiscation¹⁰³.

Les **autres mesures** paraissent en revanche exclues dès lors qu'elles conduiraient à rétablir des sanctions que le législateur a expressément voulu exclure pour les entreprises, telle l'interdiction d'exercer une profession¹⁰⁴. Au surplus, le caractère inapplicable de CP 67 et 67a aux entreprises résulte déjà du cadre de peine qui permet de prononcer la mesure (une peine privative de liberté de plus de six mois), lequel est exorbitant de la peine, exclusivement d'amende, encourue par l'entreprise.

VIII. La disparition de l'entreprise

L'une des questions les plus délicates qui se pose en pratique dans l'application de CP 102 est liée à la **disparition de l'entreprise**. Pour les personnes physiques, la mort est une cause d'extinction de l'action pénale. Doit-il en aller de même pour la «mort» des entreprises, alors même que celle-ci peut prendre de nombreuses formes (dissolution, faillite, absorption, etc.)? Une distinction s'impose entre les disparitions comportant une [Seite 1502] **cessation des activités** de l'entreprise et celles qui induisent un **transfert de ces activités**.

Pour pallier le risque d'extinction de l'action publique en cas de cessation d'activité de l'entreprise, on pourrait, *de lege ferenda*, concevoir de **bloquer leur radiation** du registre du commerce tant que la procédure pénale n'est pas achevée. En l'état, il est déjà envisageable de retenir que les organes ou les représentants de l'entreprise qui feraient disparaître l'entreprise alors qu'une procédure pénale est en cours contre elle se rendraient les auteurs d'une **entrave à l'action pénale** aux termes de CP 305¹⁰⁵.

S'agissant des disparitions induites par des **opérations de fusion, d'absorption ou de scission de l'entreprise**, il est théoriquement envisageable d'appliquer dans le contexte de CP 102 les solutions retenues par le législateur italien, lesquelles imputent l'infraction et la sanction à l'entité issue de la fusion, de l'absorption ou à toutes les entités résultant de la scission¹⁰⁶. On peut en effet considérer que l'entreprise absorbée, fusionnée ou scindée ne disparaît pas, dans un sens comparable à celui de la mort des personnes physiques, parce que l'entreprise qui lui succède incorpore toujours une partie de l'entreprise délinquante. A l'appui de cette position, on pourrait invoquer le fait que le système suisse, à la différence notable du système français, lequel rejette le «transfert» de la responsabilité pénale vers la nouvelle entité¹⁰⁷, ne vise pas les seules personnes morales, soit celles dont précisément la personnalité disparaît au moment (en particulier) de leur radiation, mais bien des «entreprises» qui se définissent plus par leur activité commerciale structurée (susceptible d'être transférée) que par leur forme juridique. Toutefois, la question doit être envisagée dans un contexte plus large, qui englobe les principes développés en particulier par la CourEDH en matière de personnalité des peines, étant rappelé que la CEDH s'applique non seulement aux individus, mais aussi aux personnes morales¹⁰⁸, de sorte que pour celles-là en tous les cas (et il s'agit de l'immense majorité des grandes entreprises) la question du respect du principe de la personnalité des peines doit être posée.

Dans une affaire Crédit Agricole Indosuez Cheuvreux c/Conseil des Marchés Financiers (actuelle AMF) du 22 novembre 2000¹⁰⁹, le Conseil d'Etat français avait considéré qu'un blâme n'était pas transmissible (car il est moral et a donc une portée punitive), tandis que l'amende l'était, en raison de son caractère réglementaire¹¹⁰. De telles considérations ne vont pas sans rappeler la jurisprudence parfois byzantine de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de distinction entre accusation en matière pénale selon CEDH 6 § 1 et sanction disciplinaire. Cette jurisprudence du Conseil d'Etat français est d'ailleurs alignée sur la jurisprudence communautaire¹¹¹. Toutefois, cette jurisprudence apparaît clairement en contradiction avec celle de la Cour de cassation française. Tant la chambre criminelle que la chambre commerciale

ont en effet jugé que le principe de personnalité des peines faisait absolument obstacle à ce qu'une société réponde des infractions commises par la société qu'elle a reprise¹¹². A juste titre en effet, la Cour de cassation a retenu que dans le cas où une société, poursuivie en l'occurrence pour blessures involontaires, fait l'objet d'une fusion-absorption, la société absorbante ne peut être déclarée coupable, l'absorption ayant fait perdre son existence juridique à la société absorbée¹¹³.

Quels enseignements tirer, du point de vue du droit suisse, de ces jurisprudences? **87b**
Relevons tout d'abord que dans un arrêt du 10 mai 2019¹¹⁴, le Tribunal fédéral a une nouvelle fois confirmé sa jurisprudence publiée aux **ATF 140 IV 162** aux termes de laquelle, dans le cadre d'une fusion d'entreprises, la qualité de lésé et donc celle de partie plaignante dans une procédure pénale ne passe pas à la société reprenante. En substance, selon le Tribunal fédéral, on ne saurait comparer les personnes morales ou les entreprises aux personnes physiques en vue d'une application analogique de **CPP 121 I** qui prévoit la subrogation des proches du défunt lésé par une infraction aux droits de celui-ci. Cette subrogation en faveur des proches du défunt se justifie au regard des relations affectives ainsi que de la solidarité entre personnes physiques. Quant à la subrogation, prévue à **CPP 121 II**, en faveur des personnes physiques ou morales (limitée toutefois à l'ouverture d'une action civile et aux droits de procédure se rapportant aux prétentions civiles) qui succèdent, de par la loi, dans les droits du lésé par cession légale, respectivement par subrogation (par exemple l'assureur), elle n'est pas non plus applicable aux cas de fusion, celle-ci intervenant sur la base d'un acte volontaire, en particulier le contrat de fusion. Ces jurisprudences, pour critiquables qu'elles soient, posent la question, non résolue à ce jour, inverse de la «cession» de la qualité, non plus de lésé, mais bien d'auteur de l'infraction. A notre avis, si la question de la dissociation entre attributaire de la responsabilité pénale et destinataire de la sanction peut encore demeurer ouverte (et dépendre des cas d'espèce) lorsque sont en cause des sanctions dont la finalité première est «disciplinaire», c'est-à-dire visent à assurer la régulation du marché ou d'une profession, il ne fait en revanche guère de doute que l'attribution d'une véritable responsabilité pénale, comme le permet **CP 102 II**, se heurte frontalement au principe de la personnalité des peines.

La **transformation** d'un type d'entreprise (aux termes de **CP 102 IV**) en un autre (d'une Sàrl à une SA, par exemple) ne fait dans toutes les hypothèses pas obstacle à la continuation des poursuites. **88**

Les **personnes physiques** «réchappées» de l'entreprise (associés, membres, actionnaires, etc.) ne peuvent en aucun cas être poursuivies pénalement à titre personnel, en raison du principe de la personnalité des peines¹¹⁵. **89**

Fussnoten:

- 1 MACALUSO/GARBARSKI, PJA 2019, 194 ss; MACALUSO, La responsabilité, 90 N 508 ss; ROTH, CEDIDAC 2002, 99; MACALUSO/PONCET, FS Trechsel, 529 ss; ASTROLOGO, 48.
- 2 **ATF 146 IV 68**, c. 2.3 ss. Avant cet arrêt, le Tribunal fédéral avait laissé ouverte la question de la nature de **CP 102** (TF, 6B_7/204 du 21 juillet 2014, c. 3.4.1. Pour un commentaire de cet arrêt, v. MACALUSO/GARBARSKI, commentaire, 22 ss).
- 3 TPF, BB.2016.359 du 14 décembre 2016, c. 4.1.
- 4 **BSK StGB-NIGGLI/GFELLER**, art. 102 N 19a et 20b. *Contra*: MACALUSO/GARBARSKI, **PJA 2017**, 103; STRASSER/VILLARD, 205.
- 5 **BSK StGB-NIGGLI/GFELLER**, art. 102 N 19a et 20b.
- 6 **BSK StGB-NIGGLI/GFELLER**, art. 102 N 19a et 20b.
- 7 **ATF 142 IV 333**, c. 4.1 et 4.2, JdT 2017 IV 187.
- 8 V. ég. RICHA, 87.
- 9 MACALUSO/GARBARSKI, **CP 102** ne consacre pas une infraction de mauvaise organisation in **PJA 2019**, 194 ss. Les auteurs concluaient ainsi leur contribution: «Pour satisfaire aux principes fondamentaux du droit pénal et assurer une application de la responsabilité pénale de l'entreprise

qui soit cohérente avec le système pénal, il faut nécessairement considérer le défaut d'organisation prévu à l'art. 102 CP comme la condition subjective de l'imputation d'une infraction à l'entreprise et non comme un état de fait pénal, c'est-à-dire une infraction autonome à charge de l'entreprise. L'art. 102 CP est donc bien, fondamentalement, une règle d'imputation – sans qu'il faille donner à ces termes une valeur sacramentelle ni même une définition nécessairement classique – dès lors que la disposition: crée bien un nouveau sujet de droit pénal, l'entreprise, radicalement différent des êtres humains; dispose des conditions auxquelles une infraction peut être imputée à cette entreprise, conditions parmi lesquelles figure la condition subjective (la faute propre à l'entreprise) de la mauvaise organisation. Si l'on veut faire une concession sémantique, on peut sans doute parler de norme «mixte», pour autant que l'on exclue de cette mixité l'existence d'une nouvelle infraction de mauvaise organisation. Ainsi, ce sont bien les infractions prévues dans d'autres dispositions du Code pénal qui sont imputées à l'entreprise (la loi utilise d'ailleurs ce terme) et dont celle-ci est appelée à répondre, à la manière d'un garant, à raison de son défaut d'organisation, lequel constitue sa faute personnelle. Cette conception permet de satisfaire au principe *nulla poena sine culpa*, évite les débats infinis sur la «Bestimmtheitsgebot» de la prétendue infraction de mauvaise organisation, est cohérente tant avec la volonté du législateur historique qu'avec la place systématique de la disposition dans le Code pénal et, last but not least, apporte une réponse simple, claire et univoque à la question de la prescription de l'action pénale». Dans le même sens, v. ASTROLOGO, 48.

- 10 ATF 146 IV 68, c. 2.3 ss et 2.4.
- 11 Sylvain Besson, Scandale 1MDB: la justice fédérale ouvre à son tour une enquête contre Falcon Bank, article du 12 octobre 2016, Le Temps: <https://www.letemps.ch/economie/scandale-1mdb-justice-federale-ouvre-tour-une-enquete-contre-falcon-bank> (25 juin 2020); MPC, communiqué de presse du 12 octobre 2016: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-64075.html> (25 juin 2020).
- 12 La première entreprise condamnée en application de CP 102 était *Alstom Network Schweiz*, en 2011. Une amende de CHF 2,5 mio et CHF 36,4 mio à titre de réparation avait été prononcée contre elle. On peut encore citer l'affaire *Stanford Group*, *Nitrochem*, *KBA NotaSys* et *Dredging International Services (Cyprus)*. Depuis 2016, le Ministère public de la Confédération a mis en place un groupe de travail spécialisé, le «groupe 102», dont l'objectif est de coordonner les procédures en cours en suivant une doctrine cohérente. Ce groupe coordonne le travail des procureurs et veille à faire appliquer une unité de doctrine (Federico Franchini, Plusieurs banques suisses sous enquête pour corruption, article du 28 février 2019, Swissinfo.ch: https://www.swissinfo.ch/fre/economie/criminalit%C3%A9-%C3%A9conomique_plusieurs-banques-suissees-sous-enqu%C3%AAtte-pour-corruption/44783316) (25 juin 2020).
- 13 Ministère public de la Confédération, Rapport de Gestion de l'année 2018, 5 (<https://www.bundesanwalt.ch/mpc/fr/home/taetigkeitsberichte/taetigkeitsberichte-der-ba.html>) [25 juin 2020])
- 14 VILLARD, RSDA 2018, 114.
- 15 ATF 142 IV 333 (TF, 6B_124/2016 du 11 octobre 2016), JdT 2017 IV 187.
- 16 Dans le cadre du complexe de faits concernant Petrobras, qui a provoqué l'ouverture de plus de 60 enquêtes par le MPC, les sociétés, Odebrecht SA et Construtora Norberto Odebrecht SA (CNO), ont déjà été condamnées en décembre 2016 en application de CP 102 II pour des cas de corruption d'agents étrangers et de blanchiment.
- 17 Le Crédit suisse est sous enquête pour une affaire de blanchiment dans le cadre d'un réseau de stupéfiants bulgare dirigé par un certain Evelin Banev. La procédure est ouverte depuis 2013 (Federico Franchini, Crédit Suisse sous enquête du MPC dans l'affaire du «roi de la coke» bulgare, article du 15 juillet 2019, Swissinfo.ch: https://www.swissinfo.ch/fre/economie/blanchiment-d-argent_credit-suisse-sous-enqu%C3%AAtte-du-mpc-dans-l-affaire-du-roi-de-la-coke--bulgare/45093356) (25 juin 2020).
- 18 La banque Lombard Odier est sous enquête dans le cadre d'une affaire de corruption impliquant la fille de l'ancien président Ouzbek, Mme Gulnara Karimova. On parle de CHF 800 mio de pots-de-vin (Sebastien Ruche, Lombard Odier fait l'objet d'une enquête pénale, article du 23 février 2017, Le Temps: <https://www.letemps.ch/economie/lombard-odier-lobjet-dune-enquete-penale>) (25 juin 2020).
- 19 Enquête menée en lien avec l'affaire du fond souverain malaisien 1MDB.
- 20 Cette procédure a été ouverte en marge de l'affaire 1MDB, à la suite d'une amende infligée par la FINMA en octobre 2016, pour défaut d'organisation ayant conduit à du blanchiment d'argent (CP 305^{bis}).
- 21 MPC, communiqué de presse du 17 octobre 2019. Cette condamnation fait suite à une première procédure dirigée contre un trader de Gunvor, qui s'est vu condamné à 18 mois de peine privative de liberté avec sursis pour corruption au sens de l'art. 322^{septies} CP.

- 22 Federico Franchini, Plusieurs banques suisses sous enquête pour corruption, article du 28 février 2019, Swissinfo.ch: https://www.swissinfo.ch/fre/economie/criminalite/C3%A9-%C3%A9conomique_plusieurs-banques-suisses-sous-enqu%C3%AAtte-pour-corruption/44783316 (25 juin 2020).
- 23 ASTROLOGO, 51. Pour un état des lieux à l'étranger, v. BUENO, SRIEL, 349.
- 24 MACALUSO, La responsabilité, 96 N 542; ROTH, CEDIDAC 2002, 83.
- 25 ACJCE, arrêt *Hydrotherm* du 12 juillet 1984, 170/83, Rec. 2999 N 11.
- 26 TPI, arrêt *Shell c. Commission* du 10 mars 1992, T-11/89, Rec. II -757, N 311.
- 27 En ce sens: FORSTER, 96 ss; HEINIGER, N 442.
- 28 Dans le même sens, VILLARD, groupes de sociétés, N 498.
- 29 BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 360 ss.
- 30 BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 372.
- 31 MACALUSO, La responsabilité, 114 ss N 654 ss.
- 32 FORSTER, 125 ss.
- 33 MEIER-HAYOZ A./FORSTMOSER P., Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Berne 1998, 257 N 26 ss.
- 34 FORSTER, 125 ss.
- 35 Annexe RK-N 20 au PV de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 24 avril 2001; MÜLLER, ECS 2003, 13.
- 36 SCHMID, FS Forstmoser, 770; MACALUSO, La responsabilité, 104 ss N 586 ss, 108; MOREILLON, RPS 1999, 338; ROTH, Rapport, 42; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 391 ss, spéc. 394; *contra*: FORSTER, 125.
- 37 ATF 124 III 363, c. 2b et les réf. citées.
- 38 MEIER-HAYOZ A./FORSTMOSER P., Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Berne 1998, 258 N 29.
- 39 MACALUSO, La responsabilité, 108 N 615; FORSTER, 121.
- 40 V. en ce sens, en matière de consortium de construction: DESSEMONTET R., Le consortium de construction et sa fin prématurée en droit suisse, Lausanne 2006, 41 ss N 131 ss.
- 41 CASSANI, Pratique de l'avocat, 679 s.
- 42 MACALUSO, La responsabilité, 108 N 616; FORSTER, 120.
- 43 V. ég. KUNZ, Wirtschaftsrecht, N 601; NADELHOFER DO CANTO, 129 ss (affaire Alstom).
- 44 ACJCE, arrêt *Stora* du 16 novembre 2000, C-286/98 P, Rec. 2000-I 09925; ACJCE arrêt *Europemballage* du 18 avril 1975, 6-72, Rec. 1973-I 215; ROTH, CEDIDAC 2002, 86 ss.
- 45 MOREILLON, Concurrence, 985 N 21 s.
- 46 BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 403 ss.
- 47 MACALUSO, Mélanges Stoudmann, 120; CASSANI, Pratique de l'avocat, 680.
- 48 FORSTER, 154 ss; MACALUSO, La responsabilité, 126 ss, N 719 ss.
- 49 MACALUSO, La responsabilité, 128, N 729 ss; GARBARSKI, Responsabilité civile et pénale, 409; nuancé: FORSTER, 157.
- 50 FORSTER, 159; MACALUSO, La responsabilité, 128 s., N 732 ss; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 71-74.
- 51 MACALUSO, La responsabilité, 128 ss N 732 ss.
- 52 FORSTER, 156; MACALUSO, La responsabilité, 128 N 731.
- 53 BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 76 ss.
- 54 MACALUSO, La responsabilité, 130 ss N 745 ss.
- 55 BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 82 ss.
- 56 FORSTER, 194 ss; GARBARSKI, Responsabilité civile et pénale, 410; MACALUSO, La responsabilité, 130 ss N 742 ss.
- 57 BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 88 ss.

- 58 MACALUSO, La responsabilité, 133 ss N 760 ss; **BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 101**. *Contra*:
FORSTER, 197 s., qui semble toutefois limiter son analyse à la question du risque général.
- 59 FORSTER, 157; MACALUSO, La responsabilité, 138 N 796 ss.
- 60 MACALUSO, La responsabilité, 182 N 1058. *Contra*: **BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 62**.
- 61 Jurisprudence confirmée dans TF, **6B_1098/2017** du 5 avril 2018, c. 5.
- 62 MACALUSO/GARBARSKI, PJA 2017, 101.
- 63 HERREN, 1113.
- 64 Cass. Crim., du 21 mars 2000, Bull. Crim. N 128.
- 65 Pour une critique de cette théorie, v. VILLARD, RSDA 2018, 118.
- 66 **ATF 142 IV 333**, c. 5.1.
- 67 **BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 102** ss.
- 68 MACALUSO, La responsabilité, 141 N 808 ss.
- 69 FORSTER, 205; MACALUSO, La responsabilité, 142 N 813.
- 70 GARBARSKI, Responsabilité civile et pénale, 415 ss; MACALUSO, La responsabilité, 146 ss N 837 ss;
BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 212 ss.
- 71 FORSTER, 224 s.
- 72 **BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 207** ss.
- 73 ROTH, CEDIDAC 2002, 98; MACALUSO, La responsabilité, 149 ss N 854 ss; GARBARSKI,
Responsabilité civile et pénale, 418; avec des nuances: FORSTER, 228.
- 74 FORSTER, 244.
- 75 GARBARSKI, Responsabilité civile et pénale, 429; HEINE, FS Lampe, 594.
- 76 GARBARSKI, Responsabilité civile et pénale, 429.
- 77 Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, **RS 955.033.0**.
- 78 V. s'agissant de l'ancienne OBA-CFB: GEIGER, 127 ss.
- 79 **ATF 129 IV 119**, c. 2.1.
- 80 **BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 230** ss.
- 81 Message CP 1998, 1946.
- 82 **Cf. CP 29 N 8**.
- 83 Pour une liste détaillée des textes légaux: **BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 118** ss.
- 84 HEINE, recht 2005, 8 ss.
- 85 GARBARSKI, Responsabilité civile et pénale, 433; FORSTER, 259.
- 86 HAURI K., Verwaltungsstrafrecht, Berne 1998, DPA 7 20 N 7a.
- 87 MOREILLON, Chef d'entreprise, 104 s.
- 88 GARBARSKI, Responsabilité civile et pénale, 430.
- 89 Message CP 1998, 1946.
- 90 RO 2016 1287.
- 91 MACALUSO, La responsabilité, 173, N 1000; BERTOSSA, 29.
- 92 *Contra*: **BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 35** ss.
- 93 Ainsi des adolescents sous l'empire de aCP 95.
- 94 **ATF 92 IV 122**, spéc. 123 s.
- 95 **BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 310** ss.
- 96 **BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 315** s.
- 97 **BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 314**.

- 98 BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 317 s.
- 99 FORSTER, 263; MACALUSO, La responsabilité, 170 ss N 579 ss; SCHMID, recht 2003, 221.
- 100 LP 43 I; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 340.
- 101 GARBARSKI, Responsabilité civile et pénale, 421; MACALUSO, La responsabilité, 173 N 1002; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 342. *Contra*: FORSTER, 284, qui s'appuie en particulier sur le Message CP 1998, 1914.
- 102 SCHMID, Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, vol. I, Zurich 1998, 91 N 20.
- 103 MACALUSO, La responsabilité, 174 N 1003; SCHMID, recht 2003, 221; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 343 ss.
- 104 FORSTER, 283; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 340.
- 105 V. CASSANI, Pratique de l'avocat, 685.
- 106 DL 231/2001 28-33 et 42 I.
- 107 Cass. Crim., du 20.06.2000, Bull. Crim. N 237.
- 108 CourEDH, arrêt *Société Stenuit c. France* du 27 février 1992, requête no 11598/85, Série A, vol. 232-A, § 66.
- 109 Conseil d'Etat, Section, du 22 novembre 2000, 207697, publié au recueil Lebon.
- 110 V. en ce sens ég.: Société ODDO et CIE c/AMF, décision du Conseil d'Etat du 17 décembre 2008.
- 111 ACJCE, arrêt *Co Pratieve Vereniging Suiker unie UA et autres c/Commission* du 16 décembre 1975, C-42/73, Rec. P. 1663; ACJCE, arrêt *Compagnie royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH c /Commission* du 28 mars 1984, C-29/83, Rec. P. 1679.
- 112 Cass. Com. 15 juin 1999, Bull. Civ. IV, n° 127.
- 113 Cass. Crim, 20 juin 2000, Bull. Crim. n° 237, 702.
- 114 TF, 1B_4/2019 du 10 mai 2019.
- 115 BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, spéc. art. 102 N 365 i.f. et 367 i.f.

Appendix 6

Swiss Military Criminal Code — version in force before 2011

*Federal Act of 13 June 1927 (SR 321.0), version in force as at 2 May 2000 ·
Article 2(9), Article 6, Article 9, and Articles 108 to 114*

Book I: Military criminal law

Part I: General provisions

Chapter 1: Application of criminal law

...

Art. 2(9)

Conditions as to persons and subject matter. In general

The following are subject to military criminal law: [...]

9. Civilians who, in connection with an armed conflict, commit offences against the law of nations (Arts. 108 to 114).[13]

...

Art. 6

Participation of civilians

1 Persons not subject to military criminal law who have participated, together with other persons to whom military criminal law applies, in a purely military offence (Arts. 61 to 85), in an offence against national defense and against the defensive capacity of the country (Arts. 86 to 107), or in an offence against the law of nations in armed conflict (Arts. 108 to 114), are likewise punishable under this Code.

2 Persons not subject to military criminal law who have participated, together with other persons to whom military criminal law applies, in an ordinary offence (Arts. 115 to 179) remain subject to ordinary criminal law.

...

Art. 9

Conditions as to place

1 This Code applies to offences committed in Switzerland and to offences committed abroad.

2 Any custodial sentence served abroad in respect of the offence prosecuted in Switzerland shall be deducted from the sentence to be imposed.

...

Chapter Six: Offences against the law of nations committed in armed conflict

Art. 108

Scope of application

1 The provisions of this Chapter apply in the event of declared wars and of other armed conflicts between two or more States; violations of neutrality, and the use of force to repel such violations, are assimilated to such conflicts.

2 Breaches of international agreements are likewise punishable where those agreements provide for a broader scope of application.

Art. 109

Violation of the laws of war

1 Any person who contravenes the provisions of international conventions on the conduct of war or on the protection of persons and property, any person who violates other recognized laws and customs of war, shall, unless more severe provisions are applicable, be punished by imprisonment. In serious cases, the penalty shall be penal servitude.

2 Where the offence is minor, it shall be punished by disciplinary measures.

Art. 110

Misuse of an international emblem

Any person who misuses the emblem or the protection of the Red Cross, the Red Crescent, the Red Lion and Sun or the distinctive sign for cultural heritage, in order to prepare or commit hostile acts, shall be punished by imprisonment. In serious cases, the penalty shall be penal servitude.

Art. 111

Hostile acts against persons and objects protected by an international organization

1 Any person who commits hostile acts against persons placed under the protection of the Red Cross, the Red Crescent, the Red Lion and Sun or the distinctive sign for cultural heritage, or who prevents them from performing their functions,

any person who destroys or damages material placed under the protection of the Red Cross, the Red Crescent or the Red Lion and Sun,

any person who unlawfully destroys or damages cultural property or material placed under the protection of the distinctive sign for cultural heritage,
shall be punished by imprisonment. In serious cases, the penalty shall be penal servitude.

2 Where the offence is minor, it shall be punished by disciplinary measures.

Art. 112

Violation of duties towards enemies

Any person who kills or wounds an enemy who is surrendering or who has otherwise ceased to defend himself,

any person who mutilates a dead enemy,

shall be punished by imprisonment. In serious cases, the penalty shall be penal servitude.

Art. 113

Breach of an armistice or of peace

Any person who continues hostilities after having been officially informed of the conclusion of an armistice or of peace,

any person who in any other manner violates the terms of an armistice that have been officially brought to his attention,

shall be punished by imprisonment. In serious cases, the penalty shall be penal servitude.

Art. 114

Offences against a bearer of a flag of truce

Any person who ill-treats, insults or unduly detains an enemy bearer of a flag of truce (« parlementaire »), or a person accompanying him, shall be punished by imprisonment.

Code pénal militaire (CPM)

321.0

loi fédérale du 13 juin 1927 (Etat le 2 mai 2000)

*L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu les articles 20 et 64^{bis} de la constitution fédérale¹;²
vu le message du Conseil fédéral du 26 novembre 1918³
arrête:*

Livre premier: Droit pénal militaire **Première partie: Dispositions générales** **Chapitre premier: Application de la loi pénale**

Art. 1

1. Pas de
peine sans loi

Nul ne peut être puni s'il n'a commis un acte expressément réprimé par la loi.

Art. 2⁴

2. Conditions
personnelles
et matérielles.
En général

Sont soumis au droit pénal militaire:

- 1.⁵ Les personnes astreintes au service militaire ...⁶, lorsqu'elles sont au service militaire, à l'exception des permissionnaires qui commettent les infractions prévues aux articles 115 à 137 et 145 à 179 lorsqu'elles ne sont pas en relation avec le service de la troupe;
2. Les fonctionnaires, employés et ouvriers de l'administration militaire de la Confédération et des cantons, pour les actes intéressant la défense nationale; de même, lorsqu'ils portent l'uniforme;

RO 43 375 RS 3 383

¹ [RS 1 3]. Aux dispositions mentionnées correspondent actuellement les art. 60 et 123 de la cst. du 18 avril 1999 (RS 101).

² Nouvelle teneur selon le ch. I 4 de la LF du 8 oct. 1999 sur l'abolition des Assises fédérales, en vigueur depuis le 1^{er} mars 2000 (RO 2000 505 511; FF 1999 7145).

³ FF 1918 V 349

⁴ Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 21 déc. 1950, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1951 (RO 1951 439 456; FF 1949 II 133).

⁵ Nouvelle teneur selon le ch. I 2 de la LF du 23 mars 1979, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 1980 (RO 1979 1037 1058; FF 1977 II 1).

⁶ Mots abrogés par le ch. 2 de l'appendice à la LF du 22 juin 1990 (RO 1990 1882; FF 1989 II 1078).

- 3.⁷ Les personnes astreintes au service militaire ...⁸, lorsqu'elles portent l'uniforme en dehors du service et qu'elles commettent les infractions prévues aux articles 61 à 114 et 138 à 144;
4. Les personnes astreintes au service militaire ...⁹, même si elles ne sont pas au service, pour ce qui concerne leur situation militaire et leurs devoirs de service;
5. Les personnes astreintes à se présenter au recrutement, pour ce qui concerne l'obligation de se présenter, ainsi que pendant la durée du recrutement et jusqu'à leur licenciement par l'autorité de recrutement;
- 6.¹⁰ Les personnes faisant partie du corps des gardes de fortifications, de l'escadre de surveillance, du corps fédéral des gardes-frontière et celles qui, dans les établissements militaires, sont tenues de porter l'uniforme, pour les infractions commises durant le service, les infractions commises hors du service mais touchant leurs obligations militaires ou leur situation militaire et les infractions qu'elles commettent en uniforme;
- 7.¹¹ Les civils employés durablement par la troupe ou qui le sont pour l'exécution de tâches spéciales;
- 8.¹² Les civils qui se rendent coupables de trahison par violation de secrets intéressant la défense nationale (art. 86), de sabotage (art. 86a), d'atteinte à la puissance défensive du pays (art. 94 à 96), de violation de secrets militaires (art. 106) ou de désobéissance à des mesures prises par les autorités militaires et civiles en vue de préparer ou d'exécuter la mobilisation de l'armée ou de sauvegarder le secret militaire (art. 107);
- 9.¹³ Les civils qui, à l'occasion d'un conflit armé, se rendent coupables d'infractions contre le droit des gens (art. 108 à 114).
- 10.¹⁴ Durant le service, les personnes qui, selon l'article 66 de la loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire¹⁵, effectuent un

⁷ Nouvelle teneur selon le ch. I 2 de la LF du 23 mars 1979, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 1980 (RO **1979** 1037 1058; FF **1977** II 1).

⁸ Mots abrogés par le ch. 2 de l'appendice à la LF du 22 juin 1990 (RO **1990** 1882; FF **1989** II 1078).

⁹ Mots abrogés par le ch. 2 de l'appendice à la LF du 22 juin 1990 (RO **1990** 1882; FF **1989** II 1078).

¹⁰ Nouvelle teneur selon le ch. II 1 de la LF du 5 oct. 1967, en vigueur depuis le 1^{er} mars 1968 (RO **1968** 228 238; FF **1967** I 605).

¹¹ Nouvelle teneur selon le ch. I 2 de la LF du 23 mars 1979, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 1980 (RO **1979** 1037 1058; FF **1977** II 1).

¹² Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 5 oct. 1967, en vigueur depuis le 1^{er} mars 1968 (RO **1968** 228 238; FF **1967** I 605).

¹³ Introduit par le ch. I de la LF du 5 oct. 1967, en vigueur depuis le 1^{er} mars 1968 (RO **1968** 228 238; FF **1967** I 605).

¹⁴ Introduit par le ch. 5 de l'annexe à la LF du 3 fév. 1995 sur l'armée et l'administration militaire, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 1996 (RS **510.10**).

¹⁵ RS **510.10**

service de promotion de la paix, ainsi que hors du service lorsqu'il y a relation avec leurs devoirs et leur fonction de service, ou lorsqu'elles portent l'uniforme.

Art. 3¹⁶

Extension en cas
de service actif

En cas de service actif, sont soumis en outre au droit pénal militaire sur décision du Conseil fédéral et dans la mesure fixé par lui:

1. Les civils qui se rendent coupables d'une des infractions suivantes:
crime ou délit contre une garde militaire (art. 65),
usurpation de pouvoirs (art. 69),
trahison militaire (art. 87) ou trahison par propagation de fausses informations (art. 89),
actes d'hostilité contre un belligérant ou des troupes étrangères (art. 92),
violation d'obligations contractuelles (art. 97),
atteinte à la sécurité militaire (art. 98 à 105, 107)¹⁷,
corruption active (art. 141),
gestion déloyale (art. 144),
atteinte à l'honneur d'une personne au service, quant à sa situation militaire ou à son activité de service (art. 145 à 148),
faire évader des détenus (art. 177);
- 2.¹⁸ Les civils qui se rendent coupables des actes visés par les articles 73, 78, 115 à 118, 121 à 123, 128, 129 à 131, 134 à 136, 149 à 151c, 160, 161 à 165 et 167 à 169 du code pénal militaire, si ces actes sont dirigés contre des militaires et des autorités militaires ou concernent des choses servant à l'armée;
3. Les civils qui commettent intentionnellement les actes visés par les articles 166, 169a, 170 et 171 du code pénal militaire;
- 4.¹⁹ Les internés militaires d'Etats belligérants qui appartiennent à leurs forces armées, à leurs milices et à leurs corps de volontaires, y compris les mouvements de résistance organisés, les civils internés et les réfugiés dont l'armée a la charge;

¹⁶ Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 21 déc. 1950, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1951 (RO 1951 439 456; FF 1949 II 133).

¹⁷ Nouvelle teneur selon le ch. II de la LF du 5 oct. 1967, en vigueur depuis le 1^{er} mars 1968 (RO 1968 228 238; FF 1967 I 605).

¹⁸ Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 9 oct. 1981, en vigueur depuis le 1^{er} oct. 1982 (RO 1982 1535 1538; FF 1980 I 1216).

¹⁹ Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 5 oct. 1967, en vigueur depuis le 1^{er} mars 1968 (RO 1968 228 238; FF 1967 I 605).

5. Les fonctionnaires, employés et ouvriers de l'administration militaire de la Confédération et des cantons, y compris ceux des établissements et des ateliers militaires,

...²⁰

des services et exploitations d'intérêt vital, notamment des distributions d'eau, des usines hydrauliques, des usines électriques, des usines à gaz et des hôpitaux.

Art. 4

Extension en
temps de guerre

En temps de guerre, sont soumis au droit pénal militaire, outre les personnes mentionnées aux articles 2 et 3:

- 1.²¹ Les personnes qui suivent les forces armées sans en faire directement partie.
2. Les civils qui se rendent coupables d'une des infractions suivantes:

Trahison dans les cas prévus aux articles 88, 90 et 91,

Espionnage militaire au préjudice d'un Etat étranger (art. 93),

...²²

Pillage ou brigandage de guerre (art. 139 et 140),

Incendie, explosion, emploi d'explosifs, inondation ou effondrement, en tant que l'infraction porte atteinte à des choses servant à l'armée (art. 160, ch. 2, 3^e al.²³, et ch. 4²⁴; art. 161, ch. 1, 3^e al., et ch. 2; art. 162, 3^e al.; art. 165, ch. 1, 3^e al., et ch. 2);

3. Les prisonniers de guerre, pour les infractions prévues par le présent code, y compris celles qu'ils auraient commises en Suisse ou à l'étranger, pendant la guerre et avant le début de leur captivité, contre l'Etat ou l'armée suisses, ou contre des personnes appartenant à l'armée suisse;
4. Les parlementaires ennemis et les personnes qui les accompagnent, s'ils abusent de leur situation pour commettre une infraction;
- 5.²⁵ Les civils internés dans des régions en guerre ou occupées.

²⁰ Abrogé par le ch. 5 de l'annexe à la LF du 3 fév. 1995 sur l'armée et l'administration militaire (RS 510.10).

²¹ Nouvelle teneur selon le ch. I 2 de la LF du 23 mars 1979, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 1980 (RO 1979 1037 1058; FF 1977 II 1).

²² Phrase abrogée par le ch. II 3 de la LF du 5 oct. 1967 (RO 1968 228; FF 1967 I 605).

²³ Actuellement art. 160 al. 2.

²⁴ Actuellement art. 160a.

²⁵ Introduit par le ch. I de la LF du 21 déc. 1950, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1951 (RO 1951 439 456; FF 1949 II 133).

Art. 5

- Temps de guerre ¹ Au sens du présent code, le temps de guerre existe non seulement quand la Suisse est en guerre, mais aussi lorsqu'en cas de danger de guerre imminent le Conseil fédéral met en vigueur les dispositions établies pour le temps de guerre.
- ² La décision du Conseil fédéral est immédiatement exécutoire. Elle doit être soumise le plus tôt possible à l'Assemblée fédérale qui décide si elle sera maintenue.

Art. 6

- Participation de civils ¹ Les personnes non soumises au droit pénal militaire qui auront participé soit à une infraction purement militaire (art. 61 à 85), soit à une infraction contre la défense nationale et contre la puissance défensive du pays (art. 86 à 107), soit à une infraction contre le droit des gens en cas de conflit armé (art. 108 à 114), avec d'autres personnes auxquelles le droit pénal militaire est applicable, seront également punissables d'après le présent code.²⁶
- ² Les personnes non soumises au droit pénal militaire qui auront participé à une infraction de droit commun (art. 115 à 179²⁷) avec d'autres personnes auxquelles le droit pénal militaire est applicable, restent soumises au droit pénal ordinaire.

Art. 7

- Application du droit pénal ordinaire Les personnes auxquelles le droit pénal militaire est applicable restent soumises au droit pénal ordinaire pour les infraction non prévues par le présent code.

Art. 8

3. Conditions de temps ¹ Sera jugée d'après le présent code toute personne qui aura commis une infraction après l'entrée en vigueur de ce code.
- ² Le présent code est aussi applicable aux infractions commises avant la date de son entrée en vigueur, si l'auteur n'est mis en jugement qu'après cette date et si le présent code lui est plus favorable que la loi en vigueur au moment de l'infraction.

Art. 9

4. Conditions de lieu ¹ Le présent code est applicable aux infractions commises en Suisse et à celles qui ont été commises à l'étranger.

²⁶ Nouvelle teneur selon le ch. I 2 de la LF du 23 mars 1979, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 1980 (RO 1979 1037 1058; FF 1977 II 1).

²⁷ Actuellement art. 115 à 179a.

² Toute peine privative de liberté subie à l'étranger à raison de l'infraction poursuivie en Suisse sera imputée sur la peine à prononcer.

Chapitre deuxième: Conditions de la répression²⁸

Art. 9a²⁹

1. Crimes
et délits

¹ Sont réputées crimes les infractions passibles de la réclusion.³⁰

² Sont réputées délits les infractions passibles de l'emprisonnement comme peine la plus grave.

Art. 10³¹

2. Responsa-
bilité.
Irresponsables

N'est pas punissable celui qui, étant atteint d'une maladie mentale, de faiblesse d'esprit ou d'une grave altération de la conscience, ne possédait pas, au moment d'agir, la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation. Le juge peut ordonner les mesures prévues aux articles 43 et 44 du code pénal suisse³².

Art. 11³³

Responsabilité
restreinte

Le juge pourra atténuer librement la peine (art. 47), si, par suite d'un trouble dans sa santé mentale ou dans sa conscience ou par suite d'un développement mental incomplet, le délinquant, au moment d'agir, ne possédait pas pleinement la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation. Il peut ordonner les mesures prévues aux articles 42 à 44 et 100^{bis} du code pénal suisse³⁴.

²⁸ Nouvelle teneur du titre selon le ch. I de la LF du 13 juin 1941, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 1942 (RO 57 1301 1323; FF 1940 1021).

²⁹ Introduit par le ch. I de la LF du 13 juin 1941, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 1942 (RO 57 1301 1323; FF 1940 1021). Selon le ch. I 1 al. 2 de la LF du 23 mars 1979 (RO 1979 1037), les articles intercalaires bis, ter, etc., ont été remplacés dans tout le présent texte par des articles a, b, etc.

³⁰ Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 20 mars 1992, en vigueur depuis le 1^{er} sept. 1992 (RO 1992 1679 1683; FF 1991 II 1420, IV 181).

³¹ Nouvelle teneur selon le ch. I 2 de la LF du 23 mars 1979, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 1980 (RO 1979 1037 1058; FF 1977 II 1).

³² RS 311.0

³³ Nouvelle teneur selon le ch. I 2 de la LF du 23 mars 1979, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 1980 (RO 1979 1037 1058; FF 1977 II 1).

³⁴ RS 311.0

Chapitre sixième: Infractions commises contre le droit des gens en cas de conflit armé¹⁷⁶

Art. 108¹⁷⁷

Champ
d'application

¹ Les dispositions de ce chapitre sont applicables en cas de guerres déclarées et d'autres conflits armés entre deux ou plusieurs Etats; à ces conflits sont assimilés les atteintes à la neutralité, ainsi que le recours à la force pour repousser de telles atteintes.

² La violation d'accords internationaux est aussi punissable si les accords prévoient un champ d'application plus étendu.

Art. 109¹⁷⁸

Violation des
lois de la guerre

¹ Celui qui aura contrevenu aux prescriptions de conventions internationales sur la conduite de la guerre ainsi que pour la protection de personnes et de biens,

celui qui aura violé d'autres lois et coutumes de la guerre reconnues, sera, sauf si des dispositions plus sévères sont applicables, puni de l'emprisonnement. Dans les cas graves, la peine sera la réclusion.

² L'infraction sera punie disciplinairement si elle est de peu de gravité.

Art. 110¹⁷⁹

Abus d'un em-
blème interna-
tional

Celui qui aura abusé de l'emblème ou de la protection de la Croix-Rouge, du Croissant-Rouge, du Lion et du Soleil-Rouges ou de l'écusson des biens culturels, pour préparer ou commettre des actes d'hostilité, sera puni de l'emprisonnement. Dans les cas graves, la peine sera la réclusion.

Art. 111¹⁸⁰

Actes d'hostilité
contre des per-
sonnes et des
choses protégées
par une organi-
sation interna-
tionale

¹ Celui qui se sera livré à des actes d'hostilité contre des personnes placées sous la protection de la Croix-Rouge, du Croissant-Rouge, du Lion et du Soleil-Rouges ou de l'écusson des biens culturels, ou les aura empêchées d'exercer leurs fonctions,

¹⁷⁶ Nouvelle teneur du titre selon le ch. I de la LF du 5 oct. 1967, en vigueur depuis le 1^{er} mars 1968 (RO 1968 228 238; FF 1967 I 605).

¹⁷⁷ Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 5 oct. 1967, en vigueur depuis le 1^{er} mars 1968 (RO 1968 228 238; FF 1967 I 605).

¹⁷⁸ Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 5 oct. 1967, en vigueur depuis le 1^{er} mars 1968 (RO 1968 228 238; FF 1967 I 605).

¹⁷⁹ Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 5 oct. 1967, en vigueur depuis le 1^{er} mars 1968 (RO 1968 228 238; FF 1967 I 605).

¹⁸⁰ Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 5 oct. 1967, en vigueur depuis le 1^{er} mars 1968 (RO 1968 228 238; FF 1967 I 605).

celui qui aura détruit ou endommagé du matériel placé sous la protection de la Croix-Rouge, du Croissant-Rouge ou du Lion et du Soleil-Rouges,

celui qui, sans droit, aura détruit ou endommagé des biens culturels ou du matériel placés sous la protection de l'écusson des biens culturels,

sera puni de l'emprisonnement. Dans les cas graves, la peine sera la réclusion.

² L'infraction sera punie disciplinairement si elle est de peu de gravité.

Art. 112

Violation des
devoirs envers
des ennemis

Celui qui aura tué ou blessé un ennemi qui se rendait ou qui, d'une autre manière, avait cessé de se défendre,

celui qui aura mutilé un ennemi mort,

sera puni de l'emprisonnement. Dans les cas graves, la peine sera la réclusion.

Art. 113

Rupture d'un
armistice ou
de la paix

Celui qui aura continué les hostilités, après avoir eu officiellement connaissance de la conclusion d'un armistice ou de la paix,

celui qui aura, de n'importe quelle autre manière, violé les conditions d'un armistice qui avaient été officiellement portées à sa connaissance,

sera puni de l'emprisonnement. Dans les cas graves, la peine sera la réclusion.

Art. 114

Infractions contre un parlementaire

Celui qui aura maltraité, injurié ou retenu indûment un parlementaire ennemi ou une personne qui l'accompagne, sera puni de l'emprisonnement.

Chapitre septième: Crimes ou délits contre la vie et l'intégrité corporelle

Art. 115¹⁸¹

1. Homicide.
Meurtre

Celui qui aura intentionnellement tué une personne sera puni de la réclusion pour cinq ans au moins, en tant que les conditions prévues aux articles suivants ne seront pas réalisées.

¹⁸¹ Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 13 juin 1941, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 1942 (RO 57 1301 1323; FF 1940 1021).

Appendix 7

This is an unofficial translation provided by the Swiss non-governmental organization Civitas Maxima (<https://www.civitas-maxima.org/>). The original decision of the Swiss Federal Criminal Court, Court of Appeal, May 30, 2023, is available (in French) at: https://bstger.weblaw.ch/pdf/20230530_CA_2022_8.pdf

The Court of Appeal considers :

I. Procedure

1. Litigation

(...)

1.1 Jurisdiction of Switzerland

1.1.1 The authority of first instance examined the question of the applicable legal provisions in order to establish whether the Swiss courts had jurisdiction

in the case in question. According to the Court of Criminal Matters, since procedural rules that extend the *ius puniendi* are subject to the principle of non-retroactivity, and since Article 264m of the Swiss Criminal Code - concerning acts committed abroad - which came into force on 1 January 2011, extends the scope of the Criminal Code, this provision would not be applicable. The first instance judges therefore considered that jurisdiction should be based on articles 9 and 108 to 114 aCPM (judgment SK.2019.17 recital 1.1).

While none of the parties questioned Switzerland's jurisdiction, the MPC, at first instance and on appeal, and Mr JAKOB, at first instance, requested that the new law be applied. In its closure order of 7 May 2019 concerning acts prosecuted as violations of the laws of war (supra, B.2), the MPC took the view that jurisdiction should be based on art. 264m of the Swiss Criminal Code (recital 2.1.2 [TPF 40.110.023 et seq.]). He then referred to it

trial (TPF 40.721.046). On appeal, the MPC argued for the application of art. 264m of the Swiss Criminal Code, maintaining that the acts in question were already punishable in Switzerland at the time of the appeal, that the provision in question does not have the effect of extending the *ius puniendi* and that it can be applied to acts that occurred in Switzerland at the time they were committed before it came

into force (CAR 5.200.749 ff). Mr JAKOB seems to share this position, since he implicitly based Switzerland's

the jurisdiction of Switzerland on the basis of Art. 264m of the Swiss Criminal Code when he requested the application of the new law on the merits of the case on the occasion of the preliminary questions at first instance. (TPF 40.720.004 and 015), it being further specified that Mr MALEH had supported that preliminary question (TPF 40.720.016). As for the defence, it does not the jurisdiction of the Swiss courts. Moreover, it did not express an opinion on this subject, either at first instance or on appeal, and nor did it address the issue of the legal provisions on which such a power would be based.

1.1.2 On 1 January 2011, when the amendment of 28 June 2010 came into force, Title 12 quater, comprising articles 264k to 264n of the Criminal Code, was introduced into the Criminal Code. Under the terms of Art. 264m para. 1 of the Swiss Criminal Code, anyone who commits abroad one of the acts referred to in Titles 12bis (genocide and crimes against humanity) and 12ter (war crimes) or in Art. 264k (punishability of the superior) is punishable if he or she is in Switzerland and has not been extradited or surrendered to an international criminal court whose jurisdiction is recognised by Switzerland, it being specified that Art. 264m PC is a *lex specialis* in relation to Art. 7 PC (TPF 2018 151 recital 2.1; decision of the Court of Complaints BB.2011.140 of 25 July 2012 recital 2.3, not published in TPF 2012 97). According to art. 2 para. 2 of the Swiss Criminal Code, a criminal provision is only applicable if the offender is brought to trial after the date of its entry into force and the provision is more favourable to the offender than the law in force at the time of the offence (principle of non-applicability).

the offence (principle of non-retroactivity and exception of *lex mitior*). The principle of non-retroactivity does not apply to procedural rules, in particular to provisions governing questions of jurisdiction (ATF 117 IV 369, para. 4d; 109 IV 156, para. 2; DONGOIS/LUBISHTANI, *Commentaire romand*, 2nd ed. 2021, n. 23 ad art. 2 CP). On the other hand, the prohibition on retroactivity applies to procedural rules that define the very scope of the *ius puniendi* (DONGOIS/LUBISHTANI, *op. cit.* n. 24 ad art. 2 CP; MALEH, *Commentaire romand*, 2017, n. 51 ad art. 264m CP). However, the rules modifying functional jurisdiction apply immediately, unless there is a transitional provision to the contrary (BERTOSSA, *La compétence universelle de la Suisse*, in *La lutte contre l'impunité en droit suisse*, 2nd ed. 2015, n. 5 p. 3; DONGOIS/LUBISHTANI, *op. cit.* n. 23 ad art. 2 CP).

1.1.3

In the present case, it should be noted that the question of jurisdiction to try crimes against humanity within the meaning of art. 264a of the Swiss Criminal Code (to which art. 264m of the Swiss Criminal Code refers by mentioning the acts referred to in title 12bis) was not decided at first instance. In fact, the Court of Criminal Affairs considered that the indictment did not contain the factual elements required to assess the acts committed by the defendant from the perspective of crimes against humanity and rejected a preliminary question regarding the application of art. 264a of the Swiss Criminal Code (judgment SK.2019.17, recital 2.1.4.1). The plaintiffs then appealed against this preliminary ruling and against the fact that the defendant had not been convicted of crimes against humanity (*supra*, C.7, C.8, C.9 and C.10).

It must therefore be determined whether, in *casu*, the application of Article 264m of the Criminal Code gives rise to an extension of Switzerland's *ius puniendi*. To that end, it is necessary to examine whether Switzerland was competent at the time of the events, i.e. between 1993 and 1995, to prosecute war crimes and crimes against humanity.

1.1.4 Jurisdiction over war crimes

Offences against the law of nations within the meaning of arts. 108 to 114 aCPM committed by civilians during an armed conflict have been punishable in Switzerland

1968 (Art. 2 para. 9 aCPM). Under art. 9 aCPM, the former Military Penal Code also applied to acts committed abroad. It is accepted that these applicable to the facts of the case at the time they occurred until 31 December 2010. The application of art. 264m of the Swiss Criminal Code therefore consequently does not extend the *ius puniendi* (MALEH, *op. cit.*, n. 51 ad art. 264m CP and the references cited; contrary opinion: DONGOIS/LUBISHTANI, *op. cit.*, n. 24 ad art. 2 CP), but simply modifies the functional jurisdiction, which passes from military justice to civil justice, the offences of war crimes being subject to federal jurisdiction by virtue of art. 23 al. 1 let. g CPP.

Thus, from the point of view of the prosecution of war crimes, art. 264m PC applies in the present case, without prejudice to the principle of non-retroactivity.

1.1.5 Jurisdiction over crimes against humanity

1.1.5.1 Unlike war crimes, the Penal Code and the Military Penal Code did not expressly

punish crimes against humanity *expressis verbis* at the time of the offence of said crimes. It is therefore necessary to analyse whether the acts of which Alieu KOSIAH was accused were nevertheless under Swiss law. In his indictment of 22 March 2019, amended on 2 September 2022, the MPC charged the accused, in relation to crimes against humanity, of having committed the following acts in Liberia, in the Liberia, in Lofa County, between 1993 and 1995 (CAR 2.101.003):

- order the murders of seven civilians in Zorzor (ch. 1.3.2.) ;
- the murder of civilian Jeff JORDAN in Babahun (ch. 1.3.3.) ;
- ordering the cruel treatment of seven civilians, including Georges ROSADO, in Foya (ch. 1.3.4.) ;
- ordering the murders of six civilians in Foya (ch. 1.3.5.) ;
- stabbing civilian Georges ROSADO (section 1.3.6.);
- ordering and directing the forced transport of coffee, cocoa and palm oil, by civilians, from Foya to Solomba, and from there to the Guinean border (ch. 1.3.7.);
- participation in the murder of civilian Martin McCREIGHT in Foya (ch. 1.3.8.) ;

- desecration of the corpse of Martin McCREIGHT (c. 1.3.9.);
- ordering and directing a forced transport, by civilians, from Foya to Solomba, and from there to the Guinean frontier (c. 1.3.10.);
- ordering and directing the forced transport of the engine of the Foya power station by civilians from Foya to Solomba and from there to the border with Guinea (see 1.3.12);
- ordering and directing the forced transport of the Pasolahun generator by civilians from
civilians from Pasolahun to Kolahun (ch. 1.13.14) ;
- killing civilian Russell HASTING on the banks of the River Kehair (ch. 1.3.15);
- ordering and directing the forcible transport of ammunition by civilians from Gondolahun to Fassama (c. 1.3.16);
- murder of the civilian Brian HASTING on the banks of the river Lofa (c. 1.3.17) ;
- murder of a civilian at Voinjama (c. 1.3.18);
- ordering a forced transport, by civilians, from Voinjama to Gbarlyeloh, in Guinea (c. 1.3.19) ;
- ordering a forced transport, by civilians, from Voinjama to Solomba and from there to the Guinean border (para. 1.3.20);
- ordering and directing a forced transport of goods by civilians from Botosu (ch.1.3.23);
- rape of civilian Carol ALEXANDER (count 1.3.24);
- ordering and directing a forced transport of goods, by civilians, from Zorzor to Salayae (ch. 1.3.25).

At the time of the events, the offences were punishable under Swiss law as follows murder (Art. 112 Swiss Criminal Code), grievous bodily harm (Art. 122 Swiss Criminal Code), duress (Art. 181 Swiss Criminal Code), rape (Art. 190 Swiss Criminal Code) and disturbing the peace of the dead (Art. 262 Swiss Criminal Code). It follows that the application of art. 264m of the Swiss Criminal Code would not extend the substantive law of punishability under Swiss law.

1.1.5.2 With regard to jurisdiction, the provision applicable from 1983 to 2007, subsequently replaced by Art. 7 PC (amendment of 13 December 2002, in force since 1 January 2007; RO 2006 3459) for the prosecution of crimes committed abroad by non-nationals against non-nationals was Art. 6bis aCP. This provision governed Switzerland's extraterritorial jurisdiction (Message of 24 March 1982 concerning the European Convention on the Suppression of Terrorism and the amendment of the Swiss Criminal Code, FF 1982 II 1,6 and 11 ; HENZELIN,

Universal competence and the application of the international penal to armed conflict matters, the situation in Switzerland, the international repression of the rwandan genocide, 2003, p. 157; STRÄULI, The repression of violations of international human rights in Switzerland: aspects of penal procedure, in national repression of violations of international human rights.

1997, pp. 217-219 and footnote 21). Paragraph 1 of the Penal Code applies to anyone who commits a felony or misdemeanor abroad which the Confederation has undertaken to prosecute by virtue of an international treaty, if the act is also punishable in the State where it was committed and if the perpetrator is present in Switzerland and is not extradited.

Foreign law is applicable if it is more favourable to the accused. According to the doctrine, in the absence of a treaty punishability can and could be based on customary international law (THALMANN, Reasonable and Effective Universality: Conditions to the Exercise by National Courts of Universal Jurisdiction over International Crimes, 2018, p. 287 ; BERTOSSA, op. cit. n. 19 p. 7; JAKOB/MALEH, Commentaire romand, 2017, n. 47 ff ad introduction to art. 264 to 264n CP). At the material time, Switzerland - like Liberia - was not bound by a treaty requiring it to prosecute crimes against humanity, which is why it is necessary to determine the content of customary international law at that time.

1.1.5.3 Crimes against humanity were first legally defined in art. 6 let. c of the 1945 Statute of the International Military Tribunal (also known as the Nuremberg Charter). The concept was subsequently extended and supplemented by art. 5 of the Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia of May 25, 1993 (StTPIY) and art. 3 of the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda of November 8, 1994 (StTPIR), and finally art. 7 par. 1 of the Rome Statute of the International Criminal Court of July 17, 1998 (ratified on October 12, 2001 and entered into force on July 1, 2002 [Rome Statute or StCPI; RS 0.312.1]) (GARIBIAN, Commentaire Romand, 2017, n. 1 ss ad art. 264a CP). The Nuremberg trials also enshrined the principle of universality (HENZELIN, The Principal of universality in penal international right, 2000, n. 1213 f., p. 387). The principles of law, including that of criminal responsibility for a crime under international law, instituted by the Statute and judgment of the Nuremberg Tribunal, were recognized in Resolution 95 (I) of 1946 of the General Assembly of the United Nations (UN) on the confirmation of the principles of international law, then adopted in 1950 by the International Law Commission. In 1968, the UN General Assembly adopted the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, with the aim of affirming the principle of the non-applicability of statutory limitations to crimes against humanity and ensuring its universal application. Finally, in 1973, with the adoption of the Principles of International Cooperation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity (Resolution 3074 [XXVII], Principle 1), the

General Assembly established a universal duty to cooperate in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity established a universal duty to prosecute crimes against humanity (THALMANN, op. cit., pp. 113 ff). It follows from these considerations that, even at the time of the events crimes against humanity were already defined and punishable under international law. This was also the position taken by the Federal Council in its proposal to include crimes against humanity in the Swiss Criminal Code as part of the implementation of the Rome Statute (Message of April 23, 2008 on the amendment of federal laws to implement the Rome Statute of the International Criminal Court [Message related implementation of the Rome Statute], FF 2008 3461, 3472 and 3474). Moreover, the crimes against humanity listed in the Rome Statute reflected the state of customary international law (Message of November 15, 2000 on the Rome Statute of the International Criminal Court, on the Federal Act on Cooperation with the International Criminal Court, and a Revision of Criminal Law, FF 2001 359, 470 and the reference cited). Furthermore, the European Court of Human Rights (ECtHR), in the case of *Šimšić v. Bosnia-Herzegovina*, comparable to the configuration of the case insofar as the acts in question took place between April and June 1992, during an armed conflict, and the domestic law of the respondent country at the time of the events, also concluded that crimes against humanity, at the time of the events, were defined and punishable under international law (ECtHR decision, *Šimšić v. Bosnia-Herzegovina* of April 10, 2012, n. 51552/10, n. 23 to 25). Shortly afterwards, in the case of *Maktouf and Damjanović v. Bosnia-Herzegovina*, concerning the same conflict, the Grand Chamber of the ECtHR, while recalling its aforementioned *Šimšić* case law, held that the competent courts had no choice but to apply the new law to punish crimes against humanity, since these were not previously provided for in national law (ECtHR judgment *Maktouf and Damjanović v. Bosnia-Herzegovina* [GC] of 18 July 2013, n. 34179/08, n. 55; see also, with regard to the repression of the crime of genocide, ECtHR judgment *Vasiliauskas v. Lithuania* [GC] of October 20, 2015, n. 35343/05, n. 166).

Without it being necessary to examine whether there was an obligation as such for states to prosecute crimes against humanity committed abroad, customary international law even then, permitted the prosecution of such offences without prejudice to the principle of non-interference (SASSÒLI, *Le génocide justice militaire suisse et le droit international*, RSDIE, 2002, pp. 165 ff; THALMANN, *op. cit.* n. 192 and 220, pp. 119 and 133). The Court points out that it took other criteria into account in establishing Switzerland's competence to prosecute the acts at issue in the present case, and that these will be set out below (*infra*, recital II.3.2.3.3).

1.1.5.4

Consequently, under domestic law and customary international law, Switzerland was competent to prosecute crimes against humanity committed abroad Art. 264m of the Swiss Penal Code therefore does not extend the *ius puniendi* and is applicable *in casu*.

Switzerland's competence to prosecute both war crimes and crimes against humanity on the basis of current law, i.e. art. 264m of the Swiss Criminal Code.

1.1.5.4 The Court also notes that to reach a contrary conclusion regarding Switzerland's jurisdiction to prosecute crimes against humanity committed abroad could lead to a breach of its obligations under the Rome Statute.

Indeed, according to para. 10 of the preamble, art. 1 and art. 17 StCPI, a contrario, the International Criminal Court (ICC), by virtue of the principle of complementarity, is competent to prosecute crimes against humanity when a State party is unwilling or unable

to prosecute (SCHABAS/EL ZEIDY, Rome Statute of the International Criminal Court, 4th ed. 2022, n. 4 ad art. 17 StCPI). Assuming, however, that the extraterritorial jurisdiction enshrined in art. 6bis aCP did not allow for the prosecution of crimes against humanity in the absence of a relevant treaty, then Switzerland would only have jurisdiction to prosecute such acts from January 1, 2007, the date of entry into force of art. 7 CP. As a result, Switzerland would remain jurisdiction between July 1, 2002, the date of entry into force of the Rome Statute, and January 1, 2007, which would be contrary to Switzerland's aim of ensuring unwavering prosecution of crimes against humanity (Message on the implementation of the Rome Statute, FF 2008 3461, 3462 and 3468), it being stressed that the Confederation and the cantons are bound, under the terms of art. 5 para. 4 of the Federal Constitution of April 18, 1999 (Cst.; RS 101), to respect international law.

1.1.5.6 In sight of the above, the question of whether, at the time of the events, jurisdiction could also have been based on the former Military Penal Code (cf. the former Military Penal Code (cf. HENZELIN, Universal competence and the application of the international penal right, to armed conflict matters, the situation in Switzerland, in Rouen University [ed.], the international repression of the rwandan genocide, 2003, pp. 158 ff; SASSÒLI, op. cit, pp. 164 f.) can be left open.

1.1.6 Conclusion

In sight of the above, Switzerland is competent to prosecute war crimes and crimes against humanity under art. 264m of the Swiss Criminal Code

Bundesstraengericht
Tribunal p6nal f6d6ral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Num6ro de dossier: CA.2022.8

Le nom du pr6venu n'est pas anonymis6. Les noms de certaines personnes mentionn6es dans l'arr6t, qui, dans le contexte historique, sont de notori6t6 publique, ainsi que les noms de guerre des combattants n'ont pas non plus 6t6 anonymis6s. Enfin, dans le but de faciliter la lecture de l'arr6t, les noms des autres personnes mentionn6es dans ledit arr6t sont fictifs, 6tant pr6cis6 que toute ressemblance avec des noms r6els est purement fortuite.

Arr6t du 30 mai 2023

Cour d'appel

Composition

Les juges Olivier Thormann, juge pr6sident,
Andrea Ermotti et Jean-Paul Ros,
Le greffier R6my Allmendinger

Parties

ALIEU KOSIAH, n6 le (...), actuellement d6tenu 6 la Prison W., assist6 par Ma6tre Dimitri Gianoli, d6fenseur d'office, ainsi que par Ma6tre Philippe Currat,

appelant, intim6 et pr6venu

contre

MINIST6RE PUBLIC DE LA CONF6D6RATION, repr6sent6 par Andreas M6ller, Procureur f6d6ral,

appelant joint, intim6 et autorit6 d'accusation

et

1. **CHRISTOPHER GREENE**, domicili6 au Lib6ria, repr6sent6 par Ma6tre Alain Werner,

appelant joint, intim6 et partie plaignante

2. **CAROL ALEXANDER**, domicili6e au Lib6ria, repr6sent6e par Ma6tre Zeina Wakim,

appelante jointe, intim6e et partie plaignante

- 2 -

3. **NICOLAS COOK**, domicilié au Libéria, représenté par Maître Hikmat Maleh,

appellant joint, intimé et partie plaignante

4. **EDDIE COULTER**, domicilié au Libéria, représenté par Maître Alain Werner,

appellant joint, intimé et partie plaignante

5. **GEORGES ROSADO**, domicilié au Libéria, représenté par Maître Raphaël Jakob,

appellant joint, intimé et partie plaignante

6. **LEVI FARRELL**, domicilié au Libéria, représenté par Maître Alain Werner,

appellant joint, intimé et partie plaignante

7. **JAMES CAMDEN**, domicilié au Libéria, représenté par Maître Alain Werner,

appellant joint, intimé et partie plaignante

Objet

Violations des lois de la guerre (art. 108 et 109 aCPM *cum* art. 3 commun aux CG et art. 4 PA II), crimes contre l'humanité (art. 264a CP)

Appel partiel du 25 avril 2022, appels joints partiels des 16 et 17 mai 2022 et recours du 20 avril 2022 contre le jugement de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral SK.2019.17 du 18 juin 2021

La Cour d'appel considère :**I. Procédure****1. Entrée en matière**

Par décision du 4 août 2022, la Cour est entrée en matière sur l'appel formé par Alieu KOSIAH ainsi que sur les appels joints formés par le MPC et les parties plaignantes Georges ROSADO, Nicolas COOK, Christopher GREENE, Eddie COULTER, Levi FARRELL, James CAMDEN et Carol ALEXANDER contre le jugement de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral SK.2019.17 du 18 juin 2021 (*supra*, C.12).

1.1 Compétence de la Suisse

1.1.1 L'autorité de première instance s'est penchée sur la question des dispositions légales applicables afin d'établir si les juridictions suisses étaient compétentes dans le cas d'espèce. Selon la Cour des affaires pénales, dès lors que les normes procédurales qui étendent le *ius puniendi* sont soumises au principe de la non-rétroactivité et que l'art. 264m CP – concernant les actes commis à l'étranger –, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, étend le champ d'application du Code pénal, cette disposition ne serait pas applicable. Les premiers juges ont par conséquent estimé qu'il convenait de fonder la compétence sur les art. 9 et 108 à 114 aCPM (jugement SK.2019.17 consid. 1.1).

Si aucune partie ne remet en cause la compétence de la Suisse, le MPC, en première instance et en appel, et Me JAKOB, en première instance, ont demandé que le nouveau droit soit appliqué. Dans son ordonnance de classement du 7 mai 2019 concernant des actes poursuivis pour violation des lois de la guerre (*supra*, B.2), le MPC a d'ailleurs estimé qu'il convenait de fonder la compétence sur l'art. 264m CP (consid. 2.1.2 [TPF 40.110.023 s.]). Il s'y est ensuite référé lors des débats de première instance (TPF 40.721.046). En appel, le MPC plaide pour l'application de l'art. 264m CP, soutenant que les actes concernés étaient déjà punissables en Suisse au moment de leur commission, que la disposition en question n'a pas pour conséquence d'étendre le *ius puniendi* et qu'elle peut s'appliquer à des faits survenus avant son entrée en vigueur (CAR 5.200.749 ss). Me JAKOB semble partager cette position, dès lors qu'il basait implicitement la compétence de la Suisse sur l'art. 264m CP lorsqu'il a requis l'application du nouveau droit sur le fond à l'occasion des questions préjudicielles en première instance (TPF 40.720.004 et 015), étant en outre précisé que Me MALEH s'était rallié à cette question préjudicielle (TPF 40.720.016). Quant à la défense, elle ne remet pas en cause la compétence des juridictions suisses. Elle ne s'est d'ailleurs pas prononcée à ce sujet, que ce soit en première instance ou en appel, et

n'a pas non plus abordé la thématique des dispositions légales sur lesquelles une telle compétence se fonderait.

1.1.2 Le 1^{er} janvier 2011, à l'occasion de l'entrée en vigueur de la modification du 28 juin 2010, le titre 12^{quater}, comportant les art. 264k à 264n CP, a été introduit dans le code pénal. Selon les termes de l'art. 264m al. 1 CP, quiconque commet à l'étranger un des actes visés aux titres 12^{bis} (génocide et crimes contre l'humanité) et 12^{ter} (crimes de guerre) ou à l'art. 264k (punissabilité du supérieur) est punissable s'il se trouve en Suisse et qu'il n'est pas extradé ni remis à un tribunal pénal international dont la compétence est reconnue par la Suisse, étant précisé que l'art. 264m CP est une *lex specialis* par rapport à l'art. 7 CP (TPF 2018 151 consid. 2.1 ; décision de la Cour des plaintes BB.2011.140 du 25 juillet 2012 consid. 2.3, non publié dans TPF 2012 97). Selon l'art. 2 al. 2 CP, la norme pénale n'est applicable que si l'auteur est mis en jugement après la date de son entrée en vigueur et qu'elle lui est plus favorable que la loi en vigueur au moment de l'infraction (principe de la non-rétroactivité et exception de la *lex mitior*). Le principe de la non-rétroactivité ne s'applique pas aux règles de procédure, notamment aux dispositions réglant les questions de compétences (ATF 117 IV 369 consid. 4d ; 109 IV 156 consid. 2 ; DONGOIS/LUBISHTANI, Commentaire romand, 2^e éd. 2021, n. 23 ad art. 2 CP). L'interdiction de la rétroactivité s'applique en revanche aux normes de procédure qui définissent l'étendue même du *ius puniendi* de la Suisse (DONGOIS/LUBISHTANI, *op. cit.*, n. 24 ad art. 2 CP ; MALEH, Commentaire romand, 2017, n. 51 ad art. 264m CP). Toutefois, les règles modifiant la compétence fonctionnelle sont d'application immédiate, sauf disposition transitoire contraire (BERTOSSA, La compétence universelle de la Suisse, in La lutte contre l'impunité en droit suisse, 2^e éd. 2015, n. 5 p. 3 ; DONGOIS/LUBISHTANI, *op. cit.*, n. 23 ad art. 2 CP).

1.1.3 Il sied en l'espèce de constater que la question de la compétence pour juger des crimes contre l'humanité au sens de l'art. 264a CP (auquel renvoie l'art. 264m CP en mentionnant les actes visés au titre 12^{bis} ») n'a pas été tranchée en première instance. En effet, la Cour des affaires pénales a considéré que l'acte d'accusation ne contenait pas les éléments de faits pour apprécier les actes commis par le prévenu sous l'angle des crimes contre l'humanité et a rejeté une question préjudicielle tendant à l'application de l'art. 264a CP (jugement SK.2019.17 consid. 2.1.4.1). Les parties plaignantes ont ensuite fait appel contre cette décision sur question préjudicielle ainsi que contre l'absence de condamnation du prévenu pour crimes contre l'humanité (*supra*, C.7, C.8, C.9 et C.10).

Il s'agit par conséquent de déterminer si, *in casu*, l'application de l'art. 264m CP engendre une extension du *ius puniendi* de la Suisse. A cet effet, il est nécessaire d'examiner si la Suisse était compétente au moment des faits, c'est-à-dire entre 1993 et 1995, pour poursuivre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité.

1.1.4 Compétence en matière de crimes de guerre

Les infractions contre le droit des gens au sens des art. 108 à 114 aCPM commises par des civils à l'occasion d'un conflit armé sont punissables en Suisse depuis 1968 (art. 2 ch. 9 aCPM). L'ancien Code pénal militaire s'appliquait également à des faits survenus à l'étranger selon l'art. 9 aCPM. Il est admis que ces normes étaient applicables aux faits de la cause à l'époque de leur survenance et ce jusqu'au 31 décembre 2010. L'application de l'art. 264^m CP n'étend par conséquent pas le *ius puniendi* (MALEH, *op. cit.*, n. 51 ad art. 264^m CP et les références citées ; opinion contraire : DONGOIS/LUBISHTANI, *op. cit.*, n. 24 ad art. 2 CP), mais modifie simplement la compétence fonctionnelle, qui passe de la justice militaire à la justice civile, les infractions de crimes de guerre étant soumises à la juridiction fédérale en vertu de l'art. 23 al. 1 let. g CPP.

Ainsi, sous l'angle de la poursuite des crimes de guerre, l'art. 264^m CP s'applique dans le cas d'espèce, sans préjudice du principe de la non-rétroactivité.

1.1.5 Compétence en matière de crimes contre l'humanité

1.1.5.1 A la différence des crimes de guerre, le Code pénal et le Code pénal militaire ne réprimaient pas *expressis verbis* les crimes contre l'humanité à l'époque des faits. Il sied donc d'analyser si les actes reprochés à Alieu KOSIAH étaient néanmoins appréhendés en droit suisse. Dans son acte d'accusation du 22 mars 2019, modifié le 2 septembre 2022, le MPC a reproché au prévenu, sous l'angle des crimes contre l'humanité, de s'être rendu coupable des faits suivants, au Libéria, dans le comté du Lofa, entre 1993 et 1995 (CAR 2.101.003) :

- ordonner les meurtres de sept civils à Zorzor (ch. 1.3.2.) ;
- meurtre du civil Jeff JORDAN à Babahun (ch. 1.3.3.) ;
- ordonner le traitement cruel de sept civils, dont Georges ROSADO, à Foya (ch. 1.3.4.) ;
- ordonner les meurtres de six civils à Foya (ch. 1.3.5.) ;
- asséner un coup de couteau au civil Georges ROSADO (ch. 1.3.6.) ;
- ordonner et diriger un transport forcé de café, cacao et huile de palme, par des civils, de Foya à Solomba, et de là à la frontière guinéenne (ch. 1.3.7.) ;
- participation au meurtre du civil Martin McCREIGHT à Foya (ch. 1.3.8.) ;
- profanation du cadavre de Martin McCREIGHT (ch. 1.3.9.) ;
- ordonner et diriger un transport forcé, par des civils, de Foya à Solomba, et de là à la frontière guinéenne (ch. 1.3.10.) ;

- ordonner et diriger le transport forcé du moteur de la centrale électrique de Foya, par des civils, de Foya à Solomba, et de là à la frontière avec la Guinée (ch. 1.3.12) ;
- ordonner et diriger le transport forcé de la génératrice de Pasolahun, par des civils, de Pasolahun à Kolahun (ch. 1.13.14) ;
- meurtre du civil Russell HASTING aux abords de la rivière Kehair (ch. 1.3.15) ;
- ordonner et diriger un transport forcé de munitions, par des civils, de Gondolahun à Fassama (ch. 1.3.16) ;
- meurtre du civil Brian HASTING aux abords de la rivière Lofa (ch. 1.3.17) ;
- meurtre d'un civil à Voinjama (ch. 1.3.18) ;
- ordonner un transport forcé, par des civils, de Voinjama à Gbarlyeloh, en Guinée (ch. 1.3.19) ;
- ordonner un transport forcé, par des civils, de Voinjama à Solomba et de là à la frontière guinéenne (ch. 1.3.20) ;
- ordonner et diriger un transport forcé de biens, par des civils, depuis Botosu (ch. 1.3.23) ;
- viol de la civile Carol ALEXANDER (ch. 1.3.24) ;
- ordonner et diriger un transport forcé de biens, par des civils, de Zorzor à Salayae (ch. 1.3.25).

A l'époque des faits, ceux-ci étaient punissables en droit suisse sous l'angle de l'assassinat (art. 112 CP), des lésions corporelles graves (art. 122 CP), de la contrainte (art. 181 CP), du viol (art. 190 CP) et de l'atteinte à la paix des morts (art. 262 CP). Il en découle que l'application de l'art. 264^m CP n'étendrait pas, au niveau du droit de fond, la punissabilité en droit suisse.

1.1.5.2 S'agissant de la compétence, la disposition applicable de 1983 à 2007, remplacée ensuite par l'art. 7 CP (modification du 13 décembre 2002, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007 ; RO 2006 3459) pour la poursuite des crimes commis à l'étranger par des non-ressortissants contre des non-ressortissants était l'art. 6^{bis} aCP. Cette disposition réglait la compétence extraterritoriale de la Suisse (Message du 24 mars 1982 concernant la Convention européenne pour la répression du terrorisme et la modification du code pénal suisse, FF 1982 II 1, 6 et 11 ; HENZELIN, La compétence universelle et l'application du droit international pénal en matière de conflits armés, la situation en Suisse, in La répression internationale du génocide rwandais, 2003, p. 157 ; STRÄULI, La répression des violations du droit international humanitaire en Suisse : aspects de procédure pénale, in Répression nationale des violations du droit international humanitaire

1997, p. 217 à 219 et note de bas de page 21). A teneur de son al. 1, le Code pénal est applicable à quiconque aura commis à l'étranger un crime ou un délit que la Confédération, en vertu d'un traité international, s'est engagé à poursuivre, si l'acte est réprimé aussi dans l'Etat où il a été commis et si l'auteur se trouve en Suisse et n'est pas extradé à l'étranger ; la loi étrangère sera toutefois applicable si elle est plus favorable à l'inculpé. Selon la doctrine, à défaut de traité, la punissabilité peut et pouvait se fonder sur le droit international coutumier (THALMANN, Reasonable and Effective Universality: Conditions to the Exercice by National Courts of Universal Jurisdiction over International Crimes, 2018, p. 287 ; BERTOSSA, *op. cit.*, n. 19 p. 7 ; JAKOB/MALEH, Commentaire romand, 2017, n. 47 ss ad introduction aux art. 264 à 264n CP).

A l'époque des faits, la Suisse – tout comme le Libéria – n'était pas liée par un traité l'obligeant à poursuivre les crimes contre l'humanité, motif pour lequel il convient de déterminer le contenu du droit international coutumier à ce moment-là.

1.1.5.3 Les crimes contre l'humanité ont été juridiquement définis pour la première fois à l'art. 6 let. c du Statut du Tribunal militaire international de 1945 (également connu comme la Charte de Nuremberg). La notion a ensuite été élargie et complétée à l'art. 5 du Statut du tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie du 25 mai 1993 (StTPIY) et à l'art. 3 du Statut du tribunal pénal international pour le Rwanda du 8 novembre 1994 (StTPIR) et enfin à l'art. 7 par. 1 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 (ratifié le 12 octobre 2001 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002 [Statut de Rome ou StCPI ; RS 0.312.1]) (GARIBIAN, Commentaire Romand, 2017, n. 1 ss ad art. 264a CP). Le procès de Nuremberg a en outre consacré le principe de l'universalité (HENZELIN, Le principe de l'universalité en droit pénal international, 2000, n. 1213 s., p. 387). Les principes de droit, dont celui de la responsabilité pénale à raison d'un crime de droit international, institués par le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg ont été reconnus dans la résolution 95 (I) de 1946 de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies (ONU) sur la confirmation des principes de droit international, puis adoptés en 1950 par la Commission de droit international. En 1968, l'Assemblée générale de l'ONU a adopté la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité dans le but notamment d'affirmer le principe de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et d'en assurer l'application universelle. Enfin, en 1973, par l'adoption des Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité (résolution 3074 [XXVII], principe 1), l'Assemblée générale a établi un devoir universel de poursuivre les crimes contre l'humanité (THALMANN, *op. cit.*, p. 113 ss). Il découle de ces considérations qu'à l'époque des faits déjà, les crimes contre l'humanité étaient définis et punissables en droit international. C'est également ce qu'a retenu le Conseil fédéral dans son projet visant,

dans le cadre de la mise en œuvre du Statut de Rome, à inscrire les crimes contre l'humanité dans le Code pénal suisse (Message du 23 avril 2008 relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale [Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome], FF 2008 3461, 3472 et 3474). Les crimes contre l'humanité inscrits dans le Statut de Rome reflétaient d'ailleurs l'état du droit international coutumier (Message du 15 novembre 2000 relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal, FF 2001 359, 470 et la référence citée). En outre, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), dans l'affaire *Šimšić contre Bosnie-Herzégovine*, comparable à la configuration du cas d'espèce dans la mesure où les faits poursuivis se sont déroulés d'avril à juin 1992, à l'occasion d'un conflit armé, et que le droit interne du pays intimé ne connaissait pas de norme réprimant les crimes contre l'humanité au moment des faits, a également conclu que les crimes contre l'humanité, à l'époque des faits, étaient définis et punissables en droit international (décision de la CourEDH, *Šimšić contre Bosnie-Herzégovine* du 10 avril 2012, n. 51552/10, n. 23 à 25). Peu de temps après, dans l'affaire *Maktouf et Damjanović contre Bosnie-Herzégovine*, concernant le même conflit, la Grande Chambre de la CourEDH, tout en rappelant sa jurisprudence *Šimšić* précitée, a estimé que les juridictions compétentes n'avaient pas d'autre choix que d'appliquer le nouveau droit pour réprimer les crimes contre l'humanité, dès lors que ceux-ci n'étaient pas prévus dans le droit national auparavant (arrêt de la CourEDH *Maktouf et Damjanović contre Bosnie-Herzégovine* [GC] du 18 juillet 2013, n. 34179/08, n. 55 ; voir également, s'agissant de la répression du crime de génocide, l'arrêt de la CourEDH *Vasiliauskas contre Lituanie* [GC] du 20 octobre 2015, n. 35343/05, n. 166).

Sans qu'il soit nécessaire d'examiner s'il y avait une obligation en tant que telle pour les Etats de poursuivre les crimes contre l'humanité commis à l'étranger, le droit international coutumier, à l'époque déjà, permettait la poursuite de telles infractions sans préjudice du principe de non-interférence (SASSOLI, *Le génocide rwandais, la justice militaire suisse et le droit international*, RSDIE, 2002, p. 165 ss ; THALMANN, *op. cit.*, n. 192 et 220, p. 119 et 133). La Cour précise qu'elle a tenu compte d'autres critères pour établir la compétence de la Suisse pour poursuivre les actes en cause dans le cas d'espèce et que ceux-ci seront exposés ci-après (*infra*, consid. II.3.2.3.3).

- 1.1.5.4** Par conséquent, au regard du droit interne et du droit international coutumier, la Suisse était compétente à l'époque des faits examinés dans la présente procédure pour poursuivre les crimes contre l'humanité commis à l'étranger. L'art. 264m CP n'étend ainsi pas le *ius puniendi* et est applicable *in casu*.

Partant, il convient de baser la compétence de la Suisse pour la poursuite à la fois des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité sur le droit actuel, c'est-à-dire sur l'art. 264^m CP.

1.1.5.5 La Cour relève au surplus qu'arriver à une conclusion contraire s'agissant de la compétence de la Suisse pour poursuivre les crimes contre l'humanité commis à l'étranger pourrait l'amener à violer ses obligations découlant du Statut de Rome. En effet, selon l'al. 10 du préambule, l'art. 1 et l'art. 17 StCPI, *a contrario*, la Cour pénale internationale (CPI), en vertu du principe de la complémentarité, est compétente pour poursuivre les crimes contre l'humanité lorsqu'un Etat partie n'a pas la volonté ou est dans l'incapacité de mener des poursuites (SCHABAS/EL ZEIDY, Rome Statute of the International Criminal Court, 4^e éd. 2022, n. 4 ad art. 17 StCPI). En admettant toutefois que la compétence extraterritoriale consacrée à l'art. 6^{bis} aCP ne permettait pas la poursuite des crimes contre l'humanité à défaut de traité en la matière, alors la Suisse ne serait compétente pour la poursuite de tels actes qu'à partir du 1^{er} janvier 2007, date de l'entrée en vigueur de l'art. 7 CP. Par conséquent, il subsisterait une absence de compétence de la Suisse entre le 1^{er} juillet 2002, date de l'entrée en vigueur du Statut de Rome, et le 1^{er} janvier 2007, ce qui serait contraire au but poursuivi par la Suisse d'assurer une répression sans faille des crimes contre l'humanité (Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome, FF 2008 3461, 3462 et 3468), étant souligné que la Confédération et les cantons sont tenus, selon les termes de l'art. 5 al. 4 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), de respecter le droit international.

1.1.5.6 Vu ce qui précède, la question de savoir si, à l'époque des faits, une compétence aurait également pu se fonder sur l'ancien Code pénal militaire (cf. HENZELIN, La compétence universelle et l'application du droit international pénal en matière de conflits armés, la situation en Suisse, in Université de Rouen [édit.], La répression internationale du génocide rwandais, 2003, pp. 158 ss ; SASSÒLI, *op. cit.*, p. 164 s.) peut demeurer ouverte.

1.1.6 Conclusion

Vu ce qui précède, la Suisse est compétente en l'espèce pour poursuivre les infractions de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité en vertu de l'art. 264^m CP.

1.2 Compétence de la Cour d'appel

1.2.1 Selon la modification du 17 mars 2017 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP ; RS 173.71), la Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral, entrée en fonction le 1^{er} janvier 2019, est compétente pour statuer sur les appels et demandes de révision (art. 38a de la loi fédérale sur

Appendix 8

Confronting the unbearable: a moral and legal obligation

OPINION. The new Attorney General of Switzerland, Stefan Blättler, fears he will disappoint his readers – and yet, in this piece, he has a surprise in store for them. His office could begin prosecuting the sale of pillaged raw materials as a war crime.

Stefan Blättler, Attorney General of Switzerland. Published 13 July 2022 at 08:04 / Updated 10 June 2023 at 19:12.

This week, the first of our series of summer debates, led by Alain Werner, director of the international lawyers' network Civitas Maxima, is devoted to international justice. Today it gives the floor to the actors driving current developments in Switzerland in the field of international criminal law.

In agreeing to sign this piece, I am fully aware that I can only disappoint. Although I have held the office of Attorney General of Switzerland for a little over nine months now, I have behind me more than thirty years in the service of the prosecuting authorities; I am therefore only too familiar with the expectations and the sometimes disproportionate demands placed on the Office. The field of international criminal law (ICL) is no exception. Its highly emotional dimension, given the unbearable character of the crimes prosecuted, makes the very nature of criminal proceedings incomprehensible to outsiders. And this is all too often viewed through the lens a Manichaeian worldview in which the "good" are pitted against the "bad" – a moral vision which the law fortunately does not recognize.

While I therefore fear I shall disappoint regarding the expectations implicitly – or explicitly – raised upon my arrival in the context of the prosecution of crimes under ICL, I should nonetheless like to share some of my deeply held convictions. As the depositary State of the Geneva Conventions, Switzerland has a moral obligation to place particular emphasis on the prosecution of crimes against humanity, genocide and war crimes. That is why I wished to make this one of the four pillars of my forthcoming strategy (along with the fight against criminal organizations, terrorism, and economic crime). The law nonetheless remains the law: the Criminal Code allows criminal proceedings to be initiated in this field only on condition that the perpetrator is on Swiss territory. That is fundamental.

Ukraine: not standing idly by

The armed conflict in Ukraine shows us this daily. Suspicions of crimes falling under ICL are numerous; yet, according to our information, no potential perpetrator is on our territory. What, then, is to be done? Standing idly by was of course out of the question. Accordingly, soon after the outbreak of the conflict and the arrival of the first refugees, I ordered the establishment of an internal task force with the mission, in particular, in the context of the preliminary investigations conducted by the police (here Fedpol), of collecting any evidence from refugees arriving in Switzerland from Ukraine, centralizing it, analyzing it, cataloguing it and making it available, on request, by way of mutual legal assistance to the jurisdictions (including the ICC) that have already opened criminal proceedings. Such precise monitoring, in coordination with numerous States, is unprecedented. Some countries have spoken of

"structural investigations"; in the end that is exactly what we have done, and it will continue over a long period.

This, moreover, is a message that seems to me to be important: judicial time is not media time, nor is it political time. It must be borne in mind that the work we have begun – here and elsewhere – is probably directed at the coming generation of prosecutors. Who can say whether in two, five, ten or twenty years we shall not be moved to open one or more proceedings in this context, by reason of the presence on Swiss soil of persons suspected of crimes falling under ICL?

A visit to The Hague

The situation in the context of the armed conflict in Ukraine further shows the extreme importance of international cooperation, whether in the context of that conflict or more generally for all proceedings falling under ICL – through mutual legal assistance, within a Joint Investigation Team (JIT), or through exchanges between prosecutors within the Genocide Network. That is why I travelled to The Hague last May, where we have a liaison prosecutor, to meet Mr Ladislav Hamran, President of Eurojust, and Mr Karim Khan, Chief Prosecutor of the ICC. These exchanges made it possible in particular to clarify the competences of the various authorities and the coordination required for the collection of evidence relating to crimes falling under ICL, which will thus facilitate the exchange of information and evidence and their use in current and future proceedings.

That said, although from the outset of my mandate at the Office of the Attorney General of Switzerland (OAG) I wished to make the field of ICL one of my four strategic priorities, and although I was in fact very quickly confronted with the tragic events unfolding in Ukraine, I should nonetheless like to recall that, in the field of ICL, the OAG did not just wake up one day on 24 February 2022.

A second indictment before long

The OAG has a statutory mandate to fulfil and is bound to open criminal proceedings whenever there is sufficient evidence and the conditions laid down in the Criminal Code are met. And it would be an affront to my staff to say that they had waited for my arrival to do so. The OAG, faithful to its commitment, will continue to do so, in full independence. Yet behind what some imagine to be an administrative formality, the opening of criminal proceedings is strewn with obstacles. I shall not repeat all the points so aptly described by federal prosecutor Miriam Spittler in these columns last year, and shall confine myself here to one: diplomatic immunity. The aim is not to pass judgment on it, but rather to highlight certain limitations of criminal proceedings within the framework established by the legislature.

These obstacles, numerous though they are, are not a source of bitterness but are inherent in criminal prosecution, which for its part continues unabated. Following the conviction last June of a former member of an armed group in Liberia, we should be in a position to file a second indictment before long with the Federal Criminal Court; and others will follow, perhaps even this year. Beyond the obvious importance of the judgments handed down, it is necessary that caselaw be built up; this field remains relatively young in Switzerland and it is imperative that many open legal questions be resolved.

Criminalizing the trade in pillaged raw materials

And then, while in the eyes of the general public, ICL concerns first and foremost the worst that human beings are capable of, conveyed by those abject images of war crimes, genocide or crimes against humanity, I should like to recall that certain offences may also be committed geographically far from an ongoing conflict while nonetheless having a direct link with it. This is notably the case with pillage. The trade of pillaged raw materials could thus constitute a war crime. This is fairly unprecedented, I grant, and to my knowledge no such conviction has been handed down. The OAG nonetheless wishes, here as well, to advance the caselaw, and is currently conducting criminal proceedings in this context. Taking the reasoning a little further, we cannot rule out that pillage may constitute a predicate offence for money laundering.

But beyond all this legal technicality, there is in the end only one objective: the fight against impunity, in accordance with the spirit of the Rome Statute and in compliance with the legal bases laid down by the Swiss legislature. I confessed at the outset of this piece that I could only disappoint the most impatient and the most idealistic. Yes, this is not a question of individuals, but rather of the limits and challenges of criminal prosecution measured against the established legal framework. I hope nonetheless, however modestly, to have been able to underline this commitment, which goes beyond legal requirements and is just as much on a moral one. It is this twofold obligation which, under my leadership, will guide each of the OAG's actions, present and future.

Stefan Blättler has been the Attorney General of Switzerland since 1 January 2022. He previously worked for the Bern cantonal police, which he headed from 2006 to 2021.

Face à l'insoutenable: une obligation morale et légale

OPINION. Le nouveau procureur de la Confédération, Stefan Blättler, craint de décevoir ses lecteurs, et pourtant, dans ce texte, il leur réserve une surprise. Ses services pourraient se mettre à poursuivre, comme crime de guerre, la commercialisation de matières premières pillées



Stefan Blättler. — © Kalonji pour Le Temps



Stefan Blättler

procureur général de la Confédération

Publié le 13 juillet 2022 à 08:04. / Modifié le 10 juin 2023 à 19:12.

Cette semaine, la première de nos séries de débats estivaux, pilotée par Alain Werner, directeur du réseau international d'avocats Civitas Maxima, est consacrée à la justice internationale. Elle donne aujourd'hui la parole aux acteurs qui animent l'actualité en Suisse dans le domaine du droit pénal international.

En acceptant de signer cette tribune, j'ai pleinement conscience de ne pouvoir que décevoir. Si j'occupe la fonction de procureur général de la Confédération depuis un peu plus de neuf mois désormais, j'ai derrière moi plus de trente années au service des autorités de poursuite pénale; aussi je ne connais que trop bien les attentes et les exigences parfois démesurées à l'endroit de l'Autorité. Et le domaine du droit pénal international (DPI) n'y fait pas exception. Sa dimension hautement émotionnelle eu égard au caractère insupportable des crimes poursuivis rend, de l'extérieur, la nature même d'une procédure pénale incompréhensible. Et ce, trop souvent à l'aune d'un manichéisme façonné dans une vision du monde où

s'opposent les «bons» et les «mauvais» – vision morale que le droit heureusement ne reconnaît pas.

Si je crains donc de décevoir quant aux attentes implicitement – ou explicitement – formulées avec mon arrivée dans le cadre de la poursuite pénale des crimes relevant du DPI, j'aimerais toutefois partager quelques-unes de mes convictions profondes. Comme Etat dépositaire des Conventions de Genève, la Suisse a une obligation morale de mettre un accent particulier sur la poursuite des crimes contre l'humanité, les génocides et les crimes de guerre. Raison pour laquelle j'ai souhaité en faire l'un des quatre piliers de ma stratégie à venir (à côté de la lutte contre les organisations criminelles, le terrorisme et la criminalité économique). Le droit reste toutefois le droit; le Code pénal ne permet d'ouvrir une procédure pénale dans ce domaine qu'à la condition que l'auteur se trouve sur territoire suisse. C'est fondamental.

Ukraine: ne pas rester les bras croisés

Le conflit armé en Ukraine nous le montre au quotidien. Les soupçons de crimes relevant du DPI s'avèrent nombreux; pourtant, selon nos informations, aucun auteur potentiel ne se trouve sur notre territoire. Alors que faire? Il était évidemment hors de question de rester les bras croisés. Aussi, rapidement après l'éclatement du conflit et l'arrivée des premiers réfugiés, j'ai ordonné l'établissement d'une task force interne avec comme mission, notamment, dans le contexte des investigations préliminaires incombant à la police (ici Fedpol), de collecter les éventuels moyens de preuve auprès des réfugiés en provenance d'Ukraine arrivant en Suisse, de les centraliser, de les analyser, de les répertorier et de les mettre à disposition, sur demande, par la voie de l'entraide aux juridictions (CPI comprise) ayant déjà ouvert des procédures pénales. Un monitoring aussi précis en coordination avec de nombreux Etats est inédit. Certains pays ont évoqué des «enquêtes de structure», c'est au final exactement la même chose que nous avons fait et qui se poursuivra sur une longue durée.

Lire aussi: [Le Ministère public de la Confédération affiche désormais une force tranquille](#)

C'est d'ailleurs un message qui me paraît important: le temps judiciaire n'est pas le temps médiatique, ni le temps politique. Il faut être conscient que le travail que nous avons commencé – ici et ailleurs – s'adresse probablement à une prochaine génération de procureurs. Qui peut savoir si dans deux, cinq, dix ou vingt ans, nous ne serons pas amenés à ouvrir une ou plusieurs procédures dans ce contexte en raison de la présence d'auteurs présumés de crimes relevant du DPI sur sol suisse?

Une visite à La Haye

La situation vécue dans le cadre du conflit armé en Ukraine montre, en outre, l'extrême importance de la coopération internationale, que ce soit dans le cadre de ce conflit ou plus généralement pour toutes les procédures relevant du DPI. Par le biais de l'entraide, dans le cadre d'une «Joint Investigation Team» (JIT) ou d'échanges entre procureurs au sein du Genocide Network. Raison pour laquelle je me suis rendu à La Haye en mai dernier, où nous disposons d'un procureur de liaison, pour rencontrer M. Ladislav Hamran, président d'Eurojust, et M. Karim Khan, procureur en chef de la CPI. Ces échanges ont notamment permis de clarifier les compétences des différentes autorités ainsi que la coordination nécessaire pour la collecte des moyens de preuves relatives aux crimes relevant du DPI; ce qui permettra ainsi de faciliter l'échange des informations et des moyens de preuves et leur utilisation dans les

procédures en cours et à venir.

Cela étant, si dès le début de mon mandat au Ministère public de la Confédération (MPC) j'ai souhaité faire du domaine du DPI l'une quatre priorités stratégiques de mon action et que, de facto, j'ai été très rapidement confronté aux tragiques événements qui se déroulent en Ukraine, j'aimerais toutefois rappeler que, dans le domaine du DPI, le MPC ne s'est pas réveillé un 24 février 2022.

Bientôt un deuxième acte d'accusation

Le MPC a un mandat légal à remplir et se doit d'ouvrir une procédure pénale à chaque fois que les indices sont suffisants et que les conditions fixées par le Code pénal sont remplies. Et ce serait faire affront à mes collaborateurs que de dire qu'ils auraient attendu mon arrivée pour le faire. Le MPC, fidèle à son engagement, continuera de le faire, en toute indépendance. Pourtant, derrière ce que d'aucuns imaginent comme une formalité administrative, l'ouverture d'une procédure pénale est jonchée d'écueils. Je ne répéterai pas tous les éléments décrits si justement par la procureure fédérale Miriam Spittler [dans ces colonnes l'année dernière](#) et m'en tiendrai ici à un seul: l'immunité diplomatique. Il ne s'agit pas d'en faire le procès, mais davantage de montrer certaines limites de l'action pénale dans le cadre voulu par le législateur.

Ces écueils, certes nombreux, ne sont pas source d'amertume mais inhérents à la poursuite pénale qui continue, elle, sans relâche. Après la condamnation en juin dernier d'un ex-membre d'une faction armée au Libéria, nous devrions être en mesure de déposer à court terme un deuxième acte d'accusation auprès du Tribunal pénal fédéral; et d'autres suivront, peut-être cette année encore. Au-delà de l'évidente importance des jugements rendus, il est nécessaire que la jurisprudence se fasse; ce domaine reste en Suisse encore relativement jeune et il est impératif que de nombreuses questions juridiques ouvertes puissent trouver des réponses.

Criminaliser le commerce de matières premières pillées

Et puis, si aux yeux du grand public, le DPI concerne d'abord et avant tout ce dont les humains sont capables de pire, véhiculé par ces images abjectes de crimes de guerre, de génocide ou de crimes contre l'humanité, j'aimerais rappeler que certaines infractions peuvent aussi être commises géographiquement loin d'un conflit en cours en ayant pourtant un lien direct avec ce dernier. C'est notamment le cas du pillage. Ainsi, la commercialisation de matières premières pillées pourrait être constitutive d'un crime de guerre. C'est assez inédit, j'en conviens, et à ma connaissance aucune condamnation n'a été prononcée dans ce cadre. Le MPC souhaite néanmoins, là également, faire avancer la jurisprudence et mène actuellement des procédures pénales dans ce contexte. En poussant le raisonnement un peu plus loin, nous ne pouvons pas exclure que le pillage puisse constituer une infraction préalable au blanchiment d'argent.

Lire également: [La Suisse enquête sur des crimes de guerre en Ukraine](#)

Mais au-delà de toute cette technicité juridique, il n'y a in fine qu'un seul objectif: la lutte contre l'impunité, conformément à l'esprit du Statut de Rome et dans le respect des bases légales voulues par le législateur suisse. J'avouais en préambule de cette tribune que je ne pourrais que décevoir les plus

impatients et les plus idéalistes. Oui, il ne s'agit pas ici d'une question de personnes, mais davantage des limites et des défis de la poursuite pénale à l'aune du cadre légal fixé. J'espère toutefois, même modestement, avoir su souligner cet engagement allant au-delà des exigences légales et se situant tout autant sur le plan moral. C'est cette double obligation qui, sous ma conduite, guidera chacune des actions actuelles et à venir du MPC.

Stefan Blättler est le procureur général de la Confédération depuis le 1er janvier 2022. Il a auparavant travaillé pour la police cantonale bernoise, qu'il a dirigée de 2006 à 2021.