



Loi sur la police (LPol) (Modification)

Table des matières

	pages
1. Synthèse	3
2. Contexte	3
3. Commentaire des articles	3
3.1 Art. 35a Observation	3
3.2 Art. 35b Investigation secrète	4
3.3 Entrée en vigueur rétroactive	5
4. Place du projet dans le programme gouvernemental de législature	5
5. Répercussions sur le personnel et les finances	5
6. Répercussions sur les communes	5
7. Répercussions sur l'économie	5
8. Résultat de la procédure de consultation	6
9. Proposition	6

Rapport présenté par le Conseil-exécutif au Grand Conseil concernant la modification de la loi sur la police (LPol)

1. Synthèse

Pour la législature 2011 à 2014, la Direction de la police et des affaires militaires du canton de Berne (POM) a prévu de procéder à une nouvelle révision partielle de la loi du 8 juin 1997 sur la police (LPol; RSB 551.1), touchant différents thèmes. Le calendrier des actes législatifs prévoit une première lecture en session de mars 2012; l'entrée en vigueur est donc possible au plus tôt début 2013. L'un des thèmes abordés requiert toutefois d'agir sans tarder. En effet, l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP; RS 312.0) ne prévoit plus de base légale pour l'investigation secrète ni pour la surveillance policière préventive (observation) permettant d'empêcher qu'une infraction soit commise avant l'ouverture de la procédure préliminaire. La volonté du législateur fédéral était de laisser aux cantons le soin de légiférer sur ce point. Or, vu l'entrée en vigueur du nouveau CPP en janvier 2011, le calendrier prévu affiche une lacune de près de deux ans. Afin que la Police cantonale puisse procéder à ce type d'activité également en dehors d'une procédure pénale, il s'impose de créer une base légale dans la LPol. Proposition est donc faite de scinder la révision de la LPol pour traiter ces deux points (investigation secrète et observation destinées à empêcher les infractions) de manière plus rapide.

2. Contexte

Le problème est apparu fin octobre 2010: vu l'abrogation prochaine de la loi fédérale du 20 juin 2003 sur l'investigation secrète (LFIS; abrogée début 2011) et du Code de procédure pénale cantonal du 15 mars 1995 (aCPP; RSB 321.1), une base légale fera défaut pour l'investigation secrète et l'observation avant l'ouverture de la procédure préliminaire. Les travaux préparatoires du nouveau CPP indiquent qu'il paraît judicieux de laisser ce terrain législatif dans le droit cantonal, puisque cette phase de la procédure précède en général l'ouverture d'une procédure d'enquête de police judiciaire. Ce raisonnement se tient dans son principe. Les cantons sont désormais tenus de légiférer au plus vite.

La révision ordinaire de la LPol ne pourrait entrer en vigueur qu'au second semestre 2012 au mieux. Des mesures d'urgence ont été envisagées; mais elles ne peuvent se fonder sur l'article 88, alinéa 3 de la Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993 (ConstC; RSB 101.1), étant donné qu'il ne s'agit pas ici à proprement parler d'introduire le droit fédéral, mais de réglementer la phase qui précède son introduction; par ailleurs, un acte législatif urgent fondé sur l'article 91 ConstC n'est pas possible, puisque la situation n'est pas comparable aux troubles et crises visés par cet article. La motion M 183/2010 Guggisberg (Ittigen, UDC) «Protéger les enfants contre les

pédophiles», déposée récemment au Grand Conseil, montre que le thème est d'actualité dans ces cercles, et qu'une modification rapide et ciblée de la LPol serait bien accueillie.

On peut se demander si le législateur fédéral ne devrait pas revoir sa copie. Il semble hasardeux pour le canton de s'y fier et de s'en tenir là. Une solution adéquate sur le plan fédéral demanderait du temps. Les explications données à l'automne 2010 dans la presse par M^{me} Sommaruga, conseillère fédérale en charge du département concerné, ne sont pas assez concrètes pour que le canton s'abstienne de commencer les travaux; si la situation évoluait, il faudrait rapidement réexaminer la nécessité d'édicter des dispositions.

Au vu de ces considérations, le Conseil-exécutif estime judicieux de scinder en deux parties l'avant-projet de modification de la LPol, afin d'accélérer le traitement des articles sur l'investigation secrète et l'observation destinées à empêcher les infractions. Il s'agit là non de créer de nouvelles bases légales, mais de maintenir une pratique qui a fait ses preuves sur le plan cantonal et de la rendre compatible avec le nouveau droit fédéral. Le présent projet de modification de loi doit permettre l'adoption en procédure rapide d'une harmonisation de la réglementation actuelle avec la nouvelle réglementation du CPP pour les mêmes mesures d'investigation secrète et d'observation. Les prescriptions du CPP s'appliquent pour celles-ci dans la mesure où la LPol n'y déroge pas. Le présent projet ne prévoit pas d'autres atteintes aux droits fondamentaux que celles prévues par l'ancien droit; de nouvelles dispositions ne sont prévues que là où elles servent la protection des droits fondamentaux et contribuent à respecter les exigences minimales d'une telle base légale.

Il faut distinguer les tâches assignées à la Police cantonale par la LPol de celles relevant d'activités préventives de protection de l'Etat. Celles-ci visent la détection de dangers menaçant, avec une certaine probabilité, la sécurité et l'ordre publics. En revanche, les mesures prises selon la LPol n'interviennent que lorsque le danger est concret.

Etant donné que les mesures prévues par la LPol s'appliquent en dehors d'une procédure pénale, la gestion de la procédure et les compétences correspondantes ressortissent à la Police cantonale (POCA), et non au Ministère public.

3. Commentaire des articles

3.1 Art. 35a Observation

L'observation fondée sur la LPol intervient avant une procédure pénale, afin d'empêcher des infractions. Les personnes ou objets concernés sont surveillés systématiquement, dans des lieux librement accessibles du domaine public et pendant un certain temps. Dans son message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale (FF 2006 1235), le Conseil fédéral précise que «l'observation doit servir exclusivement à élucider des crimes ou des délits qui ont déjà été commis, ce qui signifie qu'elle ne peut pas être ordonnée à

titre préventif; les observations destinées à écarter un danger doivent être régies par la législation [cantonale] sur la police».

En vertu de l'article 35a, alinéa 1 LPol, la POCA peut observer secrètement des personnes ou des choses et effectuer des enregistrements audio et vidéo. Cette teneur correspond aux dispositions du CPP sur l'observation, ainsi que dans sa substance à l'article 213 aCPP (surveillance policière préventive). L'observation ne peut intervenir que s'il existe des indices concrets laissant présumer que des crimes ou des délits vont être commis (lit. a) et que d'autres formes d'investigations n'aient aucune chance d'aboutir ou soient excessivement difficiles (lit. b). La première condition est déjà prévue dans les anciennes dispositions cantonales sur la surveillance policière (art. 213 aCPP), alors que la seconde incarne le principe de proportionnalité selon l'article 282, alinéa 1, lettre b CPP. La sphère privée et secrète de la personne observée n'est pas touchée par une observation au sens de la LPol. Par ailleurs, l'expression «lieux librement accessibles» de l'article 35a, alinéa 1 LPol comprend également les plates-formes de communication sur Internet. Dans ce secteur, l'observation a avant tout pour but d'empêcher la pornographie enfantine ou les actes d'ordre sexuel impliquant des enfants. La POCA ne prend pas part à une communication, mais surveille les dialogues entre tiers (*chat*). Il ne s'agit donc pas là d'une investigation secrète au sens de l'article 35b LPol. Il s'agit plutôt d'une patrouille d'agents en civil, qui ne devient observation qu'au moment où la surveillance se concentre sur l'un des participants au dialogue (cf. à cet égard l'ATF 134 IV 266, cons. 3.8.2)

L'opération doit se fonder sur le CPP et, pour une durée dépassant le mois, sur une autorisation donnée par le Tribunal des mesures de contrainte (art. 35a, al. 2 LPol). La procédure pénale cantonale ne prévoyait aucune limite de temps en relation avec une demande d'autorisation, et elle n'existait pas en pratique pour l'observation précédant l'ouverture de la procédure. Néanmoins, comme l'observation fondée sur la LPol ne saurait aller plus loin que celle que prévoit le CPP, il est judicieux d'intégrer une telle limite et l'obligation d'obtenir l'autorisation au-delà de cette limite. L'instance d'autorisation est le Tribunal cantonal des mesures de contrainte, qui est aussi compétent pour l'investigation secrète fondée sur l'article 35b LPol, en application des articles 272 CPP et 40, alinéa 1 de la loi du 11 juin 2009 portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs (LiCPM; RSB 271.1)

Les activités d'observation comprennent deux autres secteurs soumis au CPP. Les dispositions sur l'exploitation des moyens de preuves obtenus illégalement (art. 141 CPP) s'appliquent par analogie lorsqu'une observation ne respecte pas les prescriptions et n'est donc pas conforme au droit (par exemple si l'observation a été poursuivie au-delà d'un mois sans autorisation). Les dispositions sur la communication à la personne concernée (art. 283 CPP) s'appliquent également; les motifs pour différer la communication où y renoncer figurent à l'article 283, alinéa 2 CPP.

3.2 Art. 35b Investigation secrète

L'investigation secrète se distingue de l'observation par le fait que les agents de police peuvent non seulement observer de l'extérieur, mais également entrer en contact avec des personnes ou des groupes de personnes observées, en cachant leur véritable identité, afin de les empêcher de commettre des infractions.

Pour que la Police cantonale puisse obtenir à temps les informations permettant d'empêcher certaines infractions, elle doit impérativement pouvoir non seulement observer, mais également enquêter secrètement. Il s'agit en quelque sorte d'une phase préparatoire à la procédure pénale, ou de la détection des infractions en anticipation de la procédure pénale concrète. Il faut que les agents de la Police cantonale puissent prendre contact avec un certain milieu et communiquer de quelque manière que ce soit avec les personnes cibles sans devoir révéler leur identité et leur appartenance aux services de police.

Les dispositions de la LFIS abrogée ont pour l'essentiel été transférées dans le nouveau CPP. L'investigation secrète permettant d'empêcher qu'une infraction soit commise n'y est toutefois plus prévue. Les nouvelles dispositions ne permettent de fonder une investigation secrète – comme d'autres actions relevant d'une enquête – que dans le cas où le soupçon existe qu'une infraction a déjà été commise. Il n'y a donc plus de base légale pour l'investigation secrète préventive, destinée à empêcher une infraction grave. Par ailleurs, la loi abrogée faisait la distinction entre une investigation pendant la procédure pénale (reprise dans le CPP) et une investigation pendant la phase précédant la procédure pénale (non reprise); ce second cas de figure nécessite la création d'une base légale cantonale, dans la loi sur la police (cf. ATF 134 IV 280, consid. 4.1.1: les opérations policières secrètes destinées à *empêcher* la commission d'infractions sont régies par la législation sur la police). L'investigation secrète fondée sur la LPol intervient uniquement pendant la phase précédant la procédure pénale, et son but est d'empêcher une infraction. Le droit cantonal prévoyait déjà (art. 214, al. 1 aCPP) l'investigation secrète pour le cas où une infraction est en préparation.

L'investigation secrète joue un rôle important dans la lutte contre la pédocriminalité sur les plates-formes de communication sur Internet. La Police cantonale doit pouvoir rechercher sur ce réseau les personnes susceptibles de commettre de tels actes et prendre contact avec elles avant que les actes soient commis ou dénoncés. Elle doit notamment pouvoir faire usage de pseudonymes, conformément à la pratique d'un tel environnement, et se comporter de manière à ne pas révéler son statut d'enquêtrice.

Conformément à l'article 35b, alinéa 1 LPol, l'investigation secrète a pour but d'empêcher les crimes et les délits. Elle peut être ordonnée lorsqu'on peut présumer que l'une des infractions énoncées à l'article 286, alinéa 2 du nouveau CPP va être commise (lit. a), que la gravité de cette infraction le justifie (lit. b) et que d'autres formes d'investigations n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles (lit. c). Ces conditions correspondent, dans leur structure, à

celle de la LFIS, reprise à l'article 286 CPP, et à l'ancienne disposition cantonale de l'article 214, alinéa 1 aCPP.

Dans l'investigation secrète fondée sur la LPol, le commandant de la Police cantonale peut doter les agents infiltrés d'une identité d'emprunt (art. 35b, al. 2 LPol), procédé déjà entériné par l'article 6, alinéa 1 LFIS. Pour que cette identité soit crédible et afin de protéger les agents, la modification de l'identité doit être possible avant une intervention proprement dite; il faut par exemple que des documents puissent être émis ou modifiés sans que l'autorité qui en donne l'ordre ou le service qui l'exécute ne se rende coupable d'infraction. L'autorité en question est la personne qui commande la Police cantonale. Il faut que le cas soit prévu dans une disposition légale, puisque le nouveau CPP ne prévoit plus l'investigation secrète pour la phase précédent la procédure pénale. La Police cantonale pouvait jusqu'ici faire autoriser une identité par le juge à des fins d'investigation secrète dans cette phase (cf. Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, p. 508). Cette possibilité, caduque dans le nouveau CPP, doit être rétablie dans la LPol, puisqu'elle a fait ses preuves dans la pratique.

Conformément à la réglementation que prévoit le nouveau CPP, l'investigation secrète est soumise à l'approbation du tribunal des mesures de contrainte. En vertu de l'article 40, alinéa 1 LiCPM, en relation avec l'article 272, alinéa 1 CPP, c'est en effet le Tribunal cantonal des mesures de contrainte qui est l'instance d'autorisation. La Police cantonale adresse sa demande au plus tard 24 heures après que l'engagement a été ordonné (art. 35b, al. 3 LPol). Cette réglementation correspond également à l'ancienne disposition (art. 214, al. 3 aCPP). Si l'investigation secrète fondée sur la LPol fait apparaître un soupçon concret d'acte délictueux déjà commis, elle ne peut être poursuivie en se fondant sur les dispositions du nouveau CPP que sur ordre du Ministère public et avec l'approbation du Tribunal cantonal des mesures de contrainte.

Comme les dispositions de la LFIS ont pour l'essentiel été transférées dans le CPP, le présent texte de loi peut renvoyer à leur application par analogie à titre complémentaire (art. 35b, al. 4 LPol). Il s'agit là des articles 141 (moyens de preuve obtenus illégalement), 151 (mesures de protection des agents infiltrés), et 286 à 298 (investigation secrète) CPP. Ces dispositions concernent notamment les qualités requises de l'agent infiltré (art. 287), l'interdiction de mettre à profit les informations recueillies (art. 289, al. 6 CPP), les constatations fortuites (art. 296), la fin de la mission (art. 297) et la communication à la personne concernée (art. 298).

3.3 Entrée en vigueur rétroactive

Si le Grand Conseil peut traiter le projet lors de la session de mars 2011, le référendum, bien que peu probable, serait possible dans un délai échéant en août 2011; la votation pourrait avoir lieu en 2011 encore. Il a donc été envisagé de proposer une entrée en vigueur rétroactive. Cette idée a été abandonnée pour des raisons juridiques; il ne s'agirait en effet pas d'une véritable entrée en vigueur rétroactive – admissible à certaines conditions – mais plutôt d'un cas d'effet anticipé,

qui n'est pas admissible. La POCA ne procédera par principe à aucune activité d'observation ou d'investigation secrète destinée à empêcher une infraction, hormis dans les cas visés par la clause générale de police (art. 22 LPol).

Il est envisagé de procéder à une publication extraordinaire fondée sur les articles 7 et 8 de la loi du 18 janvier 1993 sur les publications officielles (LPO; RSB 103.1). Selon l'article 7, alinéa 2 LPO, c'est l'autorité compétente qui ordonne une telle publication; lorsque le soin de fixer l'entrée en vigueur est laissé au Conseil-exécutif, c'est donc également lui qui peut ordonner la publication extraordinaire (comme ce fut le cas pour la modification de la loi sur les impôts du 25 janvier 2006). Or le rapport relatif à la LPO indique dans son commentaire de l'article 7 que c'est l'autorité qui édicte l'acte (en ce cas le Grand Conseil) qui doit prévoir la publication extraordinaire. Dans le cas présent, il n'est pas totalement exclu, même si cela est peu probable, que le législateur fédéral agisse à court terme, et qu'il faille modifier le présent projet avant même son entrée en vigueur. Il s'avère donc judicieux de ne pas fixer définitivement la date d'entrée en vigueur dans la loi et d'ordonner une publication extraordinaire. Il est préférable que le Conseil-exécutif puisse trancher après l'échéance du délai référendaire. L'arrêté constatant l'absence de référendum devrait être pris fin août 2011. Une publication extraordinaire sous forme de communiqué de presse permettrait alors au Conseil-exécutif de fixer l'entrée en vigueur au 1^{er} septembre 2011.

4. Place du projet dans le programme gouvernemental de législature (programme législatif) et dans d'autres planifications importantes

Le Conseil-exécutif a choisi de placer l'accent sur le développement durable et a défini huit priorités dans son programme. L'une de celle-ci vise à renforcer la sécurité. Une baisse du niveau actuel de sécurité n'est donc pas admissible; c'est pourtant ce qui arriverait si le travail consistant à empêcher les infractions – qui a fait ses preuves et est justifié pour ne pas dire impératif – n'était plus possible faute de bases légales prêtes à temps. Le présent projet de modification de loi, dans une forme séparée portant sur deux articles, n'était certes pas porté au programme de législation; il ne contredit toutefois aucunement ce programme.

5. Répercussions sur le personnel et les finances

Le présent projet de modification de loi vise le maintien de la pratique actuelle sur une nouvelle assise juridique. Il n'aura donc aucune répercussion sur le personnel ni sur les finances.

6. Répercussions sur les communes

Aucune.

7. Répercussions sur l'économie

Aucune.

8. Résultat de la procédure de consultation

Conformément aux Directives du canton de Berne sur la procédure législative (DPL, module 9, ch. 2.4), il est possible de renoncer à la procédure de consultation pour les projets revêtant peu d'importance (cf. art. 5, al. 2 de l'ordonnance du 26 juin 1996 sur les procédures de consultation et de corapport, OPC; RSB 152.025). Un arrêté spécial du Conseil-exécutif ne s'impose pas dans ce cas; le gouvernement peut prendre la décision de renoncer à la procédure de consultation au moment d'adopter sa proposition à l'adresse du Grand Conseil. Le présent projet de modification de loi n'entend pas procéder à l'introduction d'une nouvelle norme juridique, mais maintenir la réglementation et la pratique actuelles en rétablissant des bases légales suffisantes. On peut donc considérer qu'il s'agit d'un projet revêtant peu d'importance. Si d'aventure la législation fédérale se voyait modifiée dans le même sens, il serait possible d'en tenir compte dans la prochaine révision de la LPol, soumise à une procédure de consultation ordinaire dès l'été 2011. Le même raisonnement s'applique à d'autres mesures que l'on pourrait prévoir dans l'observation ou l'investigation secrète destinée à empêcher les infractions, et qui constitueraient des atteintes aux droits fondamentaux dépassant le cadre actuel; elles peuvent être traitées en procédure législative ordinaire.

9. Proposition

Au vu des explications qui précèdent, le Conseil-exécutif propose au Grand Conseil de procéder à une seule lecture et d'approuver le présent projet de loi.

Berne, le 9 février 2011

Au nom du Conseil-exécutif,
le président: *Perrenoud*
le chancelier: *Nuspliger*

Proposition du Conseil-exécutif

Loi sur la police (LPol) (Modification)

551.1

Le Grand Conseil du canton de Berne,
sur proposition du Conseil-exécutif,
arrête:

I.

La loi du 8 juin 1997 sur la police (LPol) est modifiée comme suit:

Observation

Art. 35a (nouveau) ¹Afin d'empêcher des crimes ou des délits, la Police cantonale peut observer secrètement des personnes et des choses dans des lieux librement accessibles et effectuer des enregistrements audio et vidéo si

- a elle dispose d'indices sérieux laissant présumer que des crimes ou des délits vont être commis et que
- b d'autres mesures de recherche d'informations n'aient aucune chance d'aboutir ou soient excessivement difficiles.

² Si la durée d'une observation atteint un mois, son maintien requiert l'approbation du tribunal des mesures de contraintes.

³ Les articles 141 et 283 CPP s'appliquent par analogie.

Investigation
secrète

Art. 35b (nouveau) ¹Afin d'empêcher des crimes ou des délits, la Police cantonale peut ordonner une investigation secrète

- a si l'une des infractions visées à l'article 286, alinéa 2 CPP va être commise;
- b si la gravité de cette infraction justifie une investigation secrète et que
- c d'autres mesures de recherche d'informations n'aient aucune chance d'aboutir ou soient excessivement difficiles.

² Le commandant ou la commandante de la Police cantonale peut doter les agents infiltrés d'une identité d'emprunt.

³ L'intervention d'agents ou d'agentes infiltrés requiert l'approbation du tribunal des mesures de contrainte. La Police cantonale adresse sa demande au plus tard 24 heures après que l'investigation secrète a été ordonnée.

⁴ Les articles 141, 151 et 286 à 298 CPP s'appliquent par analogie.

Proposition commune du Conseil-exécutif et de la Commission de justice

Loi sur la police (LPol) (Modification)

551.1

Le Grand Conseil du canton de Berne,
sur proposition du Conseil-exécutif,
arrête:

I.

La loi du 8 juin 1997 sur la police (LPol) est modifiée comme suit:

Observation

Art. 35a (nouveau) ¹Afin d'empêcher des crimes ou des délits, la Police cantonale peut observer secrètement des personnes et des choses dans des lieux librement accessibles et effectuer des enregistrements audio et vidéo si

- a elle dispose d'indices sérieux laissant présumer que des crimes ou des délits vont être commis et que
- b d'autres mesures de recherche d'informations n'aient aucune chance d'aboutir ou soient excessivement difficiles.

² Si la durée d'une observation atteint un mois, son maintien requiert l'approbation du tribunal des mesures de contraintes.

³ Les articles 141 et 283 CPP s'appliquent par analogie.

Investigation
secrète

Art. 35b (nouveau) ¹Afin d'empêcher des crimes ou des délits, la Police cantonale peut ordonner une investigation secrète

- a si l'une des infractions visées à l'article 286, alinéa 2 CPP va être commise;
- b si la gravité de cette infraction justifie une investigation secrète et que
- c d'autres mesures de recherche d'informations n'aient aucune chance d'aboutir ou soient excessivement difficiles.

² Le commandant ou la commandante de la Police cantonale peut doter les agents infiltrés d'une identité d'emprunt.

³ L'intervention d'agents ou d'agentes infiltrés requiert l'approbation du tribunal des mesures de contrainte. La Police cantonale adresse sa demande au plus tard 24 heures après que l'investigation secrète a été ordonnée.

⁴ Les articles 141, 151 et 286 à 298 CPP s'appliquent par analogie.

II.

Le Conseil-exécutif fixe la date d'entrée en vigueur de la présente modification.

Il est proposé au Grand Conseil de renoncer à la seconde lecture.

Berne, le 9 février 2011

Au nom du Conseil-exécutif,
le président: *Perrenoud*
le chancelier: *Nuspliger*

Le droit en vigueur peut être obtenu auprès de la Chancellerie d'Etat avant la session ou auprès des huissiers pendant la session.

II.

Le Conseil-exécutif fixe la date d'entrée en vigueur de la présente modification.

Il est proposé au Grand Conseil de renoncer à la seconde lecture.

Berne, le 2 mars 2011

Au nom du Conseil-exécutif,
le président: *Perrenoud*
le chancelier: *Nuspliger*

Berne, le 22 février 2011

Au nom de la Commission de justice,
le président: *Stalder*

Le droit en vigueur peut être obtenu auprès de la Chancellerie d'Etat avant la session ou auprès des huissiers pendant la session.