Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Dernière modification : 12.10.2026

PDF créé le : 12.10.2026

COMMENTAIRE EN LIGNE
LE COMMENTAIRE JURIDIQUE
EN OPEN ACCESS

TABLE DES MATIÈRES

Art. 1 EIMP 5
Art. 1a EIMP 27
Art. 3 al. 1 et 2 EIMP 35
Art. 8 EIMP 63
Art. 8a EIMP 75
Art. 11b EIMP 89
Art. 16 EIMP 101
Art. 17 EIMP 115
Art. 17a EIMP 139
Art. 32 EIMP 151
Art. 35 EIMP 167
Art. 47 EIMP 203
Art. 48 EIMP 217
Art. 54 EIMP 229
Art. 56 EIMP 239
Art. 55a EIMP 247
Art. 63 EIMP 263
Art. 67 EIMP 287
Art. 67a EIMP 317
Art. 74 EIMP 357
Art. 74a EIMP 371
Art. 80 EIMP 409
Art. 80a EIMP 417
Art. 80b EIMP 427
Art. 80h EIMP 445
Art. 80c EIMP 475
Art. 80d EIMP 485
Art. 80k EIMP 495
Art. 65 EIMP 503

COMMENTAIRE

Art. 1 EIMP

Un commentaire de Gaelle Mieli

PROPOSITION DE CITATION

Gaelle Mieli, Commentaire de l'art. 1 EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Mieli, art. 1 EIMP N. XXX.

Première partie
Dispositions générales

Chapitre 1 Champ d'application

Section 1 Objet et limites de la coopération

Art. 1 Objet

[1] À moins que d'autres lois ou des accords internationaux n'en disposent autrement, la présente loi règle toutes les procédures relatives à la coopération internationale en matière pénale, soit principalement:

a. l'extradition de personnes poursuivies ou condamnées pénalement (deuxième partie);

b. l'entraide en faveur d'une procédure pénale étrangère (troisième partie);

c. la délégation de la poursuite et de la répression d'une infraction (quatrième partie);

d. l'exécution de décisions pénales étrangères (cinquième partie).

[2] ...

[3] La présente loi ne s'applique qu'aux affaires pénales dans lesquelles le droit de l'État requérant permet de faire appel au juge.

[3bis] À moins que d'autres lois ou des accords internationaux n'en disposent autrement, la présente loi s'applique par analogie aux procédures relatives à la coopération en matière pénale avec des tribunaux internationaux ou d'autres institutions interétatiques ou supranationales exerçant des fonctions d'autorités pénales si ces procédures concernent:

a. des infractions relevant des titres 12bis, 12ter ou 12quater du code pénal, ou

b. des infractions relevant d'autres domaines du droit pénal, lorsque le tribunal ou l'institution se fonde sur une résolution des Nations Unies contraignante pour la Suisse ou soutenue par la Suisse.

[3ter] Le Conseil fédéral peut arrêter dans une ordonnance que la présente loi s'applique par analogie aux procédures relatives à la coopération en matière pénale avec d'autres tribunaux internationaux ou d'autres institutions interétatiques ou supranationales exerçant des fonctions d'autorités pénales aux conditions suivantes:

a. la constitution du tribunal ou de l'institution se fonde sur une base juridique réglant expressément ses compétences en matière de droit pénal et de procédure pénale;

b. la procédure devant ce tribunal ou devant cette institution garantit le respect des principes de l'État de droit;

c. la coopération contribue à la sauvegarde des intérêts de la Suisse.

[4] La présente loi ne confère pas le droit d'exiger une coopération en matière pénale.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 8
II. Champ d'application 9
A. Matières visées (al. 1) 9
1. Extradition 12
2. Entraide judiciaire au sens strict 12
3. Délégation de la poursuite pénale 12
4. Exécution des décisions pénales 13
B. Caractère subsidiaire (al. 1) 13
1. Vis à vis des traités 14
2. Vis à vis du droit interne 14
3. Exceptions 15
a. Principe de faveur 15
b. Application complémentaire 16
C. Affaires pénales dans lesquelles il peut être fait appel au juge (al. 3) 16
1. Affaire pénale 16
2. Possibilité de faire appel au juge 17
D. Coopération avec les institutions pénales internationales 18
1. Coopération d'office (al. 3bis) 18
2. Al. 3ter: l'extension de la coopération à certaines institutions pénales internationales par ordonnance 21
a. Généralités 21
b. Conditions 22
c. Ordonnances du Conseil fédéral 23
III. Caractère potestatif (al. 4) 24
Bibliographie 25

I. GÉNÉRALITÉS

1 Dans un monde toujours plus globalisé, tant les personnes que les objets, notamment, se déplacent à travers les frontières avec facilité. Les criminels en profitent également. Les procédures pénales impliquent ainsi de plus en plus souvent un ou plusieurs élément/s d'extranéité. Afin que la criminalité soit réprimée de manière efficace, les États doivent coopérer entre eux. En effet, le droit pénal, et en particulier l'exercice de la contrainte, sont des compétences souveraines des États[1]. À ce titre, si un État nécessite, pour l'avancement d'une procédure pénale sur son territoire, un élément de preuve ou une personne qui ne se trouve pas sur son territoire ou sous sa juridiction, il ne pourra exercer ses prérogatives de contrainte sans être assisté par l'État sur le territoire ou sous la juridiction duquel se trouve la personne ou l'élément recherché. Une coopération doit donc se mettre en place[2]. L'EIMP règle ces procédures. Cette notion de souveraineté territoriale est mise au défi par l'apparition de nouveaux types de preuves, en particulier les preuves électroniques, et leur récolte. La localisation de ces preuves est incertaine. Les États-Unis ont p.ex. adopté une loi donnant la possibilité aux autorités pénales américaines d'un accès extraterritorial à certaines conditions[3]. L'EIMP reste cependant ancrée dans les notions traditionnelles de souveraineté territoriale.

2 L'art. 1 EIMP définit le champ d'application matériel de la loi, à savoir la coopération pénale internationale. Cette dernière regroupe l'ensemble des mesures, pouvant être coercitives, qu'un État peut prendre afin d'assister un autre État dans le cadre de ses procédures pénales, et ce à tous les stades de la procédure[4]. La coopération peut ainsi avoir lieu en phase d'instruction, dans le cadre de la procédure, mais également après que le jugement a été rendu, notamment en ce qui concerne l'exécution de décisions.

---

1. ATF 146 IV 36, cons. 2.2.; ATF 141 IV 108, cons. 5.3. Cf. également BSK IRSG-Heimgartner/Niggli, Einführung N. 3; Oberholzer, N. 261; Zimmermann, p. 1.
2. ATF 146 IV 36, cons. 2.2.; ATF 137 IV 33, cons. 9.4. Cf. également Lugentz/Rayroud/Turk, 51; Oberholzer, N. 261; Zimmermann, p. 1.
3. «Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act» du 2 juin 2018 ou «CLOUD Act», disponible sur https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/2383/text (consulté le 21 juin 2023).
4. En ce sens, Ludwiczak Glassey, N. 2 ; Zimmermann, N. 1 ; OFJ, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Directives, 9e éd. 2009, p. 5. Cf. également ATF 113 Ib 257, cons. 2.

Depuis son adoption, l'art. 1 EIMP a été modifié à trois reprises[5]. Une première fois dans le but de séparer le champ d'application des limites de la coopération. En ce sens, l'art. 1 al. 2 EIMP a été repris dans un nouvel art. 1*a* EIMP[6]. La deuxième modification date du 1er juillet 2002. Dans le cadre de l'accession de la Suisse au Statut de Rome[7], la LCPI a été adoptée. L'art. 1 EIMP a été modifié afin que la LCPI ait la prévalence[8]. Finalement, la modification du 1er juin 2021 ouvre la possibilité d'appliquer par analogie l'EIMP à la coopération avec « les tribunaux internationaux ou d'autres institutions interétatiques ou supranationales exerçant des fonctions d'autorités pénales »[9]. Ce point sera détaillé ci-dessous. 3

Dans sa version actuelle, l'art. 1 EIMP contient cinq alinéas. Le premier délimite les différentes matières visées par la coopération pénale internationale (cf. point II. A.) et précise le caractère subsidiaire de l'EIMP (cf. point II. B.). L'alinéa 2 a été abrogé, comme mentionné ci-dessus. L'alinéa 3 précise que la loi ne s'applique qu'en matière pénale (cf. point II. C.). Les alinéas 3bis et 3ter traitent de la coopération avec les institutions pénales internationales (cf. point II. D.) et le dernier alinéa rappelle le caractère potestatif de l'EIMP (cf. point III.). 4

II. CHAMP D'APPLICATION

A. Matières visées (al. 1)

L'art. 1 al. 1 EIMP précise que la loi régit la coopération internationale en matière pénale dans son ensemble. 5

La coopération est **internationale** en ce sens qu'elle implique en général au moins deux États[10]. La notion d'État est définie par le droit international 6

5. RO 1997 114 ; RO 2002 1493 ; RO 2021 233.
6. Message concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de la loi fédérale relative au traité conclu avec les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mars 1995, FF 1995 III 1 ss, 16.
7. RS 0.312.1
8. Message 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 du 15 novembre 2000, FF 2001 359 ss, 359.

public. Trois critères sont utilisés: celui du territoire, celui du peuple et celui du gouvernement[11]. La reconnaissance internationale n'est d'ailleurs pas une condition nécessaire pour qu'un État soit qualifié comme tel en droit international[12]. Et les États dont le statut est contesté envoient tout de même des demandes de coopération pénale internationale. La Suisse coopère avec certains États dont la reconnaissance est contestée par une partie de la communauté internationale[13]. C'est le cas du Kosovo, qui est reconnu par la Suisse mais pas par l'ensemble de la communauté internationale, et avec lequel deux traités bilatéraux ont été conclu[14]. C'est également le cas de Taiwan (République de Chine) qui n'est pas reconnue par l'ensemble de la communauté internationale, ni par la Suisse[15]. Cependant, des demandes d'entraide ont été acceptées et confirmées par le Tribunal fédéral[16]. Avec des États que la Suisse ne reconnait pas, il n'est cependant pas possible de conclure d'accords internationaux tels que des traités bilatéraux p.ex. La coopération s'octroie sur la base de l'EIMP. Dans le cadre du transfèrement de personnes condamnées, ceci peut poser des problèmes particuliers dans la mesure où un traité est nécessaire en plus de l'EIMP.

7 La coopération pénale internationale implique donc au minimum deux États mais elle peut en impliquer également plus[17]. Tel peut être le cas d'une affaire complexe pour laquelle des moyens de preuves sont disponibles dans différents États. Plusieurs demandes seront alors émises entre les différents États concernés[18]. C'est également le cas des équipes communes d'enquête

9. Message concernant la révision de l'art. 1 de la loi sur l'entraide pénale internationale du 6 novembre 2019, FF 2019 7007 ss, 7007.
11. En ce sens: Ludwiczak Glassey, N. 21; Zimmermann, N. 1. Pour plus de détails sur la notion d'État, cf. Besson, N. 158 ss; Nguyen Quoc/Daillier/Pellet, N. 270 ss; Peters/Petrig, p. 33 ss; Shaw, p. 139 ss. Cf. également ATF 130 II 217, cons. 5.2.
12. Besson, N. 257; Peters/Petrig, p. 42; Shaw, p. 296 ss. Cf. également ATF 130 II 217, cons. 5.3.
13. Cf. Ludwiczak Glassey, N. 21; Zimmermann, N. 1
14. Traité du 14 mai 2012 entre la Confédération suisse et la République du Kosovo sur le transfèrement des personnes condamnées, RS 0.344.475. La Suisse et le Kosovo ont aussi conclu un accord bilatéral d'entraide judiciaire en matière pénale qui n'est pas encore en vigueur, cf., pour le message, FF 2022 2169. Cf. également Office fédéral de la justice, Rapport d'activité 2022 - Entraide judiciaire internationale, 19.
15. Ludwiczak Glassey, N. 21; Zimmermann, N. 1. Cf. également ATF 130 II 217, cons. 5.3
16. ATF 130 II 217. Cf. également Office fédéral de la justice, Rapport d'activité 2021 - Entraide judiciaire internationale, 19.
17. BSK IRSG- Fiolka, Art. 1 N. 13; BSK IRSG-Heimgartner/Niggli, Einführung N. 20; Ludwiczak Glassey, N. 19; Zimmermann, N. 1.

qui peuvent être constituées de plus de deux États. Dans les deux cas, cependant, les demandes seront toujours émises d'un État à l'autre. En Suisse, la création d'équipes communes d'enquête repose sur une demande d'entraide judiciaire (art. 80*d*ter EIMP). Si plusieurs États participent à une équipe commune d'enquête, une demande d'entraide est nécessaire entre la Suisse et chaque État participant.

Les développements récents du droit international ont vu la naissance de tribunaux pénaux internationaux et d'autres institutions pénales internationales mises en place par les États ou les organisations internationales sur la base d'accords internationaux ou de résolutions des Nations Unies. Ces institutions pénales internationales ont une personnalité juridique propre et des compétences en matière de poursuite pénale. Elles ne disposent cependant pas toujours de services d'investigation propres tels qu'en ont les États et ne peuvent pas intervenir sur le territoire souverain d'un État. À ce titre, ces institutions sont tributaires de la coopération d'autres États, elles sont amenées à solliciter la coopération pénale internationale des États. Cette coopération doit également être vue comme internationale au sens de l'EIMP[19]. 8

La coopération visée par l'EIMP est la coopération **en matière pénale** (art. 1 al. 1 et 3 EIMP). Elle doit être demandée dans le cadre d'affaires pénales et non pour des affaires civiles ou administratives. Ce point sera détaillé ci-dessous (cf. point C.). 9

L'art. 1 al. 1 EIMP liste en outre les quatre principaux domaines réglés par l'EIMP, à savoir l'extradition, l'entraide judiciaire au sens strict[20], la délégation de la poursuite pénale et l'exécution de décisions pénales étrangères[21]. Ces différents actes sont régis en détail dans les parties 2 à 5 de l'EIMP. Cette liste n'est pas exhaustive et d'autres domaines liés à la coopération pénale internationale pourraient entrer dans le champ d'application de l'EIMP dans 10

18. Cf. p.ex. le cas 1MDB cité dans Office fédéral de la justice, Rapport d'activité 2021 - Entraide judiciaire internationale, 11, et Office fédéral de la justice, Rapport d'activité 2022 - Entraide judiciaire internationale, 13.
19. FF 2001 359 ss, 397. Cf. également en ce sens Ludwiczak Glassey, N. 24.
20. L'entraide judiciaire au sens strict, aussi appelée petite entraide, entraide judiciaire au sens étroit ou entraide judiciaire accessoire, est réglée dans la troisième partie de l'EIMP et s'oppose à l'entraide judicaire au sens large ou coopération pénale internationale qui inclut les différents domaines réglés par l'EIMP.
21. OFJ, Directives, 5.

le cadre de futures révisions de cette loi[22]. Ainsi, une certaine flexibilité est laissée en vue de nouvelles révisions de la loi.

1. Extradition

11 L'extradition (art. 32 ss EIMP) vise la remise d'une personne physique d'un État à l'autre pour les besoins d'une procédure pénale[23]. La personne visée par une demande d'extradition peut faire l'objet d'une procédure pénale dans l'État requérant et sera alors extradée en vue de ladite procédure. L'extradition peut également être demandée lorsqu'une personne a été condamnée dans un État mais qu'elle n'a pas fini d'exécuter sa peine dans l'État de condamnation. La personne sera alors extradée en vue de l'exécution de la sanction pénale[24].

2. Entraide judiciaire au sens strict

12 L'entraide judiciaire au sens strict (art. 63 ss EIMP) vise l'ensemble des mesures qu'un État prend pour le compte d'un autre État dans le but de récolter des moyens de preuve utiles à la poursuite d'une infraction pénale par l'État requérant[25]. Cela inclut p.ex. la récolte de témoignages, les perquisitions, les transmissions de documents utiles à la procédure, le blocage et la restitution de valeurs patrimoniales ou encore la notification d'actes judiciaires[26].

3. Délégation de la poursuite pénale

13 La délégation de la poursuite pénale (art. 85 ss EIMP) vise des situations où les actes punissables ont été commis à l'étranger mais sont punis en Suisse, ou à l'inverse les cas où l'infraction a été commise en Suisse mais est poursuivie à l'étranger. Les raisons peuvent être que l'extradition n'est pas possible ou qu'une délégation de poursuite pénale offre de meilleures chances de reclassement social p.ex.[27]. L'État requis poursuit alors la personne en lieu et place de l'État dans lequel les faits se sont produits. Cela vise à éviter une

22. BSK IRSG-Fiolka, Art. 1 N. 2.
23. BSK IRSG-Fiolka, Art. 1 N. 3; BSK IRSG-Heimgartner/Niggli, Einführung N. 28; Ludwiczak Glassey, N. 11.
24. Zimmermann, N. 4.
25. BSK IRSG-Fiolka, Art. 1 N. 4; BSK IRSG-Heimgartner/Niggli, Einführung N. 29; Zimmermann, N. 5; OFJ, Directives, 5.
26. BSK IRSG-Heimgartner/Niggli, Einführung N. 29; OFJ, Directives, 5.

situation où la personne qui ne pourrait être remise par le biais de l'extradition demeure impunie et concrétise ainsi le principe *aut dedere aut iudicare*. Cela favorise également, dans certains cas, un meilleur reclassement social en permettant à la personne poursuivie de l'être dans l'État dans lequel elle a le plus d'attaches.

4. Exécution des décisions pénales

Finalement, le quatrième type de procédure réglé par l'EIMP est l'exécution des décisions pénales étrangères (art. 94 ss). Il s'agit pour un État d'exécuter, sur son territoire, une décision pénale rendue par un autre État[28]. Ce volet se différencie de l'extradition pour l'exécution d'une peine en ce sens que pour l'extradition, c'est l'État qui a rendu la décision qui demande l'extradition de la personne condamnée afin que cette dernière exécute sa peine sur le territoire de l'État de condamnation. Dans le cas de l'exécution d'une décision pénale, la décision a été rendue par l'État de condamnation et ce dernier demande à ce que la peine soit exécutée dans un autre État dans lequel se trouve la personne condamnée. L'exécution d'une décision pénale peut viser une peine privative de liberté ainsi que l'exécution d'une sanction financière pour laquelle l'extradition n'entre pas en compte[29]. L'exécution d'une peine privative de liberté sur le territoire d'un autre État a pour but d'offrir à la personne condamnée une meilleure chance de reclassement social. 14

B. Caractère subsidiaire (al. 1)

L'EIMP est une loi subsidiaire. L'art. 1 al. 1 EIMP le précise: la loi ne s'applique que dans le cas où aucune autre loi ou traité n'est applicable[30]. Ceci est d'ailleurs répété à l'art. 1 al. 3bis EIMP. L'EIMP complète ainsi le droit existant[31]. 15

27. BSK IRSG-Heimgartner/Niggli, Einführung N. 31; Ludwiczak Glassey, N. 12; Zimmermann, N. 6.
28. BSK IRSG-Fiolka, Art. 1 N. 6; BSK IRSG-Heimgartner/Niggli, Einführung N. 32; Ludwiczak Glassey, N. 13; Zimmermann, N. 7.
29. BSK IRSG-Fiolka, Art. 1 N. 6.
30. ATF 137 IV 33, cons. 2.2.2. Cf. également Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, S. 19; BSK IRSG-Fiolka, Art. 1 N. 7.
31. Zimmermann, N. 170.

1. Vis à vis des traités

16 En Suisse, le droit international prime le droit national[32] et la Suisse s'engage à respecter ses engagements internationaux, conformément au principe *pacta sunt servanda*. Les traités conclus par la Suisse auront la prééminence sur l'EIMP[33]. C'est par exemple le cas des conventions européennes d'extradition et d'entraide judiciaire voire des conventions adoptées dans le cadre de l'accord Schengen ou encore des conventions des Nations Unies. Ainsi, la disposition du PA II sur les équipes communes d'enquêtes s'appliquera en priorité sur celle de l'EIMP avec les États parties à ce protocole p.ex. C'est également le cas des traités bilatéraux que la Suisse conclut avec d'autres États. Deux exceptions seront cependant mentionnées ci-dessous.

2. Vis à vis du droit interne

17 En ce qui concerne le droit interne, l'application du principe général *lex specialis derogat legi generali* prévoit en général que les lois spéciales priment les lois générales. Ceci signifie deux choses, soit que l'EIMP a un caractère de loi spéciale par rapport aux autres dispositions de droit pénal ou de procédure pénale suisse qui pourraient régler certains aspects similaires, et que certaines lois ont un caractère de loi spéciale par rapport à l'EIMP dans les domaines qu'elles régissent.

18 Ainsi, les dispositions de l'EIMP doivent primer, dans les procédures d'entraide, les règles d'autres lois suisses plus générales, notamment celles du CPP ou du CP qui règleraient des points applicables aussi à l'entraide. La qualité de partie ou les droits de recours des personnes visées par une procédure d'entraide sont réglés exclusivement par l'EIMP p.ex.

19 Ce principe veut aussi que les lois spéciales réglant certains sujets du droit de la coopération pénale internationale aient la priorité sur l'EIMP[34]. On peut penser à la loi fédérale sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées[35] qui fixe des règles spécifiques à ce sujet ou la LCPI qui règle la coopération avec la Cour pénale internationale.

---

32. ATF 139 I 16, cons. 5.1. Cf. également Zimmermann, N. 227.
33. ATF 137 IV 33, cons. 2.2.2; TF 1A.32/2000 du 19.6.2000, cons. 2.a. Cf. également Lugentz/Rayroud/Turk, 505 et 544.
34. BSK IRSG-Fiolka, Art. 1 N. 8 et 11.
35. LVPC; RS 312.4.

3. Exceptions

Deux exceptions à cette subsidiarité doivent être mentionnées. 20

a. Principe de faveur

La première est l'application en Suisse du **principe de faveur** qui prévoit l'application de l'EIMP si elle est plus favorable à la coopération que le droit international[36]. Ce principe découle des objectifs que la Suisse s'est fixée dans le cadre de la lutte contre la criminalité. L'entraide pénale internationale a pour but de favoriser la répression des infractions pénales, ce qui est important pour la Suisse. Ainsi, elle octroie l'entraide la plus large possible[37]. Cela découle également du fait qu'un traité dans le domaine a pour but de favoriser l'entraide et qu'il serait ainsi paradoxal d'accorder une entraide plus restreinte à un État avec lequel la Suisse a conclu un traité qu'à un État avec lequel elle coopère seulement sur une base de réciprocité en application de l'EIMP[38]. Cela signifie par exemple que les révisions de l'EIMP prévoyant de nouvelles mesures peuvent s'appliquer également aux États avec lesquels la Suisse a conclu un traité, même si ce traité ne prévoit pas expressément ces mesures. C'est le cas des nouvelles dispositions relatives aux équipes communes d'enquêtes (art. 80*d*ter ss EIMP). Ces dispositions peuvent permettre la création d'une telle équipe commune d'enquête entre la Suisse et un État avec laquelle elle a conclu un traité même si une telle possibilité n'est pas directement prévue dans le traité. 21

Le principe de faveur s'applique à moins qu'il ne soit spécifiquement exclu par une loi ou Convention. C'est le cas de la LCPI qui prévoit que « la coopération avec la Cour est assurée exclusivement selon les dispositions de la présente loi et du Statut »[39]. Il faut encore préciser que ce principe de faveur s'applique à l'encontre de l'État mais qu'il ne sera pas forcément favorable à la personne visée par la mesure d'entraide[40]. 22

36. ATF 147 II 432, cons. 3.1; ATF 137 IV 33, cons. 2.2.2; ATF 132 II 178, cons. 2.1; ATF 129 II 462, cons. 1.1; TF 1A.32/2000 du 19.6.2000, cons. 2.a et 7. Cf. également BSK IRSG-Fiolka, Art. 1 N. 24; BSK IRSG-Heimgartner/Niggli, Einführung N. 52; Ludwiczak Glassey, N. 68; Lugentz/Rayroud/Turk, 545; Zimmermann, N. 229; OFJ, Directives, 12 et 37.
37. TF 1A.32/2000 du 19.6.2000, cons. 7.
38. ATF 147 II 432, cons. 3.1. Cf. également BSK IRSG-Fiolka, Art. 1 N. 24.
39. Art. 2 LCPI.
40. BSK IRSG-Fiolka, Art. 1 N. 26; Ludwiczak Glassey, N. 69.

b. Application complémentaire

23 La deuxième exception est l'application complémentaire de l'EIMP aux questions qui ne sont pas réglées par les autres lois ou accords, là aussi pour autant que la coopération ne soit pas régie exclusivement pour les autres accords ou lois[41]. Les traités internationaux, par exemple, ne règlent pas les questions
de procédure, de recours, de délais, etc. C'est l'EIMP qui s'applique.

24 L'application complémentaire de l'EIMP est également possible seulement si une loi ne régit pas exclusivement un domaine. Ainsi, la coopération avec la Cour pénale internationale, bien que pouvant dorénavant entrer dans le champ d'application de l'art. 1 al. 3bis EIMP, continuera d'être réglée exclusivement par la LCPI[42].

C. Affaires pénales dans lesquelles il peut être fait appel au juge (al. 3)

25 L'art. 1 al. 3 EIMP prévoit que la coopération pénale internationale ne peut être accordée que (1.) pour les affaires pénales (2.) où il est possible de faire appel à un juge[43].

1. Affaire pénale

26 L'EIMP ne s'applique que dans le cadre d'une procédure pénale. Ainsi, une procédure ayant pour but de réprimer une infraction pénale doit être ouverte ou terminée dans l'État requérant[44]. La notion d'affaire pénale doit être interprétée de manière large[45]. L'élément principal est la poursuite d'une infraction pénale[46]. Par infraction pénale, il est entendu les infractions pénales punies, en Suisse, par le CP ainsi que les infractions pénales punies par le droit pénal accessoire[47]. L'infraction pénale doit être punie par une sanction[48]. Les peines privatives de liberté sont des sanctions pénales par

41. ATF 137 IV 33, cons. 2.2.2; TF 1A.32/2000 du 19.6.2000, cons. 2.a. Cf. également Zimmermann, N. 228; OFJ, Directives, 12.
42. Cf. art. 2 LCPI ou encore FF 2001 359 ss, 423 s.
43. Cf. ATF 133 IV 40, cons. 3.2.; ATF 123 II 161, cons. 3; TF 1A.32/2000 du 19.6.2000, cons. 7. Cf. également Zimmermann, N. 560; OFJ, Directives, 14 s.
44. ATF 133 IV 40, cons. 3.2. Cf. également Ludwiczak Glassey, N. 27.
45. Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, S. 8.
46. Aufiero, N. 583; Hurtado Pozo, N. 4; Ludwiczak Glassey, N. 28; Lugentz/Rayroud/Turk, 546.

excellence mais les autres sanctions prévues par le CP (art. 34 ss CP) attestent également du caractère pénal d'une infraction[49].

La notion d'affaire pénale peut englober les procédures pénales accessoires ou des mesures administratives. De même, la demande d'entraide émane en général d'autorités judiciaires mais elle peut parfois être transmise par des autorités administratives dans l'État requérant, pour autant que ces autorités administratives aient la compétence d'initier une procédure pénale[50]. 27

Pour qu'il s'agisse d'une affaire pénale au sens de l'EIMP, la personne visée par la procédure ne doit pas encore nécessairement avoir été mise en accusation. Il suffit qu'une investigation ait été ouverte à son encontre dans l'État requérant. Cette investigation doit par contre être susceptible de finir devant le juge compétent (cf. point 2. ci-dessous)[51]. 28

L'État doit en outre être compétent pour poursuivre l'infraction qui est l'objet de la demande. L'État requérant ne peut ainsi soumettre une demande d'entraide que s'il a lui-même la compétence de poursuivre l'infraction visée par ladite demande[52]. Une telle compétence est cependant présumée dans la mesure où l'organisation judiciaire d'un État relève de ses compétences souveraines. La Suisse ne peut examiner ce point que s'il est manifeste qu'une telle compétence fait défaut[53]. 29

2. Possibilité de faire appel au juge

La deuxième condition de l'art. 1 al. 3 EIMP prévoit que la personne visée par la procédure pénale ait la possibilité de faire appel à un juge dans l'État requérant[54]. Cette condition a pour but de garantir le droit à un procès 30

47. Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, S. 8; Zimmermann, N. 1; CR EIMP, Introduction générale N. 70. Cf. également CourEDH, Cour plénière, Engel *et al.* c. Pays-Bas, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 (1976), par. 82.
48. Cf. BSK IRSG-Fiolka, Art. 1 N. 36; Hurtado Pozo, N. 4. Cf. CourEDH, Cour plénière, Engel *et al.* c. Pays-Bas, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 (1976), par. 82.
49. En ce sens, Ludwiczak Glassey, N. 29.
50. Oberholzer, N. 289; CR EIMP, Introduction générale N. 67.
51. ATF 133 IV 40, cons. 3.2.; ATF 123 II 161, cons. 3. Cf. également: Donatsch/Heimgartner/Meyer/ Simonek, S. 9; Lugentz/Rayroud/Turk, 546 s.; Oberholzer, N. 289; CR EIMP, Art. 1 EIMP N. 11; OFJ, Directives, 15.
52. ATF 133 IV 40, cons. 3.2.; ATF 126 II 212, cons. 6.b. Cf. également CR EIMP, Art. 1 EIMP N. 10.
53. Lugentz/Rayroud/Turk, 547; Oberholzer, N. 290.

équitable garanti tant par la Constitution fédérale[55] que par les accords internationaux que la Suisse a ratifiés[56].

31 La coopération pénale internationale permet à l'État requérant de demander des mesures de contrainte à l'État requis. De telles mesures doivent pouvoir faire l'objet d'un contrôle judiciaire dans la procédure pénale ouverte[57]. Ainsi, la personne visée par la procédure pour laquelle l'entraide est demandée doit avoir la possibilité, au cours de la procédure, de faire appel au juge compétent à raison de la matière dans l'État requérant. Il s'agit en général d'un juge pénal même si, dans certains cas, un juge administratif n'est pas exclu à condition qu'il soit compétent pour prononcer des sanctions pénales.

32 Finalement, l'EIMP exige seulement la possibilité de faire appel à un juge. Il suffit que la personne ait une telle possibilité selon le droit applicable à la procédure ouverte dans l'État requérant même si elle n'en fait au final pas usage[58].

D. Coopération avec les institutions pénales internationales

1. Coopération d'office (al. 3bis)

33 L'alinéa 3bis règle la coopération d'office avec les tribunaux pénaux internationaux ou les autres institutions internationales, mixtes et supranationales qui exercent des fonctions pénales (ci-après: institutions pénales internationales) pour autant qu'elles poursuivent des crimes graves du droit international où qu'elles se fondent sur une résolution des Nations Unies contraignante pour la Suisse[59].

34 Les **institutions pénales internationales** regroupent les tribunaux pénaux internationaux tels que l'ancien Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ou l'ancien Tribunal pénal international pour le Rwanda ainsi que le Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux qui exerce les fonctions résiduelles de ces deux Tribunaux

54. ATF 133 IV 40, cons. 3.2.; ATF 123 II 161, cons. 3. Cf. également Aufiero, N. 584; OFJ, Directives, 15.
55. Art. 29ss Cst.
56. Art. 6 CEDH, art. 14 Pacte ONU II p.ex. Cf. également BSK IRSG-Fiolka, Art. 1 N. 32.
57. Cf. en ce sens BSK IRSG-Fiolka, Art. 1 N. 34.
58. BSK IRSG-Fiolka, Art. 1 N. 42; Zimmermann, N. 560b.
59. Office fédéral de la justice, Rapport d'activité 2020 - Entraide judiciaire internationale, 24.

voire d'autres tribunaux similaires qui pourraient être créés dans le futur. Sont également concernés les tribunaux ou institutions mixtes, à savoir ceux qui ont des composantes nationales et internationales comme les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, la Cour pénale spéciale de la République centrafricaine ou les Chambres spécialisées du Kosovo (CSK) et le bureau du Procureur spécialisé. Ces tribunaux reposent à la fois sur du droit national et du droit international et sont soutenus par une organisation internationale telle que les Nations Unies p.ex. Finalement, les commissions d'enquêtes mises en place par les Nations Unies comme le Mécanisme international, impartial et indépendant chargé de faciliter les enquêtes sur les violations les plus graves du droit international commises en République arabe syrienne, ou par le Conseil de l'Europe, comme la « Commission Marty », sont également visées par l'art. 1 al. 3bis EIMP[60]. La condition est que ces institutions pénales internationales exercent des fonctions d'autorités pénales, à savoir qu'elles instruisent ou poursuivent des infractions pénales[61].

35 La coopération avec certaines de ces institutions était auparavant déjà réglée la loi fédérale relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargé de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire. Cependant, certains nouveaux tribunaux ou certaines nouvelles institutions n'entraient pas dans le champ d'application de cette loi. C'était le cas du Tribunal spécial pour le Liban p.ex. avec qui la coopération était impossible avant la modification de l'EIMP entrée en vigueur le 1er juin puisqu'il ne poursuivait pas des violations graves du droit international humanitaire[62].

36 L'art. 1 al. 3bis EIMP prévoit que la coopération avec les institutions pénales internationales s'effectuera d'office sur la base de l'EIMP dans deux cas précis[63]. Le premier (let. a.) est que l'institution pénale internationale enquête sur des violations graves du droit international ou les poursuit. Les violations graves du droit international visées par cet article sont les infractions punies aux titres 12bis, 12ter ou 12^{quater} CP, à savoir le génocide, le crime contre l'humanité et les crimes de guerre. Le crime d'agression, s'il venait à être transposé en droit suisse, entrerait également dans la définition de violations

60. Cf. en ce sens Hadorn, S. 76. Cf. également Office fédéral de la justice, Rapport d'activité 2020 - Entraide judiciaire internationale, 24.
61. FF 2019 7007 ss, 7017. Cf. à ce sujet le point C. ci-dessus.
62. Hadorn, S. 76.
63. Office fédéral de la justice, Rapport d'activité 2020 - Entraide judiciaire internationale, 24.

graves du droit international. Il s'agit des crimes qui sont notamment poursuivis par la Cour pénale internationale. Ces crimes sont d'une telle gravité qu'une coopération d'office s'impose. L'institution pénale internationale visée par la let. a. ne doit pas avoir été instituée par les Nations Unies. Il peut s'agir d'une institution soutenue ou mise en place par une autre organisation internationale[64].

37 Le second cas (let. b.) est la coopération avec les institutions pénales internationales qui enquêtent sur et poursuivent des infractions de droit commun, à savoir les infractions du CP à l'exclusion de celles punies aux titres 12bis, 12ter ou 12^{quater} CP[65]. L'exemple le plus connu est celui du Tribunal spécial pour le Liban qui a été institué par une résolution des Nations Unies afin de poursuivre les personnes accusées d'avoir perpétré l'attentat du 14 février 2005. Les infractions poursuivies par cette institution étaient les actes de terrorisme, les crimes et délits contre la vie et l'intégrité physique des personnes, les associations illicites et la non-révélation de crimes et délits. Dans ce cas, la coopération s'effectue d'office seulement si l'institution se fonde sur une résolution des Nations Unies contraignante pour la Suisse ou alors soutenue par cette dernière. Le soutien de la Suisse s'analyse en fonction de ses positions officielles telles que son vote, si la résolution émane d'un organe où la Suisse a pu voter. Si elle n'a pas pu se prononcer sur la résolution, notamment parce que cette résolution émane d'un organe où la Suisse n'est pas représentée, ses avis officiels font foi[66]. Par organe où la Suisse n'est pas représentée, la loi vise principalement le Conseil de Sécurité des Nations Unies lorsque la Suisse n'en est pas membre. Le Statut spécial octroyé aux Nations Unies vient du rôle multilatéral voire global de cette organisation ainsi que de la possibilité qu'elle a d'adopter des résolutions contraignantes pour ses États membres.

38 Il faut encore ajouter que l'EIMP s'applique par analogie à la coopération avec les institutions pénales internationales[67]. Cette loi n'a pas été modifiée dans son ensemble afin de tenir compte des spécificités des institutions pénales internationales. Elle est rédigée de manière à régir la coopération interétatique. Ainsi, l'application par analogie signifie que lorsque la loi utilise

64. Office fédéral de la justice, Rapport d'activité 2020 - Entraide judiciaire internationale, 24.
65. Office fédéral de la justice, Rapport d'activité 2020 - Entraide judiciaire internationale, 24.
66. FF 2019 7007 ss, 7017 ss.
67. Hadorn, S. 76.

des notions relatives à l'État, telles que p.ex. « interétatique », « État requérant », « État requis », etc., les mêmes droits sont octroyés aux institutions pénales internationales qu'aux États[68]. Il en résulte que la jurisprudence, la doctrine et la pratique développées sur la base de l'EIMP seront aussi applicables à la coopération avec les institutions pénales internationales[69]. L'application par analogie de l'EIMP à la coopération avec ces institutions permet d'accorder l'entraide judiciaire au sens étroit à ces institutions, mais également les autres mesures prévues par l'EIMP telles que l'extradition, la délégation de procédure ou encore l'exécution des décisions pénales[70].

Finalement, l'application de l'EIMP à la coopération avec les institutions pénales internationales est également subsidiaire. Si la coopération avec une telle institution est réglée par une autre loi ou par un accord international, l'EIMP ne s'appliquera pas (cf. point B. ci-dessus pour plus de détails sur la notion de subsidiarité)[71]. Ainsi, la coopération avec la Cour pénale internationale reste régie exclusivement par la LCPI. Les instruments internationaux mettant en place ces institutions, s'ils prévoient certaines normes directement applicables en matière de coopération, seront également appliqués en priorité à la coopération avec ces institutions. 39

En ce qui concerne la loi fédérale relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire, son champ d'application a été complétement repris par l'art. 1 al. 3bis EIMP. À ce titre, cette loi a été abrogée au moment de l'entrée en vigueur de ce nouvel article. 40

2. Al. 3ter: l'extension de la coopération à certaines institutions pénales internationales par ordonnance

a. Généralités

L'al. 3ter donne la possibilité, au Conseil fédéral, d'étendre par voie d'ordonnance le champ d'application de l'EIMP à d'autres institutions pénales internationales, quel que soit le type d'infractions poursuivies par ces institutions[72]. Le législateur a décidé, lors de la révision de 2021, que l'EIMP 41

68. FF 2019 7007 ss, 7017.
69. FF 2019 7007 ss, 7015.
70. Office fédéral de la justice, Rapport d'activité 2020 - Entraide judiciaire internationale, 25.
71. FF 2019 7007 ss, 7017.

devait pouvoir régir la coopération pénale internationale avec toutes les institutions pénales internationales dans un souci de simplicité. En effet, une longue pratique s'est développée et une jurisprudence détaillée a été rendue sur la base de l'EIMP. L'application de cette loi à la coopération avec toutes les institutions pénales internationales qui pourraient voir le jour à l'avenir permet de fournir des réponses à la plupart des questions qui pourraient éventuellement se poser.

42 La délégation de compétence prévue à l'art. 1 al. 3ter EIMP est similaire à celle prévue par l'ancienne loi sur la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire qui a permis d'appliquer cette loi à la coopération avec le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL)[73].

b. Conditions

43 Trois conditions cumulatives différentes doivent être remplies afin que le Conseil fédéral puisse arrêter une telle ordonnance: le tribunal ou l'institution doit reposer sur une base juridique qui définit clairement ses compétences en matière de droit pénal et de procédure pénale, la procédure devant le tribunal ou l'institution doit garantir le respect des principes de l'État de droit et la coopération doit servir à la sauvegarde des intérêts de la Suisse[74].

44 L'EIMP prévoit tout d'abord que l'institution pénale internationale concernée par l'ordonnance doit avoir été constituée par un acte juridique qui définit les compétences de l'institution[75]. Les compétences matérielles, à savoir les infractions poursuivies par l'institution pénale internationale, ainsi que les compétences procédurales, à savoir les règles relatives au déroulement de l'investigation, à la procédure, aux nominations des juges etc. doivent être prévues par l'acte constitutif. Cet acte doit avoir été adopté selon un processus transparent et conforme aux critères de l'État de droit[76]. Ce

72. Hadorn, S. 76.
73. Art. 1 al. 2 de la loi fédérale relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargé de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire.
74. Cf. en ce sens Hadorn, S. 76; Cassani/Gless/Ludwiczak Glassey/Wahl, S. S. 431. Cf. également Office fédéral de la justice, Rapport d'activité 2020 - Entraide judiciaire internationale, 25.
75. FF 2019 7007 ss, 7018 s.
76. FF 2019 7007 ss, 7018 s.

processus découle cependant d'une organisation interétatique. Les critères peuvent ne pas être les mêmes qu'en droit interne[77].

Deuxièmement, la procédure devant l'institution pénale internationale doit garantir les principes de l'État de droit. Cela signifie que la procédure doit assurer les droits fondamentaux tels qu'ancrés dans la CEDH. Sont visés en particulier le droit à un procès équitable, les droits de la défense, la présomption d'innocence, les assurances liées à la détention et l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Ainsi, l'acte constitutif de l'institution doit contenir de telles sauvegardes ou renvoyer à un instrument préservant ces droits dans le cadre des procédures qui seront menées par l'institution. 45

Troisièmement, la coopération avec l'institution pénale internationale doit contribuer à la sauvegarde des intérêts de la Suisse. Cela signifie notamment la prise en compte des objectifs de politique extérieure qui sont prévus dans la Constitution[78] ainsi que ceux de la stratégie de politique extérieure adoptée par le Conseil fédéral en début de chaque législature[79]. Comme intérêts de la Suisse, il y a lieu de mentionner p.ex. son engagement en faveur de la paix et de la sécurité qui implique d'enquêter et de poursuivre les crimes graves du droit international afin de lutter contre leur impunité mais également l'objectif général de lutte contre la criminalité transnationale qui participe à la prospérité de la Suisse telle que décrite dans la stratégie du Conseil fédéral. 46

Il pourra s'agir d'institutions mises en place en dehors du cadre de l'ONU et qui poursuivent des infractions de droit commun[80]. En effet, la première ordonnance adoptée par le Conseil fédéral vise une institution créée par l'Union européenne et qui poursuit, à tout le moins au moment de l'entrée en vigueur de cette ordonnance, des infractions plutôt financières. 47

c. Ordonnances du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral a utilisé la possibilité prévue par l'al. 3ter pour la première fois le 21 décembre 2022. Il a adopté l'ordonnance sur la coopération avec le 48

77. FF 2019 7007 ss, 7018 s.
78. Art. 54 al. 2 Cst.
79. FF 2019 7007 ss, 7019.
80. Semblant aller dans ce sens mais avant la confirmation par le Conseil fédéral: FF 2019 7007 ss, 7019; Office fédéral de la justice, Rapport d'activité 2020 - Entraide judiciaire internationale, 25.

Parquet européen[81] afin de réguler la coopération pénale internationale entre les autorités suisses et ce nouvel organe[82]. Le message indique en exemple d'autres institutions pour lesquels une telle ordonnance pourrait être adoptée, telles que le Tribunal des Khmers rouges ou la Commission Marty, voire d'autres institutions pénales internationales existantes ou qui pourraient voir le jour dans le futur, en fonction des besoins des autorités[83].

49 L'ordonnance du Conseil fédéral est simplement constituée de deux articles. Le premier prévoit l'objet de l'ordonnance, le second prévoit l'entrée en vigueur de l'ordonnance. L'ordonnance du Conseil fédéral prévoit une application par analogie de l'EIMP à la coopération avec une telle nouvelle institution[84]. Comme mentionné précédemment, l'application par analogie permet la reprise de la pratique et de la jurisprudence existantes sans une modification extensive de l'EIMP puisque les termes relatifs à la notion d'État doivent être interprétés de manière à ce qu'ils incluent également les institutions pénales internationales.

III. CARACTÈRE POTESTATIF (AL. 4)

50 L'alinéa 4 constitue la pierre angulaire de l'EIMP qui est une loi potestative. Elle permet à la Suisse de coopérer tant avec les autres États qu'avec les institutions pénales internationales comprises dans son champ d'application. Cependant, aucune obligation de coopérer ne peut en découler[85]. En ce sens, elle va moins loin que les accords internationaux bi- ou multilatéraux que la Suisse a pu conclure puisque certains de ces accords prévoient une obligation de coopérer[86]. Ainsi, l'EIMP permet aux autorités suisses d'accorder la coopération aux États ou institutions pénales internationales mais ne permet

81. RS 351.1.
82. Office fédéral de la justice, Rapport d'activité 2022 - Entraide judiciaire internationale, 20 s.
83. FF 2019 7007 ss, 7019. Cf. également Ludwiczak Glassey/Wahl, S. 651 ss; Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, 45.
84. Cf. point II D. 1. ci-dessus. Cf. également, en ce sens, Hadorn, S. 76;
85. ATF 147 II 432, cons. 3.1; TF 1A.81/2000 du 11 août 2000, cons. 1; FF 2019 7007 ss, 7019 s.; CR EIMP, Art. 1 EIMP N. 13; BSK IRSG-Fiolka, Art. 1 N. 45; Oberholzer, N. 281; Office fédéral de la justice, Rapport d'activité 2020 - Entraide judiciaire internationale, 25.
86. Cf. p.ex. l'art. 2 par. 1 CEExtr ainsi que le message y relatif, Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à l'approbation de six conventions du Conseil de l'Europe du 1er mars 1966, FF 1966 I 465 ss, 470 ou l'art. 1 de la CEEJ ainsi que le message y relatif, FF 1966 I 465 ss, 482. Cf. également ATF 147 II 432, cons. 3.1. Voir également BSK IRSG-Fiolka, Art. 1 N. 48; Oberholzer, N. 281.

ni aux autres États, ni aux institutions pénales internationales avec lesquels elle n'est pas liée par un accord d'exiger la coopération de la Suisse[87].

Une obligation de coopérer avec certains États peut découler des accords internationaux que la Suisse a ratifiés. Une obligation de coopérer avec certaines institutions internationales peut, elle, découler de l'acte constitutif de cette institution. Ainsi, certaines résolutions du Conseil de sécurité ayant institué des tribunaux pénaux internationaux ont prévu une telle obligation de coopérer. Si l'EIMP s'applique à la coopération avec ces tribunaux sur la base du nouvel art. 3[bis], l'obligation de coopérer découle, elle, du droit international applicable, à savoir de la résolution mettant en place l'institution, et non de l'EIMP[88]. 51

L'avis exprimé reflète l'opinion personnelle de l'auteur et n'engage pas l'Office fédéral de la justice.

BIBLIOGRAPHIE

Aufiero Giuseppe, Asile - extradition: de la coordination à l'unification, Bâle 2018.

Besson, Samantha, Droit international public, Berne 2019.

Cassani Ursula/Gless Sabine/Ludwiczak Glassey Maria/Wahl Thomas, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2018), SRIEL 2019 p. 647 ss.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2[e] éd., Genève/Zurich/Bâle 2015.

Hadorn Sandra, Gesetzgebung, forumpoenale 2021 p. 75 ss.

Hurtado Pozo José, Droit pénal - Partie générale, nouvelle édition, Genève/Zurich/Bâle 2008.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale - Précis de droit suisse, Bâle 2018.

87. BSK IRSG-Fiolka, Art. 1 N. 46.
88. FF 2019 7007 ss, 7019s.

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, La coopération pénale entre la Suisse et les États membres de l'Union européenne en matière de blanchiment d'argent, Eucrim 2022 p. 45 ss.

Ludwiczak Glassey Maria/Wahl Thomas, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2020), SRIEL 2021 p. 419 ss.

Lugentz Frédéric/Rayroud Jacques/Turk Michel, L'entraide pénale internationale en Suisse, en Belgique et au Grand-Duché du Luxembourg, Bruxelles 2014.

Moreillon Laurent (édit.), Entraide internationale en matière pénale, Commentaire romand, Bâle 2004.

Nguyen Quoc Dinh/Daillier Patrick/Pellet Alain, Droit international public, 7e éd., Paris 2002,

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Oberholzer Niklaus, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4e éd., Berne 2020.

Peters Anne/Petrig Anna, Völkerrecht - Allgemeiner Teil, 5e éd., Zurich 2020.

Shaw Malcolm, International Law, 4e éd., Cambridge 1997.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 1a EIMP

Un commentaire de Barbara Kammermann

PROPOSITION DE CITATION

Barbara Kammermann, Commentaire de l'art. 1a EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Kammermann, art. 1a EIMP N. XXX.

Art. 1*a* Limites de la coopération

La présente loi doit être appliquée compte tenu de la souveraineté, de la sûreté, de l'ordre public ou d'autres intérêts essentiels de la Suisse.

TABLE DES MATIÈRES

I. Historique 29
II. Objet de la norme 29
III. Les décideurs 29
IV. Champ d'application 30
A. Ordre public 31
B. Intérêts essentiels de la Suisse 32
Bibliographie 33

I. HISTORIQUE

L'art. 1a EIMP a été introduit par la loi fédérale du 4 octobre 1996 et est en vigueur sans modification depuis le 1er février 1997. Auparavant, il faisait partie de l'ancien art. 1 al. 2 EIMP. Le transfert dans un article séparé a été effectué afin de distinguer clairement l'objet de la loi et la limitation de la coopération internationale. L'art. 1a EIMP est calqué sur l'art. 2 let. b CEEJ. 1

II. OBJET DE LA NORME

L'art. 1a EIMP stipule que l'application de la loi sur l'entraide judiciaire doit tenir compte des droits souverains, de la sécurité, de l'ordre public ou d'autres intérêts essentiels de la Suisse. L'art. 1a EIMP n'est pas formulé comme un motif de refus à proprement parler, mais constitue une restriction générale à la coopération interétatique. La disposition est formulée de manière très large et, par le biais de l'élément constitutif subsidiaire des intérêts essentiels, elle émet une réserve politique à l'application de la loi sur l'entraide judiciaire. Elle doit permettre de refuser la coopération, en soi admissible, lorsque l'entraide judiciaire pourrait porter atteinte aux intérêts mentionnés dans la disposition. De par son contenu, l'art. 1a EIMP complète les motifs d'exclusion et de refus des art. 2 à 5 EIMP. Alors que ces derniers visent à protéger l'individu, l'art. 1a met l'accent sur les intérêts de la Suisse. 2

III. LES DÉCIDEURS

Contrairement aux motifs d'exclusion et de refus, sur lesquels les autorités d'exécution statuent et qui sont soumis à un contrôle judiciaire, c'est le DFJP qui décide de l'existence des motifs d'exclusion selon l'art. 1a EIMP (art. 17 al. 1 EIMP). Le département peut intervenir d'office ou se voir demander de rendre une décision dans les 30 jours suivant la notification de la décision finale. Cette décision peut être contestée auprès du Conseil fédéral (art. 26 EIMP). La personne concernée ne peut alors pas soulever d'objections pouvant faire l'objet des voies de recours ordinaires. L'examen de l'art. 1a EIMP se limite à la question de savoir si l'entraide judiciaire, en soi admissible, doit être refusée parce qu'elle porterait atteinte à des intérêts suisses essentiels. 3

4 La procédure devant le DFJP n'a pas d'effet suspensif sur la procédure d'entraide judiciaire. Selon la pratique, le DFJP ne statue sur les recours correspondants que lorsqu'il a été établi de manière définitive si et dans quelle mesure le droit international et le droit légal déterminants autorisent par ailleurs l'entraide judiciaire. Seuls les ressortissants suisses et étrangers domiciliés en Suisse ainsi que les sociétés ayant leur siège ou des établissements permanents en Suisse peuvent se prévaloir de l'art. 1a EIMP.

5 En premier lieu, les autorités politiques doivent donc décider si la souveraineté, la sécurité, l'ordre public ou d'autres intérêts essentiels de la Suisse s'opposent à la coopération - il s'agit d'un acte purement politique. Cela ne signifie pas pour autant que les intérêts essentiels de la Suisse ne doivent pas être pris en compte par les autorités d'exécution dans le cadre de la marge de décision qui leur revient. Ainsi, le Tribunal fédéral a pris en compte à plusieurs reprises la réputation de la Suisse et l'a comparée, dans le sens d'une mise en balance, à d'éventuelles raisons qui plaident en faveur d'un refus de l'entraide judiciaire. Par exemple, le Tribunal fédéral a décidé qu'il pouvait être dans l'intérêt de la Suisse de renoncer à la condition selon laquelle la Suisse n'accorderait l'entraide judiciaire que si l'État étranger faisait une déclaration de réciprocité, si cela lui permettait d'éviter de devenir un refuge pour les biens du délit.

6 L'art. 1a EIMP est rarement appliqué dans la pratique.

IV. CHAMP D'APPLICATION

7 L'art. 1a EIMP est applicable à toutes les formes d'entraide judiciaire régies par la loi sur l'entraide judiciaire, c'est-à-dire aussi bien à l'extradition et à l'entraide judiciaire accessoire qu'à la poursuite et à l'exécution pénales par délégation. Les motifs de refus mentionnés à l'art. 1a ne sont pas applicables si la Suisse a conclu avec l'Etat requérant un traité d'entraide judiciaire bi- ou multilatéral qui ne contient pas de disposition correspondante.

8 Lors de l'octroi de l'entraide judiciaire, il convient, comme indiqué, de tenir compte de la souveraineté, de la sécurité, de l'ordre public ou d'autres intérêts essentiels de la Suisse. Outre la notion d'intérêts essentiels, qui constitue une circonstance subsidiaire au sein de l'art. 1a EIMP, c'est surtout la notion d'ordre public qui mérite d'être expliquée.

A. Ordre public

La notion d'ordre public n'était pas prévue dans le projet du Conseil fédéral et a été introduite par le Conseil des Etats. Son contenu n'est pas directement saisissable dans le contexte de l'article 1a EIMP. Elle est en partie assimilée à la notion d'ordre public ou cette dernière est comprise de manière générale dans la notion d'ordre public de l'art. 1a EIMP. Or, en allemand, "Öffentliche Ordnung" et "ordre public" sont deux notions au contenu différent. Alors que l'ordre public désigne habituellement un bien de police, l'ordre public englobe les fondements de l'ordre juridique. En revanche, les textes français et italiens utilisent les termes d'ordre public ou d'ordine pubblico pour les deux cas. 9

L'art. 1a de la LSIP a été calqué sur l'art. 2 let. b de la CEEJ, qui utilise également le terme d'ordre public dans sa version originale française, alors que dans la traduction allemande, il est question d'"ordre public". L'article 2 let. b CEEJ visait à réserver les fondements de l'ordre juridique national, de sorte que l'ordre public national pourrait au moins être couvert par la notion d'ordre public. L'ordre public national comprend l'ensemble des principes et des institutions qui sont considérés comme fondamentaux pour une société et qui sont par conséquent reconnus juridiquement. Ils peuvent être de nature matérielle ou formelle. En Suisse, ils comprennent notamment l'interdiction des châtiments corporels et de la peine de mort, ainsi que, dans une certaine mesure, l'adéquation des sanctions pénales et des maximes procédurales essentielles. Une violation de ces principes et instituts constitue une violation de l'ordre public national, de même que des vices graves de la procédure étrangère, tels qu'ils sont expressément mentionnés à l'art. 2 let. d EIMP. L'ordre public national décrit donc dans quelle mesure une collaboration de la Suisse à l'application du droit pénal étranger est contraire aux conceptions fondamentales de l'ordre juridique suisse. 10

Il est incontesté qu'une violation de l'ordre public national entraîne le refus de l'entraide judiciaire. La classification a toutefois une importance pratique dans la mesure où elle détermine quel organe doit statuer sur une éventuelle violation de l'ordre public. Si des vices graves de la procédure étrangère sont considérés comme une violation de l'ordre public au sens de l'art. 2 let. d EIMP, ce sont les autorités d'exécution qui en décident et la décision est soumise au contrôle du tribunal. En revanche, si l'ordre public est contenu dans l'art. 1a EIMP, la décision revient au DFJP et, en tant qu'instance de recours, au Conseil fédéral. 11

12 L'ordre public, tel qu'il est utilisé en allemand, a pour objectif la protection des droits individuels, en protégeant la personne concernée contre de graves vices de procédure. Ainsi, selon Popp, la question de savoir si une demande d'extradition doit être refusée en raison d'une menace de peine corporelle est, par exemple, une question purement juridique qui ne peut pas dépendre de motifs d'appréciation politiques tels que les relations générales avec le pays concerné, les contreparties dans d'autres domaines ou l'importance politique intérieure. En revanche, l'article 1a de l'EIMP implique une pesée politique qui vise à protéger les intérêts de la Suisse. En d'autres termes, une violation de l'ordre public dans un cas particulier ne doit pas être déterminée selon l'art. 1a EIMP, mais selon l'art. 2 let. d EIMP, ce qui signifie que la décision incombe aux autorités d'exécution et est donc soumise à un contrôle judiciaire.

13 Comprendre la notion d'ordre public uniquement comme un bien de police et une partie de la sécurité intérieure (art. 57 Cst.) est néanmoins insuffisant. Enfin, il est tout à fait possible d'imaginer des situations dans lesquelles la violation systématique des droits fondamentaux dans l'État requérant pourrait menacer l'ordre public en Suisse. Si, au-delà du cas particulier, le contenu de l'ordre public national suisse est systématiquement violé dans l'État étranger, l'octroi de l'entraide judiciaire ne serait guère compatible avec l'ordre public et les intérêts de la Suisse au sens de l'art. 1a EIMP.

B. Intérêts essentiels de la Suisse

14 Par "intérêts essentiels de la Suisse", il faut entendre des intérêts décisifs pour l'existence de la Suisse. En font notamment partie la protection de l'économie suisse dans son ensemble, celle-ci ne pouvant être considérée comme menacée que dans des situations particulièrement graves. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le secret bancaire en tant que tel ne peut pas s'opposer à l'octroi de l'entraide judiciaire. L'entraide judiciaire peut toutefois être refusée lorsque l'exécution de la demande viderait carrément le secret bancaire de sa substance ou porterait préjudice à l'économie suisse dans son ensemble. L'octroi de l'entraide judiciaire, qui se limite à la fourniture de renseignements sur certaines relations bancaires de quelques clients, ne viole pas le secret bancaire. En outre, selon le Tribunal fédéral, le fonctionnement de la surveillance internationale des services financiers doit également être compté parmi les intérêts essentiels de la Suisse.

Il n'y a en principe pas de mise en danger de l'économie suisse dans son ensemble lorsque des informations sont transmises à une autorité étrangère sur des valeurs patrimoniales entreposées en Suisse, qui pourraient être d'origine criminelle. En effet, la place financière suisse ne doit pas être utilisée à des fins criminelles. Les intérêts essentiels de la Suisse seraient au contraire lésés si des valeurs patrimoniales susceptibles de constituer le produit d'activités criminelles pouvaient être placées en Suisse sans que les autorités étrangères puissent obtenir des informations à leur sujet. En ce sens, la prise en compte des intérêts essentiels de la Suisse peut également plaider en faveur de la coopération : L'idée qu'il serait contraire aux intérêts du pays que la Suisse devienne un refuge pour les capitaux en fuite ou les fonds criminels et que cela nuise à la réputation de la Suisse peut également être prise en compte en faveur de l'octroi de l'entraide judiciaire, dans le cadre de la marge de décision dont disposent les autorités d'exécution. 15

Dans ce commentaire, l'auteur donne son appréciation personnelle.

BIBLIOGRAPHIE

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe - unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale - Précis de droit suisse, Basel 2018.

Markees Curt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Das Bundesgesetz vom 20. März 1981 (IRSG), Schweizerische Juristische Kartothek Nr. 421a.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Entraide internationale en matière pénale, EIMP/EJUS/LTEJUS/TEXUS, Commentaire romand, Basel 2004.

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Basel 2015.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel/Genf/München 2001.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019.

COMMENTAIRE

Art. 3 al. 1 et 2 EIMP

Un commentaire de Olivier Peter

PROPOSITION DE CITATION

Olivier Peter, Commentaire de l'art. 3 al. 1 et 2 EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Peter, art. 3 EIMP N. XXX.

Art. 3 al. 1 et 2 Nature de l'infraction

[1] La demande est irrecevable si la procédure vise un acte qui, selon les conceptions suisses, revêt un caractère politique prépondérant, constitue une violation des obligations militaires ou d'obligations similaires, ou paraît dirigé contre la défense nationale ou la puissance défensive de l'État requérant.

[2] L'allégué selon lequel l'acte revêt un caractère politique n'est recevable en aucun cas si:

a. l'acte est un génocide;

b. l'acte est un crime contre l'humanité;

c. l'acte est un crime de guerre;

d. l'acte semble particulièrement répréhensible du fait que l'auteur, en vue d'exercer une contrainte ou une extorsion, a mis en danger ou a menacé de mettre en danger la vie et l'intégrité corporelle de personnes, notamment par un détournement d'avion, par l'utilisation de moyens d'extermination massifs, par le déclenchement d'une catastrophe ou par une prise d'otage.

TABLE DES MATIÈRES

I. Originie et but de la norme 37
II. L'acte à caractère politique prépondérant 40
A. Absence de définition légale 41
B. Types d'infractions politiques 42
1. Infraction politique absolue 42
2. Infraction politique relative 44
a. Circonstances 45
b. Proportionnalité 48
3. Infraction connexe 49
C. Exceptions de dépolitisation 51
1. Crimes de droit international 51
2. Terrorisme et autres actes particulièrement répréhensibles 52
a. Volonté d'exercer une extorsion ou une contrainte 53
b. Mise en danger de la vie et de l'intégrité corporelle 54
c. Violation du droit international humanitaire 55
III. Obligation militaires 56
Bibliographie 60

I. ORIGINIE ET BUT DE LA NORME

La poursuite des infractions politiques est à l'origine des premières extraditions et de la légifération de ce procédé d'entraide. Durant des siècles, la coopération internationale en matière pénale, sous l'angle de l'extradition, a principalement, sinon exclusivement, concerné des personnalités politiques ou des personnes poursuivies pour des infractions politiques[89]. 1

Cette pratique a connu un bouleversement au XIXème siècle, lorsque les États européens ont modifié leur approche en accordant une « indulgence particulière » aux « crimes des honnêtes gens »[90]. La doctrine attribue ce changement de paradigme aux effets de la Révolution française (1789) ainsi qu'à la reconnaissance de l'indépendance de la Belgique (1830)[91]. La première exclusion du délit politique en matière d'extradition figure ainsi dans le traité franco-belge de 1834[92]. Le droit suisse a intégré cette protection particulière à l'art. 10 de la LExtr en 1892[93], puis l'a reprise à l'art. 3 al. 1 EIMP[94], lors de son entrée en vigueur en 1981, en étendant cette protection à l'ensemble des actes d'entraide. 2

Le refus de coopération judiciaire pénale internationale pour des infractions politiques a par la suite été incorporé dans de nombreux instruments multilatéraux liant la Suisse, tels que la Convention européenne d'extradition[95] et son premier protocole additionnel[96], la Convention 3

89. Parmi beaucoup d'autres, on rappellera la demande des romain·es adressée au royaume de Bithynie visant à livrer Hannibal, celle des gaulois·es de Fabius ou encore celle d'Élisabeth Angleterre exigeant à la France la remise du « traitre Morgan » (Lardy, p. 266). Concernant la Suisse, la demande formulée en 1653 par Lucerne aux autres cantons de livrer les chef·fes de la révolte paysanne de l'Entlebuch peut servir de figure d'exemple (Lardy, p. 271).
90. Graven Jean, p. 61.
91. Geoff, Transnational fugitive offenders, p. 208.
92. Convention d'extradition entre la Belgique et la France, signée le 22 novembre 1834. Selon un ancien Procureur général de la Cour d'appel de Bruxelles, en adoptant ce traité « la Belgique se plaçait ainsi avec la France à la tête du mouvement civilisateur ; il est même permis de dire qu'elle l'avait devancée dans la voie du progrès ». Verdussen, De l'extradition, discours prononcé à l'audience de rentrée du 16 octobre 1876, Bruxelles 1876.
93. Loi fédérale sur l'extradition aux États étrangers du 22 janvier 1892, Art. 10, FF 1892 I 444.
94. Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP), du 20 mars 1981.
95. Convention européenne d'extradition (CEExtr) du 13 décembre 1957, RO 1986 338.
96. Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition, du 15 octobre 1975, RS 0.353.11.

européenne sur l'entraide judiciaire en matière pénale[97], ainsi que dans des traités bilatéraux conclus avec l'Algérie[98], l'Argentine[99], l'Australie[100], le Brésil[101], le Canada[102], le Chili[103], la Colombie[104], l'Égypte[105], l'Équateur[106], les États-Unis[107], les Fidji[108], la Guyana[109], l'Inde[110], le Kenya[111], le Malawi[112], Maurice[113], la Namibie[114], la Nouvelle-Zélande[115], l'Ouganda[116], le Pakistan[117], la

97. Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ), du 20 avril 1959.
98. Accord d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernent de la Confédération suisse et le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire (RS 0.351.912.7). L'accord conclu avec l'Algérie ne prévoit pas expressément la possibilité d'invoquer l'objection d'infraction politique ; toutefois, du fait du renvoi aux droits nationaux prévu par le traité, en cas d'infractions politiques la coopération judiciaire est exclue. L'art. 1 prévoit que l'entraide devra être accordée par les deux États « conformément à leur droit national respectif ». Or, tant la EIMP (2 let. b et 3 al. 1) que le Code de procédure pénale algérien (698 al. 2) excluent l'entraide « lorsque le crime ou délit a un caractère politique ou lorsqu'il résulte des circonstances que l'extradition est demandée dans un but politique ».
99. Art. 3 al. 2 Convention d'extradition des criminels entre la Suisse et la République Argentine (RS 0.353.915.4).
100. Art. 2 al. 1 let. a Traité entre la Suisse et l'Australie sur l'entraide judiciaire en matière pénale (RS 0.351.915.8).
101. Art. 3 al. 1 let. a Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la République fédérative du Brésil (RS 0.351.919.81).
102. Art. 3 al. 1 let. a Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et le Canada (RS 0.351.923.2).
103. Art. 3 al. 1 let. a Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la République du Chili (RS 0.351.924.5).
104. Art. 4 al. 1 let. a Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la République de Colombie (RS 0.351.926.3).
105. Art. 3 al. 1 let. a Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la République Arabe d'Égypte (RS 0.351.932.1).
106. Art. 3 al. 1 let. a Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la République de l'Équateur (RS 0.351.932.7).
107. Art. 4 al. 1 TEXUS et art. 2 al. 1 let. c ch. 1 TEJUS.
108. Échange de lettres des 14 juillet 1972/31 janvier 1974 concernant l'application entre la Suisse et les Fidji du traité anglo-suisse d'extradition du 16 novembre 1880 (RS 0.353.934.3) et art. 11 Traité d'extradition entre la Suisse et la Grande-Bretagne (RS 0.353.936.7).
109. Note de la République coopérative du Guyana du 2 mars 1993 concernant l'application au Guyana du traité anglo-suisse d'extradition du 16 novembre 1880 (RS 0.353.938.9) et art. 11 Traité d'extradition entre la Suisse et la Grande-Bretagne (RS 0.353.936.7).
110. Échange de notes des 20 décembre 1967/28 février 1968 confirmant la validité entre la Suisse et l'Inde du traité anglo-suisse d'extradition du 16 novembre 1880 (RS 0.353.942.3) et art. 11 Traité d'extradition entre la Suisse et la Grande-Bretagne (RS 0.353.936.7).
111. Échange de notes des 19 mai/21 septembre 1965 concernant le maintien en vigueur entre la Suisse et le Kenya du traité anglo-suisse d'extradition du 16 novembre 1880 (RS 0.353.947.2) et art. 11 Traité d'extradition entre la Suisse et la Grande-Bretagne (RS 0.353.936.7).

Papouasie-Nouvelle-Guinée[118], le Paraguay[119], les Philippines[120], les Îles Salomon[121], les Seychelles[122], la Tanzanie[123] et l'Uruguay[124].

La raison d'être de l'exclusion de coopération judiciaire pénale internationale ne réside pas dans le besoin de protection face à l'autoritarisme ou l'arbitraire de certains États. L'exclusion de l'extradition dans le cadre de la poursuite des 4

112. Échange de de notes des 6 janvier/19 décembre 1967 concernant le maintien en vigueur entre la Suisse et le Malawi du traité anglo-suisse d'extradition du 16 novembre 1880 (RS 0.353.953.2) et art. 11 Traité d'extradition entre la Suisse et la Grande-Bretagne (RS 0.353.936.7).
113. Échange de notes des 28 janvier/9 mai 1994 confirmant la validité entre la Suisse et Maurice du traité anglo-suisse d'extradition du 16 novembre 1880 (RS 0.353.955.4) et art. 11 Traité d'extradition entre la Suisse et la Grande-Bretagne (RS 0.353.936.7).
114. Échange de notes des 26 juillet 1993/19 juin 1995 concernant la validité entre la Suisse et la Namibie du traité anglo-suisse d'extradition du 16 novembre 1880 (RS 0.353.957.7) et art. 11 Traité d'extradition entre la Suisse et la Grande-Bretagne (RS 0.353.936.7).
115. Échange de notes des 9 mars 1992/11 mars 1992 confirmant la validité entre la Suisse et la Nouvelle-Zélande du traité anglo-suisse d'extradition du 16 novembre 1880 (RS 0.353.961.4) et art. 11 Traité d'extradition entre la Suisse et la Grande-Bretagne (RS 0.353.936.7).
116. Échange de notes des 14 janvier/21 septembre 1965 concernant le maintien en vigueur entre la Suisse et l'Ouganda du traité anglo-suisse d'extradition du 16 novembre 1880 (RS 0.353.961.8) et art. 11 Traité d'extradition entre la Suisse et la Grande-Bretagne (RS 0.353.936.7).
117. Échange de notes des 11 décembre 1954/28 novembre 1955 concernant le maintien en vigueur entre la Suisse et le Pakistan du traité anglo-suisse d'extradition du 16 novembre 1880 (RS 0.353.962.3) et art. 11 Traité d'extradition entre la Suisse et la Grande-Bretagne (RS 0.353.936.7).
118. Échange de lettres des 22 septembre 1976/25 février 1977 concernant l'application entre la Suisse et la Papouasie-Nouvelle-Guinée du traité anglo-suisse d'extradition du 16 novembre 1880 (RS 0.353.963.0) et art. 11 Traité d'extradition entre la Suisse et la Grande-Bretagne (RS 0.353.936.7).
119. Art. 3 al. 2 Convention d'extradition entre la Suisse et le Paraguay (RS 0.353.963.2).
120. Art. 3 al. 1 let. a Traité d'extradition entre la Confédération suisse et la République des Philippines (0.353.964.5).
121. Note des Îles Salomon du 6 décembre avril 1993 concernant l'application du traité d'extradition entre la Suisse et la Grande-Bretagne (RS 0.353.968.3) et art. 11 Traité d'extradition entre la Suisse et la Grande-Bretagne (RS 0.353.936.7).
122. Note de la République des Seychelles du 20 avril 1993 concernant l'application du traité d'extradition entre la Suisse et la Grande-Bretagne (RS 0.353.968.3) et art. 11 Traité d'extradition entre la Suisse et la Grande-Bretagne (RS 0.353.936.7).
123. Échange de notes des 25 août/28 septembre 1967, concernant le maintien en vigueur du traité anglo-suisse d'extradition du 26 novembre 1880 (RS 0.353.973.2) et art. 11 Traité d'extradition entre la Suisse et la Grande-Bretagne (RS 0.353.936.7).
124. Art. 3 let. a Traité d'extradition entre la Suisse et la République de l'Uruguay (RS 0.353.877.6).

infractions politiques est en effet prévue dans de nombreuses conventions liant des États membres du Conseil de l'Europe et/ou des États tiers considérés comme des États de droit. Cette protection repose sur la conviction que, dans des circonstances exceptionnelles, tout État peut être amené à poursuivre une personne pour des infractions de nature politique[125], poursuite à laquelle les États tiers ont le devoir de ne pas s'associer. À cela s'ajoute que, s'agissant de faits de nature politique pouvant être considérés comme des actes d'agression contre l'existence même d'un État, ce dernier est à la fois juge et partie, ce qui l'empêche de traiter les faits avec l'impartialité requise[126] et d'assurer à la personne un procès équitable[127]. Selon la formule proposée par Fiolka, il s'agit notamment de ne pas extrader une personne accusée vers un État qui « mord comme un animal blessé »[128].

5 Nous relèverons enfin que l'interdiction de la poursuite d'infractions politiques ne concerne pas uniquement les auteur·es se trouvant en Suisse et recherché·es par un État étranger, mais bénéficie également aux personnes poursuivies par les autorités suisses dans une procédure nécessitant la coopération d'un État étranger. Dans un tel cas, les autorités fédérales refusent de procéder à une demande d'entraide[129].

II. L'ACTE À CARACTÈRE POLITIQUE PRÉPONDÉRANT

6 L'infraction politique, ou acte à caractère politique prépondérant selon la définition choisie par le Parlement, excluant la coopération internationale en matière pénale, ne trouve pas de définition dans le droit positif suisse et international (A). Cette lacune a fait l'objet d'importants développements

125. Lors de l'adoption de l'EIMP, le Conseil fédéral a expressément reconnu que, dans des périodes de difficultés économiques et de tensions politiques, un État peut édicter des dispositions pénales et/ou ouvrir des procédures qui cherchent « moins à lutter contre la criminalité qu'à empêcher que l'on ne contrecarre sa politique ». Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi sur l'entraide internationale en matière pénale et d'un arrêté fédéral sur les réserves relatives à la Convention européenne d'extradition, du 8 mars 1976, p. 41, FF 1976 II 430, 441. *Contra* Zimmermann, N. 615, qui considère que « l'exception du délit politique n'a qu'une portée restreinte pour la Suisse lorsqu'elle est liée par traité à un État démocratique ».
126. François, p. 198 et références citées ; Fiolka, p. 90.
127. Zimmermann, N. 614 ; Fiolka, p. 90.
128. Fiolka, p. 91.
129. Cela découle de l'application de l'art. 30 al. 1 EIMP, qui fait interdiction aux autorités suisses d'adresser à un État étranger une demande à laquelle la Suisse ne pourrait pas donner suite. Cf. RR.2017.189, arrêt de la Cour des plaintes du TPF, 24 janvier 2018.

doctrinaux et jurisprudentiels, qui ont catégorisé trois types d'infractions politiques (B). Le droit suisse et le droit international les ont ensuite assorties de plusieurs exceptions (C).

A. Absence de définition légale

Ni le Parlement suisse ni les traités internationaux ne définissent ce qu'il y a lieu de considérer comme une « infraction politique », cela tant s'agissant des procédures d'entraide et extradition que de la poursuite d'infractions politiques par des juridictions internes[130]. 7

Cette incertitude laisse un très large pouvoir d'appréciation aux autorités administratives et judiciaires pour déterminer ce qu'elles considèrent politique[131], ce qui permet que le prononcé de décisions soit influencé par des considérations dépassant le strict cadre juridique[132]. De ce fait, la notion d'infraction politique présente des similitudes avec la marge d'appréciation accordée aux autorités pénales de jugement pour retenir l'atténuante de « mobile honorable » (CP 48 I a)[133]. 8

130. La question de la définition de l'infraction politique a une portée qui dépasse le cadre de la coopération judiciaire internationale en matière pénale : la poursuite d'une infraction de nature politique par le Ministère public de la Confédération implique l'obligation d'obtenir une autorisation du Conseil fédéral (Art. 66 al. 1 Loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération, LOAP – RS 173.71) qui a délégué cette compétence au Département fédéral de justice et police (DFJP) (Art. 3 let. a Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de justice et police, Or DFJP, RS 172.213.1). Chaque année le DFJP doit se prononcer sur entre 5 et 12 demandes d'autorisation pour poursuivre des infractions politiques, demandes qui sont très majoritairement acceptées (cf. MPC, rapports de gestion, 2012 à 2017). À notre sens, la définition d'infraction politique au sens de l'art. 3 al. 1 EIMP devrait correspondre à celle de l'art. 66 al. 1 LOAP.

131. « *Da weder das EAUe noch das EÜBT den Begriff des politischen Deliktes näher definieren, verfügen die Vertragstaaten hier über ein weites Ermessen. Dans Bundesgericht prüft die Frage, ob ein politisches Delikt (...) mit freier Kognition* » (ATF 130 II 337, consid. 3.4). ATF 115 Ib 68, c. 5. Zimmermann, N. 615 ; De Courten, p. 217 ; Fiolka, p. 87 et Ludwiczak Glassey N. 88, cité par Fiolka.

132. Geoff relève qu'en matière d'extradition concernant des infractions politiques: « *The judge's decision often seems to owe more to foreign policy than to legal reasoning* ». Il cite à l'appui de son affirmation une décision du Ministère de l'intérieur français de 1994 refusant d'exécuter un décret d'extradition vers la Suisse de deux ressortissants iraniens suspectés de l'assassinat d'un opposant politique. Geoff, Transnational fugitive offenders, p. 205, nbp. 9.

B. Types d'infractions politiques

9 Faute de définition légale, la notion d'infraction politique fait depuis longtemps l'objet de débats opposant deux thèses principales : d'une part, la thèse objectiviste, qui définit l'infraction politique sur la base de la nature de l'acte répréhensible, soit notamment des éléments constitutifs de l'infraction[134] ; d'autre part, la thèse subjectiviste, qui se concentre sur le mobile de l'auteur·e [135].

10 La jurisprudence fédérale a choisi une approche mixte en distinguant trois types d'infractions politiques différents, soit l'infraction politique absolue (1), l'infraction politique relative (2) et le fait connexe à une infraction politique (3), tous trois pouvant tomber sous le coup de l'art. 3 al. 1 EIMP.

1. Infraction politique absolue

11 L'infraction politique absolue[136], appelée aussi infraction purement politique[137], infraction politique pure[138] ou simplement infraction politique[139], est celle qui est dirigée exclusivement contre l'organisation institutionnelle, politique et juridique de l'État[140]. L'intention de l'auteur·e est celle de « détruire, modifier ou troubler l'ordre politique dans un ou plusieurs de ses éléments »[141].

12 Selon la doctrine[142] et la jurisprudence[143], ce « but » (« *Ziel* ») doit être mentionné parmi les éléments constitutifs[144] de l'infraction et être exclusif[145].

---

133. La jurisprudence a considéré qu'un mobile politique peut être qualifié d'honorable, mais peut aussi être « éthiquement neutre » ou même constituer une aggravante. Selon le Tribunal fédéral, le mobile politique dépendrait des convictions subjectives de l'auteur alors que le mobile honorable devrait être apprécié sur la base de normes socio-éthiques « objectives » qui prévalent dans notre société (6B_620/2022, c. 1.3.2).
134. La Conférence internationale pour l'unification du droit pénal, qui s'est tenue à Copenhague en 1935, a adopté le point de vue objectif, en considérant que « sont délits politiques les infractions dirigées contre l'organisation et le fonctionnement de l'État ainsi que celles qui sont dirigées contre les droits qui en résultent pour les citoyens ».
135. Szabo, p. 7.
136. Terme employé notamment par Zimmermann, N. 618 ; Fiolka, p. 86.
137. Lévy-Bruhl, p. 134.
138. Zimmermann, N. 618, nbp 630 ; De Courten, p. 217 ; Geoff, Transnational fugitive offenders, p. 214 ; Tarapués Sandino, p. 127.
139. Formulation, à notre avis trop générale et imprécise, employée à l'art. 1 par. 1 de la Convention européenne pour la répression du terrorisme, du 27 janvier 1977, RS 0.353.3 (ci-après CERT).

Cela doit ressortir de la qualification prévue en droit suisse, indépendamment de la loi ou de la jurisprudence de l'État requérant[146].

A ce sujet, le terme « dessein spécial » est utilisé dans la jurisprudence pour faire référence à une intention particulière de l'auteur·e de l'infraction d'accomplir une action future ou d'obtenir un certain résultat[147]. Dans un souci d'uniformisation et de cohérence, c'est donc la notion de « dessein » qui devrait être préférée à celle de « but ». L'infraction pénale pure constitue ainsi un « *Absichtsdelikte* ». 13

Sont notamment considérées comme des infractions politiques absolues les mesures visant le renversement de l'État, telles que la sédition[148], le coup d'État et la haute trahison[149], ainsi que des actes d'espionnage ou de renseignements politiques[150]. De l'avis du Ministère public de la 14

140. La jurisprudence fédérale parle de porter atteinte ou détruire « l'organisation politique et sociale de l'État » (« *die politische und soziale Organisation des Staates* »). ATF 115 Ib 68 consid. 5a p. 85; ATF 113 Ib 175 consid. 6a p. 179; ATF 109 Ib 64 consid. 6a p. 71. Le terme « organisation sociale de l'État » paraît juridiquement vague, nous proposons de reprendre les termes plus précis proposés par la doctrine colombienne, soit « organisation institutionnelle, politique et juridique de l'État » (Tarapués Sandino, p. 128).
141. Garraud, cité par Lévy-Bruhl, p. 134.
142. CR EIMP, N. 689 et 695; De Courten, p. 218.
143. ATF 110 Ib 280 consid. 6c p. 285; ATF 109 Ib 64 consid. 6a p. 71 ;
144. L'intention de l'auteur·e relève de la sphère psychologique de l'auteur·e, et constitue donc un élément subjectif de l'infraction. Sur la distinction entre éléments constitutifs subjectifs et objectifs, cf. Ballot-Squirawski.
145. Cf. parmi d'autres : ATF 130 II 337, consid. 3.2, où la Haute Cour fait référence aux infractions « *welche sich ausschließlich gegen die soziale und politische Staatsorganisation richten* ».
146. CR EIMP, N. 693 et jurisprudence citée.
147. L'exigence d'un dessein ressort de formulations tels que « dans le but de », « dans le dessein de », « pour », « en vue de » (Graven Philippe, N. 41).
148. La jurisprudence fédérale a considéré comme des infractions politiques absolues l'affiliation à une organisation poursuivant le but de renverser le système politique en Italie d'obédience anarchiste (Arrêt du Tribunal fédéral, 11 septembre 1891, Bd. XVII, pp. 450 ss, *Malatesta*) ou d'extrême droite (ATF, 101 Ia 60, *Ordine Nero*).
149. ATF 125 II 569 consid. 9b ; ATF 130 II 337, consid. 3.2 (d).
150. Par exemple l'espionnage à l'égard d'un ancien membre du gouvernement (Arrêt du 23 octobre 2018, Cour des plaintes, RR.2018.173, consid. 2.5) ou de personnes exilées pour des motifs politiques (Décision du 27 avril 2021, Cour des plaintes, BB.2020.271, consid. 2.2 *cum* 3.2.6). *Contra* Zimmermann, N. 631, qui considère que l'espionnage relèverait de l'infraction militaire.

Confédération, les infractions décrites aux titres 13 à 16 du Code pénal doivent être considérées comme des infractions politiques[151].

2. Infraction politique relative

15 La deuxième catégorie concerne l'infraction politique relative, appelée également infraction complexe[152] ou infraction inspirée par un mobile politique[153].

16 Selon une jurisprudence ancienne, constitue une infraction politique relative l'infraction de droit commun qui acquiert un caractère politique prépondérant compte tenu des circonstances de sa commission, soit notamment le mobile et le but recherché[154].

17 Cela implique de procéder en deux temps, en procédant d'abord à un examen des circonstances entourant l'infraction reprochée, afin d'examiner si les

151. Selon le MPC, devraient ainsi être qualifiées de politiques les infractions suivantes : haute trahison (art. 265 CP), atteinte à l'indépendance de la Confédération (art. 266 CP), entreprises et menées de l'étranger contre la sécurité de la Suisse (art. 266bis CP), trahison diplomatique (art. 267 CP), déplacement de bornes officielles (art. 268 CP), violation de la souveraineté territoriale de la Suisse (art. 269 CP), atteinte aux emblèmes suisses (art. 270 CP), actes exécutés sans droit pour un État étranger (art. 271 CP), services de renseignements politiques (art. 272 CP), économiques (art. 273 CP) ou militaires (art. 274 CP), atteintes à l'ordre constitutionnel (art. 275 CP), propagande subversive (art. 275bis CP), groupements illicites (art. 275ter CP), provocation et incitation à la violation des devoirs militaires (art. 276 CP), falsification d'ordre de mise sur pied ou d'instructions (art. 277 CP), entraver le service militaire (art. 278 CP), violences (art. 279 CP), atteinte au droit de vote (art. 280 CP), corruption électorale (art. 281 CP), fraude électorale (art. 282 CP), captation de suffrages (art. 282bis CP), violation du secret du vote (art. 283 CP), violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires (art. 285 CP), empêchement d'accomplir un acte officiel (art. 286 CP), usurpation de fonctions (art. 287 CP), soustraction d'objets mis sous-main de l'autorité (art. 289 CP), bris de scellés (art. 290 CP), rupture de ban (art. 291 CP), insoumission à une décision de l'autorité (art. 292 CP), publication de débats officiels secrets (art. 293 CP), infraction à l'interdiction d'exercer une activité, à l'interdiction de contact ou à l'interdiction géographique (art. 294 CP), non-respect de l'assistance de probation ou des règles de conduite (art. 295 CP), outrage aux États étrangers (art. 296 CP), outrage à des institutions interétatiques (art. 297 CP), atteinte aux emblèmes nationaux étrangers (art. 298 CP), violation de la souveraineté territoriale étrangère (art. 299 CP), actes d'hostilité contre un belligérant ou des troupes étrangères (art. 300 CP) et espionnage militaire au préjudice d'un État étranger (art. 301 CP). Au dire de l'autorité de poursuite pénale fédérale, cette liste ne serait pas exhaustive. Ministère public de la Confédération, Rapport de gestion 2012, p. 15.

152. Geoff, Transnational fugitive offenders, p. 215.

153. CERT 1 par. 1.

154. ATF 95 I 462, c. 7 ; ATF 118 IV 371, c. 4 d) bb.

éléments politiques sont prépondérants sur ceux relevant du droit commun[155]. Ensuite, il s'agira d'examiner s'il existe un lien de proportionnalité adéquat entre les moyens employés et le but poursuivi.

a. Circonstances

Il y a lieu de procéder à un examen des éléments politiques en tenant compte des circonstances internes (but, mobile, *etc.*) et externes (comportement, manière d'agir de l'auteur·e) de l'acte poursuivi[156]. 18

S'agissant des circonstances internes, nous suggérons d'examiner successivement la finalité de l'acte (but) et la raison ayant conduit l'auteur·e à agir (mobile). 19

S'agissant du but, il est nécessaire de s'interroger sur le résultat recherché par l'auteur·e de l'acte[157]. La jurisprudence fédérale a indiqué par le passé que l'infraction politique est conditionnée à l'intention de l'auteur·e de provoquer un changement politique. L'acte reproché « doit toujours avoir été commis dans le cadre d'une lutte pour ou contre le pouvoir » et se situer « en rapport de connexité étroit et direct, clair et net, avec l'objet de cette lutte »[158]. Cela concerne avant tout les actes ayant pour but de renverser, ou autrement s'emparer du pouvoir législatif et exécutif. Un but politique doit également être admis pour les actes visant à provoquer ou autrement influencer des changements de politiques, y compris ceux ayant pour but de dénoncer la violation de droits fondamentaux et de revendiquer leur mise en œuvre ou d'obtenir la reconnaissance de nouveaux droits, sans pour autant que leurs auteur·es soient motivé·es par la volonté de s'emparer du pouvoir législatif ou exécutif[159]. Cet avis paraît partagé par le Ministère public de la Confédération, qui a reconnu qu'un appel à ne pas payer des impôts militaires pour des raisons politiques devait être qualifié de « délit politique »[160]. 20

S'agissant du mobile (« *Beweggrund* »)[161], en droit pénal ce dernier est défini « comme la cause psychologique d'une manifestation de volonté, cause qui 21

155. Geoff appelle cela « *the political motivation test* ou *the predominance test* » (Geoff, Transnational fugitive offenders, p. 234).
156. Une telle manière de procéder correspond l'examen effectué des circonstances aggravantes de certaines infractions, tel l'assassinat. Arrêt du Tribunal fédéral du 26 mai 2020, 6B_247/2020, c. 2.2.
157. Connelly, p. 157.
158. ATF 125 II 569, c. 9 a ; ATF 130 II 337, consid. 3.2. ATF 131 II 235, consid. 3.3.

représente l'expression de sentiments conscients ou inconscients, d'impulsions ou de raisonnements qui ont une action immédiate ou médiate sur l'action »[162]. Autrement dit, il faudra d'abord s'interroger si l'auteur·e était « animé [·e] par une intention politique »[163] et ensuite si ladite intention a exercé une « influence prédominante sur l'acte reproché »[164]. Cela implique notamment de déterminer si l'auteur·e a agi poussé·e par des convictions idéologiques ou si, au contraire, l'acte était motivé par une volonté d'enrichissement ou de vengeance[165]. En d'autres termes, il est question de déterminer si l'acte était motivé par un sentiment altruiste ou par d'autres

159. À titre d'exemple, on mentionnera les infractions commises par les suffragettes britanniques, visant à obtenir un changement législatif permettant le droit de vote des femmes, l'occupation d'une église pour attirer l'attention sur les difficultés d'obtenir une régularisation de personnes sans titre de séjour en France (CourEDH, *Cissé c. France*, n°51346/99, 09.04.2002) ; les occupations ouvrières des Ateliers CFF Cargo de Bellinzona ou de l'Usine Boillat à Reconviller contre les délocalisations ou encore l'occupation écologiste de la colline du Mormont pour s'opposer à son exploitation par un groupe cimentier international (cf. arrêt du Tribunal fédéral 6B_1325/2021, 6B_1348/2021, du 27 septembre 2022).
160. Le 26 mai 2021, le Ministère public de la Confédération a ordonné la perquisition et la confiscation d'ordinateurs et téléphones portables de trois activistes de la grève du climat pour « soupçon de provocation et incitation à la violation des devoirs militaires ». Dans un communiqué de presse, la Fedpol a indiqué considérer l'infraction « comme un délit politique » et, pour cela, avoir requis et obtenu l'autorisation de la part de l'alors Ministre de la Justice, Karin Keller-Sutter. L'affaire est actuellement pendante devant la CourEDH (CourEDH, *Martinez c. Suisse*, n° 36196/22).
161. C'est le cas du mobile « particulièrement odieux » pour l'assassinat (art. 112 CP), du mobile « honorable » pour le meurtre sur demande de la victime (art. 114 CP, cf. aussi la circonstance atténuante de l'art. 48 CP), du mobile « égoïste » de l'incitation et assistance au suicide (art. 115 CP) ou encore de la « méchanceté » ou « espièglerie » de l'utilisation abusive d'une installation de télécommunication (art. 179 septies CP).
162. RO 1975 389 ; Graven Philippe, N. 42.
163. Tulkens Françoise, p. 232 ; voir aussi De Courten, p. 239-240. Par exemple : ATF 87 I 134, c. 2.
164. ATF 118 IV 371, c. 4 d) bb. Dans ce cas, le Tribunal fédéral a admis le mobile politique de l'autonomiste jurassien Pascal Hêche, ayant détruit la statue « Justitia », se trouvant sur la fontaine de la justice à Berne, pour protester contre le scandale des « Caisses noires » et les malversations par lesquelles des membres des autorités du Canton de Berne avaient financé des activités anti-séparatistes et influencé les différents votes qui ont abouti à la partition du Jura.
165. Connelly, p. 156. Cet auteur cite l'avis d'un Juge britannique ayant indiqué que « *not every person who commmits an offence in the course of a political struggle is entitled to protection. If a person takes advantage of his position as an insurgent to murder a man against whom he has a grudge, I would not think that could be called a political offence* ». Affaire S*chtraks c. Gouvernement d'Israel*, 1964.

convictions d'intérêt général, ou s'il répondait à un mobile égoïste et à un intérêt personnel de l'auteur·e [166].

La distinction entre but et mobile politique n'est pas toujours évidente, ces deux éléments étant souvent coexistants, mais pas toujours. On peut toutefois évoquer la demande d'extradition contre un·e mercenaire qui aurait œuvré à renverser un gouvernement étranger, agissant dans un but politique mais par appât de gain, soit sans mobile politique[167]. On peut également citer des actes de représailles ou vengeance contre des personnes ayant trahi une organisation politique ou encore œuvré pour un gouvernement déchu, en répondant à un mobile politique, sans pour autant avoir pour but de provoquer un changement. 22

Pour les circonstances externes pouvant attester du caractère politique de l'acte, il s'agira d'examiner le comportement reproché[168], en particulier de déterminer les moyens employés et l'objectif choisi, ainsi que du lien entre le but recherché et le moyen employé. Cette question peut notamment être importante s'agissant de la répression d'actes à caractère artistique, comme des performances pouvant porter atteinte à des sentiments religieux[169], à des symboles[170] ou à l'honneur d'un chef d'État[171]. 23

166. Connelly, p. 156 .

167. Des exemples récents d'utilisation de mercenaires pour renverser un Gouvernement en place ont été documentés à Haïti et au Venezuela. Cette pratique tend d'ailleurs à se généraliser avec l'emploi de compagnies militaires privées (PMC), comme le groupe « Wagner ».

168. Dans un arrêt de 1970, la Cour de cassation française a écarté le régime de droit commun de la contrainte par corps pour un délit de dégradation de monument d'utilité politique. Elle a révélé que l'inscription sur un pont de « Tous dans la rue le 27 mai – Procès de la cause du peuple – Gauche prolétarienne » était « par son libellé, objectivement politique », cité par Lefebvre p. 377, nbp. 18.

169. Dans une des affaires concernant les membres du groupe musical russe des Pussy Riot, les juridictions internes avait expressément refusé de reconnaître le caractère « politique » d'un concert tenu dans une église orthodoxe, par le fait que « *no political claims were made and no names of political leaders were mentioned during the defendants acts of disorder* (sic) *in the Cathedral* ». Les actes ont été considérés par les tribunaux russes comme motivés par la « haine religieuse » et relevant de l'« hooliganisme ». CourEDH, *Maria Alekhina et al. c. Russie*, n° 38004/12, 17.07.2018, n. 52. Un autre exemple récent est la poursuite pénale par un tribunal de Séville contre des féministes ayant procédé à une action nommée « procession du sanctissime vagin insoumis », puis se retrouvant poursuivies pour un délit contre les sentiments religieux.

b. Proportionnalité

24 Le caractère politiquement prépondérant de l'acte n'est pas une condition suffisante pour exclure toute coopération pénale internationale. Encore faut-il qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre l'atteinte aux biens juridiquement protégés et le but poursuivi par l'auteur·e. Plus l'atteinte aux droits d'autrui est grave, notamment en raison du degré de violence employé, plus il sera nécessaire de démontrer que le but poursuivi ne pouvait être atteint par un moyen moins incisif[172]. Inversement, plus faible est l'atteinte et le dommage causé, plus largement le caractère politique de l'acte devra être admis.

25 Dans ce contexte, la jurisprudence invite notamment à tenir compte du régime politique de l'État visé par les faits reprochés, ainsi que de son éventuelle nature autoritaire[173]. Parmi les critères mentionnés par la doctrine, figure ainsi celui de la situation existante dans l'État requérant sous l'angle politique, législatif, constitutionnel, sa conception des droits fondamentaux et l'indépendance et l'impartialité de son appareil judiciaire[174].

26 La jurisprudence ancienne considère que lorsque l'État requérant « se trouve à être un pays démocratique », l'exception d'infraction politique doit être admise restrictivement[175]. Nous sommes d'avis que ce principe devrait

170. La Cour européenne des droits de l'homme a dû se prononcer sur la compatibilité avec la liberté d'expression d'une sanction prononcée contre un syndicaliste galicien, pour avoir dit « il faut bruler ce putain de drapeau » lors d'une manifestation syndicale devant un Arsenal militaire. Les juridictions internes ont considéré que les propos n'étaient « pas nécessaires » et « pas liés » à la revendication de la manifestation, position qui n'a finalement pas été suivie par la Cour, qui a retenu une violation de l'art. 10 de la Convention (CourEDH, *Fragoso Dacosta c. Espagne*, n° 27926/21, 08.06.2023).

171. En se prononçant sur la poursuite de deux indépendantistes catalans pour avoir brûlé la photo du roi d'Espagne, la Cour européenne des droits de l'homme a notamment retenu que « l'acte reproché (...) s'inscrit dans le cadre de la critique politique, et non personnelle, de l'institution de la monarchie en général et en particulier du Royaume d'Espagne en tant que nation. Cette conclusion apparaît clairement à l'examen du contexte dans lequel cet acte à eu lieu ». L'Espagne a donc été condamnée pour violation de la liberté d'expression (CourEDH, *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*, n° 51168/15 et 51186/15, 13.03.2018). Cf. aussi Tulkens François.

172. ATF 87 I 134, c. 2 ; CR EIMP, N 696. Une partie de la doctrine considère que l'absence de proportionnalité aboutirait à la rupture du lien de connexité entre l'acte et son but politique. Cette position est à notre avis erronée. Cf. Ntono Tsimi.

173. Zimmermann (N. 622) relève la nécessité dans ce contexte de procéder à « un certain jugement de valeur sur les institutions de l'État requis ».

aujourd'hui être nuancé. Tel que relevé supra (I.), l'existence d'un régime « démocratique » au sens libéral du terme n'empêche pas la reconnaissance de la nature politique d'une infraction[176]. Même un État qui dispose d'institutions fiables et fonctionnant généralement dans le respect de l'État de droit peut, dans des cas d'urgence existentielle, être confronté à une situation de crise pouvant justifier la commission d'infractions politiques[177].

3. Infraction connexe

Par « infraction connexe à une infraction politique »[178], on entend l'acte punissable selon le droit commun auquel on accorde une certaine immunité parce qu'il a été accompli parallèlement à une infraction politique (absolue ou relative), généralement pour préparer, faciliter, assurer ou masquer la commission de celle-ci, voire en procurer ultérieurement l'immunité[179]. 27

La jurisprudence et la doctrine considèrent qu'un tel acte n'aurait pas une « composante politique »[180]. D'autres donnent comme exemple des actes 28

174. CR EIMP, N 694. Pour un exemple d'examen de l'indépendance effective des autorités judiciaires de l'État requérant, cf. ATF 113 Ib 175, c. 6a. Il s'agit notamment de savoir s'il y a des raisons de craindre que la liberté d'action de la juridiction serait entravée par la pression de l'opinion publique, voire des campagnes de presse, *idem*, c. 6a. La CourEDH a également reconnu qu'une campagne de presse défavorable peut porter atteinte au caractère équitable du procès (CEDH 6 I). Pour faire obstacle à l'extradition, il appartient à la personne qui se prévaut de ce grief de démontrer le caractère « flagrant » de la violation (CourEDH, *Einhorn c. France*, n° 71555/01, 16.10.2001 (décision sur la recevabilité) n. 34 ; De Courten, p. 215).
175. ATF 118 IV 371, c. 4 d) bb ; ATF 115 Ib 68, c. 5b ; Zimmermann, N 615.
176. Le Département fédéral de justice et police a récemment reconnu le caractère politique de la poursuite ouverte par le Ministère public de la Confédération contre les membres de la « Grève du climat » ayant prétendument appelé publiquement au boycott de l'armée. L'Office fédéral de la justice a également déclaré que les procédures ouvertes par les autorités espagnoles pour « rébellion », « sédition » et « désobéissance » contre une ancienne membre du Parlement catalan en lien avec l'organisation du référendum d'autodétermination de 2017 concernaient « selon toute vraisemblance » un « délit politique » ne donnant pas lieu à extradition. La doctrine rappelle également la législation « anti-subversive » des États-Unis reposant notamment sur le jugement de la Cour Suprême *Dennis vs. US* (1951) condamnant des dirigeants du parti communiste américain ayant pour but de renverser le gouvernement légal du pays. Cité par Szabo, p. 9.
177. Fiolka, p. 94. Cet auteur donne comme exemple la réponse des autorités espagnoles à l'organisation du référendum d'autodétermination de la Catalogne du 1er octobre 2017 et la poursuite des dirigeant·es indépendantistes catalan·es pour rébellion.
178. CERT 1 par. 1.

n'ayant pas un lien de causalité direct avec le but politique recherché, comme le vol d'armes pour préparer une insurrection armée ou la commission de brigandages afin de financer des activités politiques[181]. Il est en revanche acquis que le simple fait qu'une infraction de droit commun ait été commise dans un certain contexte politique[182], ait eu un « grand retentissement dans l'opinion publique » et « suscité une agitation politique »[183] ou encore qu'elle ait été commise par une personne politiquement exposée[184] ne sont pas propres à conférer à l'acte une protection particulière. La conséquence de l'imprécision de la définition est que l'infraction connexe n'est quasiment jamais retenue en pratique[185].

29 Selon nous, l'infraction politique connexe devrait désigner un acte ayant pour but de permettre ou faciliter la réalisation d'une infraction politique, absolue ou relative, mais accompli par un auteur·e qui n'a pas agi par un mobile politique, mais guidé·e par d'autres considérations. On pourrait envisager par exemple l'auteur·e ayant agi en échange d'une rémunération, par exemple la personne ayant vendu des armes ou accepté d'aider des militants politiques à passer illicitement une frontière, ou encore le proche d'un·e militant·e politique recherché·e, lui fournissant un soutien logistique en raison de liens

179. ATF 132 II 469 consid. 3.2 ; ATF 130 II 337 consid. 3.2 ; ATF 125 II 578 ; ATF 125 II 569 consid. 9b. ATF 113 Ib 175, consid. 6b CR Entraide, Intr. gén., N. 696 ; Zimmermann, N. 620 ; Ludwiczak Glassey, N. 937.
181. Geoff, p. 216 et nbp. 61.
182. Zimmerman, N. 620; 115 Ib 68 consid. 5a. ; 113 Ib 175 consid. 6a.
183. ATF 1A.131/1999 du 26 août 1999, consid. 8.
184. ATF 1A.58/1988 du 19 septembre 1989, c. 4, concernant une demande d'entraide formulée par Haïti, constatant que le pillage de biens de l'État par des membres du Gouvernement n'est pas considérée comme une infraction politique. Cf. aussi l'arrêt TPF RR.2010.10 du 6 décembre 2010, consid. 7.3 (entraide à la Croatie) ; 117 Ib 64 consid. 5c (entraide au Paraguay concernant notamment l'ancien Président). Nous relevons également le raisonnement intéressant et détaillé tenu par la Cour européenne des droits de l'homme, refusant de retenir une violation de l'art. 18 CEDH dans l'affaire *Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie*, n°11082/2 et 13772/05, 25.07.2013, n. 897-909. La Cour a notamment relevé qu'il ne pouvait être exclu que certaines autorités ou fonctionnaires pouvaient avoir un « agenda caché » les ayant incité·es à poursuivre les requérants. Toutefois, elle a relevé que ces derniers n'étaient pas poursuivis pour leurs activités politiques *stricto sensu*, même de façon lointaine, que les personnes visées n'étaient pas des « leaders de l'opposition » ou des agents publics, que les actes imputés n'étaient pas liés à leur participation dans la vie politique « réelle ou imaginaire », et qu'ils étaient poursuivis pour des infractions de droit commun, comme l'évasion fiscale et la fraude.
185. Aucun exemple d'application n'a été trouvé par le soussigné dans la jurisprudence suisse.

personnels et non pas d'un ralliement à la cause[186]. En fonction des circonstances, une telle situation peut justifier des doutes sur l'impartialité des juridictions de l'État requérant[187] et donc justifier un refus de coopération.

En revanche, le seul risque de représailles par les autorités suite à la commission d'une infraction de droit commun n'est pas propre à lui conférer un caractère politique, même à titre connexe[188]. Une telle situation devra être examinée sous l'angle de l'art. 2 a et d EIMP. 30

C. Exceptions de dépolitisation

Le droit suisse a prévu qu'une exception de dépolitisation doive s'appliquer à certains actes, en raison de leur gravité, ces derniers ne pouvant ainsi pas bénéficier de la protection accordée aux infractions politiques. C'est le cas pour les crimes de droit international (1) et certains crimes relevant du « terrorisme » (2). Ces exceptions sont également prévues par le droit international par lequel la Suisse est liée. 31

L'application de l'exception de dépolitisation n'implique pas de refuser à l'acte reproché son caractère politique, mais de le priver de toute protection particulière, en lui réservant le même traitement que celui prévu pour les infractions de droit commun[189]. 32

1. Crimes de droit international

Modifié suite à la ratification du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, le droit suisse exclut désormais la protection accordée aux 33

186. Cet argument a été accepté par la Cour suprême irlandaise dans l'affaire concernant la demande d'extradition présentée à l'Irlande par le Royaume-Uni concernant Sean Alphonsus Bourke. Ce dernier était accusé d'avoir aidé George Blake à s'évader d'une prison anglaise, où il purgeait une peine pour espionnage en faveur de l'Union soviétique. Il a expliqué avoir agi par amitié envers George Blake. La Cour suprême a admis que, vu que la condamnation du premier portait sur un délit politique, le soutien apporté à l'évasion devait être considéré comme un délit connexe. L'extradition a donc été refusée. Arrêt de la Cour suprême d'Irlande, *Bourke v. Attorney-General and Wymes*, 1er janvier 1973. Affaire citée par Sadoff, p. 203.
187. Cette condition a été considérée comme non remplie dans l'ATF 133 IV 40, c. 7.3, concernant une demande d'entraide par la Grèce concernant la communication de documentations bancaires afin d'instruire des soupçons de corruptions par d'anciens ministres.
188. ATF 1A.239/1992 du 21 janvier 1993 (extradition à Hong Kong).
189. Dans le même sens : Tulkens, Françoise, p. 231ss.

infractions politiques lorsque ces dernières sont constitutives des crimes les plus graves selon le droit international[190], soit le génocide (EIMP 3 al. 2 let. a)[191], les crimes contre l'humanité (EIMP al. 3 let. b)[192] et le crime de guerre (EIMP 3 al. 2 let. c)[193].

34 Le crime d'agression[194] ne figure pas à l'art. 3 al. 2 EIMP. Cela est la conséquence de son intégration au Statut de la Cour pénale internationale dans un deuxième temps[195], faisant suite à de longs débats, ainsi que de son absence de transposition dans le droit positif suisse. En l'état, le crime d'agression ne constitue donc pas un crime pour lequel la qualification d'infraction politique peut être systématiquement refusée. Plusieurs interventions parlementaires traitent de ce sujet et il paraît probable que cette infraction puisse prochainement être intégrée dans le code pénal. Si cela devait être fait, il serait cohérent de réviser à la même occasion l'EIMP, afin d'intégrer cette infraction à la liste des crimes internationaux pour lesquels le caractère politique n'exclut pas l'extradition.

2. Terrorisme et autres actes particulièrement répréhensibles

35 La Suisse a ratifié la Convention européenne pour la répression du terrorisme (CERT) [196], qui a notamment pour but de « réduire le champ d'application du délit politique comme exception à l'extradition »[197].

36 En reprenant l'exclusion prévue aux art. 1 et 2 de la CERT, le Parlement suisse a modifié l'art. 3 EIMP afin de refuser la protection octroyée aux actes

190. Nous relevons la formulation choisie par le droit camerounais qui applique cette exception aux « infractions de compétence universelle », Ntono Tsimi, p. 536.
191. EIMP 3 II a. Selon la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (RS 0.311.11) de 1948, ratifiée par la Suisse en 2000, le génocide, l'entente en vue de commettre le génocide, l'incitation directe et publique à commettre le génocide, la tentative et la complicité dans le génocide ne sont pas considérés comme des crimes politiques pour ce qui est de l'extradition (Art. III et VII).
192. EIMP 3 II b.
193. EIMP 3 II c.
194. Au sens du SR 8bis I, on entend par « crime d'agression » la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945.
195. Art. 8bis SR.
196. Convention européenne pour la répression du terrorisme, du 27 janvier 1977, RS 0.353.3.

politiques pour tout acte « particulièrement répréhensible du fait que l'auteur[·e], en vue d'exercer une contrainte ou une extorsion, a mis en danger ou a menacé de mettre en danger la vie et l'intégrité corporelle de personnes, notamment par un détournement d'avion, par l'utilisation de moyens d'extermination massifs, par le déclenchement d'une catastrophe ou par une prise d'otage » (art. 3 al. 2 let. d EIMP). Le Parlement a choisi de reprendre largement les termes employés par l'art. 2 al. 1 CERT, en excluant la protection politique pour certains actes, plutôt qu'une exclusion générale de tout acte qualifié de « terroriste ». Cette formulation témoigne de la difficulté de définir la notion de « terrorisme » afin d'éviter qu'elle englobe des personnes pouvant être considérées comme « combattants pour la liberté » (« *Freedom fighters* »)[198].

La protection de l'infraction politique doit être refusée lorsque trois conditions cumulatives sont remplies : une volonté d'exercer une extorsion ou une contrainte, une mise en danger ou la menace d'une mise en danger, ainsi que – dans le cas de conflits armés – une violation du droit international humanitaire. 37

a. Volonté d'exercer une extorsion ou une contrainte

L'acte poursuivi doit avoir pour but « d'exercer une contrainte ou une extorsion », à titre de coauteur·e ou complice[199]. 38

Cela exclut du champ d'application de l'art. 3 al. 2 let. d EIMP le recrutement ou des déclarations publiques de soutien à des organisations utilisant la violence comme un moyen d'atteindre leurs buts politiques. La simple appartenance à une organisation qualifiée de « terroriste » ne remplit pas d'avantage cette condition. 39

197. Arrêt du Tribunal pénal fédéral, RR.2009.231, 15 septembre 2009, § 2.1.1. La CERT reprend les infractions comprises dans le champ d'application de la Convention de la Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs de 1970 et la Convention de Montréal pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile de 1971.
198. La CERT inclut le mot « terrorisme » dans son titre et dans son préambule, mais ne le reprend dans aucun des articles, ni le définit d'aucune manière (Top, p. 69). Fiolka relève également que le concept de terrorisme pose des problèmes de définition (Fiolka, p. 90).
199. Cela découle de l'art. 1 let. f CERT. Cette disposition ne prévoit pas expressément l'exclusion de la protection pour l'instigateur d'actes de violence. Zimmermann, N. 616.

b. Mise en danger de la vie et de l'intégrité corporelle

40 Seuls les actes de contrainte ou d'extorsion impliquant une mise en danger de la vie et de l'intégrité corporelle ou la menace d'une telle mise en danger tombent sous le champ de l'art. 3 al. 2 let. d EIMP. Sur ce point, le Parlement suisse a refusé la possibilité offerte par la CERT d'étendre l'exception de dépolitisation à des actes de violence politique dirigés exclusivement contre la liberté des personnes[200] ou des actes contre des biens, mais créant un dommage collectif pour des personnes[201].

41 Une exception à ce principe existe s'agissant des actes de financement, pour lesquels la qualification d'infraction politique est exclue en application de la Convention pour la répression du financement du terrorisme de 1999[202].

42 Un lien de causalité suffisamment étroit doit exister entre le comportement concrètement reproché à la personne visée par la mesure d'entraide et la mise en danger ou la menace de mettre en danger de la vie ou l'intégrité corporelle. Une telle solution découle également du respect du principe de légalité, qui prescrit une interprétation extensive des dispositions légales en matière pénale à l'encontre d'une personne accusée[203].

43 Dans la jurisprudence suisse, cela s'est traduit dans des décisions favorables à l'extradition d'une personne accusée d'avoir fourni des armes et des explosifs à une organisation séparatiste albanophone qui commettait des attentats en Serbie[204], d'un soutien de l'ETA accusée d'avoir loué des logements employés comme cache pour des armes et explosifs, utilisés pour commettre des attentats[205] ou encore d'un membre du Parti des travailleurs du Kurdistan

200. Art. 2 al. 1 CERT.

201. Art. 2 al. 2 CERT.

202. Art. 14 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme de 1999. Cette exception ne s'applique pas aux demandes d'entraide en provenance de la République islamique du Pakistan et de la République populaire démocratique de Corée, ces États ayant formulé des réserves lors de la ratification du traité. La portée de l'exception est également restreinte s'agissant de la Belgique, État ayant déclaré interpréter restrictivement cette disposition.

203. CourEDH, *Coëme et autres c. Belgique*, n° 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, 22.06.2020, n. 145 ; CourEDH (Grande Chambre), *Del Río Prada c. Espagne*, n° 42750/09 (21.10.2013), n. 78 ; CourEDH (Grande Chambre), *Vasiliauskas c. Lituanie*, n° 35343/05, 20.10.2015, n. 179-186.

204. ATF 131 II 235, c. 3.5. Dans la décision, le Tribunal fédéral fait référence à la « *Unterstützung von politisch motivierten terroristischen Gewalttaten* ».

(PKK) pour son implication dans le meurtre d'un « gardien de village » et pour avoir personnellement ordonné la commission d'attentats meurtriers[206].

Des actes n'impliquant pas la commission ou la menace d'un acte violent contre des personnes ne tombent pas sous l'angle de l'art. 3 al. 2 let. d EIMP. Une telle interprétation est d'autant plus nécessaire alors qu'il n'est pas rare que des poursuites pour « terrorisme » soient engagées pour des faits relevant de l'exercice des droits fondamentaux, y compris au sein du Conseil de l'Europe. C'est justement dans ce cadre que la protection accordée à l'infraction politique retrouve tout son sens. L'exception de dépolitisation pour faits de « terrorisme » ne devrait ainsi pas s'appliquer au soutien apporté à une personne en fuite n'ayant pas le projet de commettre des actes de violence, la publication d'articles de presse faisant référence aux activités d'organisations illégales[207], des démarches apportant du soutien matériel et juridique aux personnes détenues pour des infractions terroristes ou réclamant leur libération, ainsi que la participation à des cérémonies en mémoire de membres d'une organisation tué·es par les forces de l'ordre[208]. 44

c. Violation du droit international humanitaire

Dans le cadre de conflits armés, y compris non-internationaux, la simple utilisation de la violence à des fins d'atteindre un but politique, incluant à 45

205. Arrêt du Tribunal fédéral 1A.174/2002, 21 octobre 2002.

206. À titre d'exemple, le tribunal a accepté l'extradition. ATF 133 IV 76, c. 3.8.

207. La CourEDH a considéré comme contraire à la liberté d'expression (CEDH 10) la condamnation de deux journalistes, pour la publication d'un article faisant référence à l'histoire moderne de la gauche turque et de certaines organisations armées, ainsi que d'un appel de prisonniers annonçant cesser une grève de la faim (CourEDH, *Gözel et Özer c. Turquie*, n° 43453/04 et 31098/05, 06.07.2010). Elle a fait de même concernant la condamnation à cinq ans d'emprisonnement d'un journaliste diffusant des informations sur le conflit tchétchène (CourEDH, *Stomakhin c. Russie*, n° 52273/07, 09.05.2018).

l'encontre de personnes, ne saurait être qualifiée de « terrorisme » ou d'acte particulièrement répréhensible. Lorsque l'acte reproché a lieu dans un tel contexte, l'exception de l'art. 3 al. 2 let. d EIMP ne s'applique qu'aux actes impliquant une violation du droit international humanitaire[209].

III. OBLIGATION MILITAIRES

46 L'art. 3 EIMP prévoit également une autre exception, moins fréquemment invoquée, excluant toute extradition visant un acte qui constitue une violation des obligations militaires ou d'obligations similaires, ou encore d'actes dirigés contre la défense nationale ou la puissance défensive de l'État requérant (EIMP 3 I).

47 La formulation choisie par le législateur fédéral diffère de celle adoptée par le Conseil de l'Europe. Ce dernier a choisi une définition négative, en considérant que sont des infractions militaires celles qui ne constituent pas

208. La CourEDH a considéré comme contraire à la liberté religieuse (CEDH 9), faute de base légale suffisante car découlant d'une interprétation extensive de la définition de « propagande », la condamnation prononcée contre deux dirigeants politiques kurdes pour leur participation à une cérémonie religieuse (« *mevlût* ») en mémoire de trois membres du PKK tués par les forces de l'ordre (CourEDH, *Güler et Uğur c. Turquie*, n° 31706/10 et 33088/10, 02.12.2014). La CourEDH a considéré comme contraire à la liberté d'expression (CEDH 10) la condamnation du politicien basque Tasio Erkizia Almandoz à une peine d'un an de prison pour apologie du terrorisme, pour un discours tenu lors d'un événement en hommage à un ancien membre de l'ETA. Elle a notamment retenu que l'existence d'une incitation directe ou indirecte à la violence terroriste n'a pas été avérée (CourEDH, *Erkizia Almandoz c. Espagne*, n° 5869/17, 22.06.2021).

209. L'art. 2 al. 1 let. b de la Convention des Nations Unies sur le financement du terrorisme limite la poursuite au financement d'attaque contre des civils ou autres personnes ***hors de combat***. ***A contrario***, le financement d'actions contre des combattants ou des objectifs militaires dans le cadre d'un conflit armé, international ou non-international, ne relève pas du terrorisme. La décision cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 (2002/475/JBZ) concernant la lutte contre le terrorisme exclut expressément son application aux actes commis par des forces armées pendant un conflit armé tels que définis par le droit international humanitaire (§ 11). Sur cette base, les juridictions belges ont notamment qualifié le conflit entre l'État turc et le PKK, ainsi que sa branche armée (HPG), de conflit armé non-international, puis refusé la demande de l'État turc de poursuivre pour terrorisme des dizaines de réfugiés et organisations kurdes se trouvant en Belgique. Arrêt de la Cour de Cassation de Belgique, du 28 janvier 2020 (P.19.0310.N). Une question similaire pourrait se poser pour d'autres organisations figurant sur la liste « liste de l'UE en matière de terrorisme » telles que l'Armée de libération nationale colombienne (ELN), le Front populaire de libération de la Palestine (FPLP) ou les Talibans. Sur ce sujet, voyez aussi Van Poecke/Verbruggen/Yperman.

des infractions de droit commun (CEExtr 4). Le caractère subsidiaire de l'EIMP est rappelé à son art. 1 al. 1. La jurisprudence fédérale rappelle qu'en cas de conflit entre le droit national et le droit conventionnel, le droit suisse doit s'interpréter conformément au droit international[210]. Lorsque la demande parvient d'un État membre de la CEExtr, la définition négative est ainsi applicable. Dans un tel cas, est exclue la coopération internationale pour l'infraction qui présente des éléments constitutifs qui découlent uniquement d'une loi relative à une obligation de servir et qui vise un comportement qui n'est pas réprimé, de manière équivalente, dans le droit pénal général. Lorsque la demande parvient d'un État tiers, c'est la définition positive qui trouvera application. Nous sommes toutefois de l'avis que cette contradiction mériterait d'être résolue, en adaptant la formulation du droit interne à celle choisie par le Conseil de l'Europe.

48 En droit suisse, les infractions purement militaires sont intégrées dans le Code pénal militaire[211]. C'est le cas par exemple du refus de servir[212], la désertion[213], la trahison[214], le service au sein d'une armée étrangère[215], mais également l'ivresse[216], la mutilation[217] ou la violation d'obligations contractuelles pour l'armée[218]. Le Parlement ayant choisi de les inclure dans le Code pénal, l'espionnage et les renseignements politiques[219] et militaires[220] ne constituent pas des infractions militaires, mais peuvent constituer des infractions politiques[221].

49 Par violation d'obligations similaires il faut principalement entendre les autres obligations de servir[222]. La coopération judiciaire en matière pénale est donc exclue pour les infractions aux dispositions sur le service civil[223] ou la

210. ATF 130 I 312, c. 1.1.
211. Code pénal militaire (CPM; RS 321.0).
212. Cf CPM 81.
213. *Idem.*
214. Cf. CPM 86ss.
215. Cf. CPM 94.
216. Cf. CPM 80.
217. Cf. CPM 95.
218. Cf. CPM 97.
219. CP 272.
220. CP 274.
221. CP 272. *Contra* Zimmermann, N. 631.
222. Message EIMP, RO 76.033, p. 465.
223. Cf. Les dispositions pénales dans la Loi fédérale sur le service civil, LSC 72 ss.

protection civile[224]. La question de l'exclusion de la coopération pour des infractions à la loi sur le matériel de guerre, concernant des biens à usage militaire exclusif, n'a pas encore été tranchée[225] mais mériterait d'être clarifiée.

50 Contrairement à ce qu'affirme la doctrine majoritaire[226], reprenant une jurisprudence ancienne[227], l'exclusion est déterminée par la nature de l'acte et non pas par la qualité de son auteur·e. L'infraction militaire n'est donc pas nécessairement un délit propre pur (« *echte Sonderdelikt* »), ne pouvant être commis que par un individu présentant des caractéristiques objectives déterminées (« *intraneus* »)[228]. Il n'est donc pas décisif que la personne poursuivie soit soumise à une obligation militaire ou similaire[229] ou l'eut été au moment des faits, à moins que cela constitue un élément constitutif de l'infraction concernée. Cette question est particulièrement d'actualité alors que l'on fait face à une recrudescence de l'intervention d'entreprises privées assumant des tâches militaires dans le cadre de conflits nationaux ou internationaux[230].

51 D'une part, une personne soumise à une obligation de servir peut en principe être extradée lorsque l'infraction reprochée relève du droit commun[231]. Ne

224. Cf. Les dispositions pénales dans la Loi fédérale sur la protection civile, LPPCi 88 ss.
225. Loi fédérale sur le matériel de guerre (LFMG), RS 514.51. Dans une jurisprudence ancienne, le Tribunal fédéral a examiné la vente d'armes à l'Iran, par des agents des États-Unis, en vue de financer des organisations paramilitaires au Nicaragua, uniquement sous l'angle du délit politique. Le caractère militaire du délit ne semblait toutefois pas avoir été invoqué (ATF 113 Ib 175). L'exportation illicite de matériel de haute technologie à usage également civil ne relève en revanche pas de l'infraction militaire. Zimmermann, N. 631 ; ATF 112 Ib 212, c. 4.
226. *Contra* Zimmermann, N. 631 ; Ludwiczak Glassey, N. 106 ; CR EIMP, N. 739 ; De Courten, p. 219. Ces auteur·es indiquent que les délits militaires sont ceux commis par des membres des forces armées et dirigés contre des biens de nature militaire.
227. Cette position paraît se fonder sur l'arrêt 112 Ib 576, c. 10.
228. Cf. Graven, N. 57.
229. Cela découle notamment de la formulation choisie par le Conseil de l'Europe dans la Convention d'extradition précitée, opposant l'infraction militaire à celle de droit commun.
230. C'est le cas notamment dans le cadre du conflit armé en Irak, où des compagnies privées des États-Unis ont été largement déployées pour assumer des tâches militaires, ainsi que dans le cadre de conflits plus récents, comme en Syrie, Lybie ou en Russie et Ukraine. Dans ce dernier cas, plusieurs dizaines de milliers de combattants ont été employés par des entreprises privées.
231. Cela ressort expressément du Rapport explicatif sur la Convention européenne d'extradition, Conseil de l'Europe, Strasbourg 1969, Art. 4, p. 47. Cf. aussi Geoff, Extradition law, p. 101.

constitue ainsi pas une infraction militaire l'homicide commis par une personne dans l'exercice de son obligation de servir[232].

D'autre part, le Code pénal militaire prévoit expressément que les « civils » peuvent être soumis au droit pénal militaire[233]. Les « civils » peuvent être poursuivis pour la commission de certaines infractions militaires comme la violation des devoirs militaires[234], le fait d'avoir fondé un groupement visant à ruiner la discipline militaire[235], l'entrave au service militaire[236] ou encore les injures à un·e militaire[237]. Dans ce cas, l'exception de l'art. 3 EIMP s'appliquerait. 52

Dans certains cas particuliers, une extradition devrait également être refusée en application du droit fondamental à l'objection de conscience, fondée sur le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion[238]. Il s'agit d'éviter qu'une personne poursuivie soit remise à un État où, immédiatement après avoir purgé sa peine pour une infraction de droit commun, elle pourrait être forcée à effectuer un service militaire sous peine d'être privée de liberté. La personne doit pouvoir motiver que son opposition se fonde sur un conflit grave et insurmontable entre l'obligation de servir dans l'armée et ses convictions sincères et profondes, de nature religieuse ou autre[239]. Toutes les convictions ne sont pas protégées[240] et il est légitime d'exiger que la personne visée apporte la preuve du sérieux de ses convictions[241]. 53

232. Zimmermann, N. 631 et jurisprudence citée. Dans l'affaire ATF 87 I 134, la personne visée, membre du Front de Libération National algérien a invoqué l'existence d'un délit militaire, en raison du fait que les faits reprochés se seraient déroulés « dans le cadre d'une guerre entre la France et le FLN ». Le Tribunal fédéral a rejeté l'argument, sans se prononcer sur la nature du conflit.
233. CPM 3 I. C'est le cas notamment pour la commission de certaines infractions (ch. 7), pour les civils employés ou mandataires de l'armée ou de l'administration militaire (ch. 8) ou encore pour la commission d'infractions à l'étranger contre une personne servant l'armée suisse (ch. 9).
234. Cf. CPM 98.
235. Cf. CPM 99.
236. Cf. CPM 100.
237. Cf. CPM 101.
238. Art. 18, Déclaration universelle des droits de l'homme ; Art. 18, Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; Art. 9 CEDH.
239. CourEDH (Grande Chambre), *Bayatyan c. Arménie*, n° 23459/03, 07.07.2011, n. 92-111.

BIBLIOGRAPHIE

Ballot-Squirawski Claire, Les éléments constitutifs : essai sur les composantes de l'infraction, Paris, 2017.

Connelly Alpha, Ireland and the Political Offence: Exception to Extradition, Journal of Law and Society 12 n° 2 1985, p. 153-185.

De Courten Frédérique, Le refus d'extrader *in personam*, Lausanne, Lausanne 2006.

Demay Clémence, Le droit face à la désobéissance civile, Lausanne 2022.

Diena Giulio, Étude sur l'extradition : des réclamations de l'extradé, Revue générale de droit international public, Paris 1905.

Fiolka Gerhard, Politische Delikte : Funktionale Opazität in der Rechtshilfe, dans : Jeanneret Yvan/Sträuli Bernhard, (éds.). Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal : mélanges en l'honneur de Ursula Cassani, Genève 2021.

François, Jean-Pierre-Adrien, Le droit de la paix et l'organisation de la paix, Règles générales du droit de la paix, Académie de droit international, Leiden 1938.

Geoff Gilbert, Aspects of extradition law, Dordrechtet al. 1991 (cité: Extradition law).

Geoff Gilbert, Transnational fugitive offenders in international law : extradition and other mechanisms, La Haye 1998 (cité: Transnational fugitive offenders).

Graven Jean, Contribution à l'étude des origines de l'extradition en Suisse, Revue de droit pénal suisse, 1929 (cité : Extradition en Suisse).

Graven Philippe, L'infraction pénale punissable, 2ème édition, Berne 1995.

240. La CourEDH a refusé d'accorder la protection découlant de la liberté de conscience au refus d'une personne d'effectuer son service militaire obligatoire, motivé non pas par une objection de principe à la guerre et au port d'armes, mais par la négation de la légitimité du régime constitutionnel de l'État (CourEDH, *Enver Aydemir c. Turquie*, n° 26012/11, 07.06.2016, N. 79-84).

241. CourEDH, *Dyagilev c. Russie*, n° 49972/16, 10.03.2020, N. 62.

Lardy C., Notes historiques sur l'Extradition en Suisse, Zeitschrift für Schweizerischens Recht, Neue Folge, XXXVIII, 1919.

Lepeneuve de Lafon, Des crimes et délits politiques et des infractions connexes d'après les plus récents traités d'extradition, dans : Journal de droit international privé et jurisprudence comparée, 1891.

Lefebvre José, Codifier l'infraction politique ?, dans : La politique ailleurs, Droit et sociétés, Paris 1998.

Lévy-Bruhl Henry, Les délits politiques : recherche d'une définition, Revue française de Sociologie, 1964.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle, 2018.

Moreillon Laurent (éd), Entraide internationale en matière pénale, Commentaire romand, Bâle 2004.

Ntono Tsimi Germain, Les principes généraux de l'extradition et la réforme du droit camerounais de l'extradition passive, dans : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2013/3 (N° 3), p. 527-546.

Roten Christian, Extradition, dans : Brägger Benjamin/Vuille Joëlle (éds), Lexique pénitentiaire suisse, Bâle 2016.

Sadoff, David A., Bringing International Fugitives to Justice: Extradition and its Alternatives, Cambridge 2018.

Szabo Denis, Le délit idéologique, dans : Liberté, 1966, vol. 8 (1).

Tarapués Sandino Diego Fernando, El delito político, Bogotá 2019.

Top Sibel, The political offence exception clause to extradition, Bruxelles, 2022.

Tulkens François, La sanction pénale de l'offense à chef d'État : un symbole en voie de disparition. *Who cares ?*, dans : Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 132 (2022/4), pp. 915-924.

Tulkens Françoise, Analyse critique de la Convention Européenne pour la Répression du Terrorisme, dans : Déviance et Société, vol. 3, n° 3 (1979), pp. 229-246.

Van Poecke Thomas/Verbruggen Frank/Yperman Ward, Terrorist offences and international humanitarian law : the armed conflict exclusion clause, dans: International Review of the Red Cross, 916-917 (2022).

Verdussen Edouard, De l'extradition, discours prononcé à l'audience de rentrée de la Cour d'Appel du 16 octobre 1876, Bruxelles 1876.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e édition, Berne 2019.

COMMENTAIRE

Art. 8 EIMP

Un commentaire de Maha Meier

PROPOSITION DE CITATION

Maha Meier, Commentaire de l'art. 8 EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Meier, art. 8 EIMP N. XXX.

Art. 8 Réciprocité

[1] En règle générale, il n'est donné suite à une demande que si l'État requérant assure la réciprocité. L'Office fédéral de la justice (OFJ) requiert une garantie de réciprocité si les circonstances l'exigent.

[2] La réciprocité n'est pas nécessaire, en particulier, lorsqu'il s'agit d'une notification ou lorsque l'exécution de la demande:

a. paraît s'imposer en raison de la nature de l'acte commis ou de la nécessité de lutter contre certaines formes d'infractions;

b. est propre à améliorer la situation de la personne poursuivie ou ses chances de reclassement social, ou

c. sert à élucider un acte dirigé contre un citoyen suisse.

[3] Le Conseil fédéral peut garantir la réciprocité à d'autres États dans les limites de la présente loi.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 65
II. Contexte historique 65
III. Principe de réciprocité de l'EIMP 66
A. Exigence des garanties de réciprocité (al. 1) 66
1. Généralité 66
2. Garantie de réciprocité 67
3. Champ d'application 69
B. Exceptions aux garanties de réciprocité (al. 2) 70
Bibliographie 72

I. GÉNÉRALITÉS

Le principe de réciprocité en matière d'entraide pénale internationale, consacré par l'art. 8 EIMP, est une condition à l'octroi de l'entraide. Toutefois, il ne trouve à s'appliquer qu'en l'absence d'un accord ou traité de coopération internationale en matière pénale entre les États concernés, les demandes d'entraide étant alors exclusivement régies par le droit suisse[242] et les principes généraux du droit international public. 1

Le principe de réciprocité peut exceptionnellement aussi s'appliquer dans les cas où il existe un traité bilatéral ou multilatéral d'entraide judiciaire internationale en matière pénale, en particulier dans les cas où l'infraction contenue dans la demande d'entraide n'est pas couverte par le traité. Dès lors, pour que l'entraide puisse être accordée au-delà du traité, le principe de réciprocité doit être garanti. Par conséquent, un accord international d'entraide judiciaire internationale ne fait pas échec à l'obtention d'une assurance pour un domaine non couvert par celui-ci. 2

La garantie du principe de réciprocité ne doit pas être envisagée dans une situation donnée mais s'entend plutôt comme une pratique entre les États s'octroyant une assistance mutuelle en matière pénale. L'État requis, accordant l'entraide en application du principe de réciprocité, s'attend à ce que l'État requérant lui fournisse la même assistance dans une situation similaire. Le principe de réciprocité peut découler de négociations conventionnelles, d'une pratique antérieure entre les États ou encore de l'octroi d'une assurance fournie par l'État requérant[243]. 3

II. CONTEXTE HISTORIQUE

Le principe de réciprocité est une règle générale du droit des gens qui permet à une État de conditionner l'avantage qu'il accorde à un autre État par l'assurance absolue d'obtenir, le cas échéant, le même avantage[244]. Le principe de réciprocité trouve de manière générale son fondement dans le droit coutumier international. La condition de réciprocité est l'expression de 4

242. ATF 113 Ib 257, consid. 2 ; ATF 111 Ib 1138, consid. 2 ; ATF 110 Ib 173, consid. 2.
243. BSK-ISTR-Maeder, Art. 8 N. 4.
244. CR EIMP-Moreillon, art. 8 N. 1 et réf. citées.

la souveraineté d'un État, qui considère l'octroi de l'entraide à un autre État, comme un acte politique et non comme un acte juridique. Avec l'évolution de la compréhension de la souveraineté des États et les objectifs de politique pénale, la condition de réciprocité tend à s'assouplir, en raison d'une interprétation large des motifs d'exception, résultant de divers facteurs, comme notamment l'évolution de la souveraineté étatique, le respect des droits humains, l'essor des Conventions internationales ou la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires des autres États. Les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation en la matière. Le principe de réciprocité peut faire l'objet d'un calcul politique ; devrait suivre le texte sur la ligne du dessus il s'agit dès lors de mettre en balance la promotion de la coopération internationale et la préservation de la souveraineté, voire d'autres intérêts mentionnés ci-dessus[245].

5 Conformément à l'art. 8 al. 1 EIMP, l'entraide pénale est conditionnée au respect du principe de réciprocité, en particulier selon les circonstances, notamment la gravité de l'infraction[246]. La loi prévoit néanmoins des motifs d'exception à la réciprocité (art. 8 al. 2 EIMP) : une simple notification, la nature de l'acte commis ou la lutte contre certaines formes d'infractions (let. a), l'amélioration de la situation de la personne poursuivie ou ses chances de reclassement social (let. b) et, enfin, l'élucidation d'un acte dirigé contre un citoyen suisse (let. c). Seul le Conseil fédéral est compétent pour garantir la réciprocité à d'autres États (art. 8 al. 3 EIMP).

III. PRINCIPE DE RÉCIPROCITÉ DE L'EIMP

A. Exigence des garanties de réciprocité (al. 1)

1. Généralité

6 Conformément à l'art. 8 al. 1 EIMP, la Suisse ne donne une suite favorable à la demande d'entraide d'un État étranger que si cet État lui accorde la réciprocité. Il s'agit d'un principe du droit international qui permet à l'État requis de subordonner l'octroi de l'entraide à la condition que l'État requérant

245. Maeder, N. 3

246. Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'une loi sur l'entraide internationale en matière pénale et d'un arrêté fédéral sur les réserves relatives à la convention européenne d'extradition du 8 mars 1976, FF 1976 II 430 ss, 479.

lui garantisse, le cas échéant, le même avantage, c'est-à-dire le même type d'assistance judiciaire aux mêmes fins (*do ut des*)[247].

Dès lors la réciprocité est un principe « essentiel à l'octroi de l'entraide judiciaire, l'extradition, la délégation de poursuite et l'exécution des décisions. Par conséquent, l'entraide judiciaire ne peut être octroyée si l'État requérant n'accorde pas la réciprocité et qu'il n'existe aucun motif d'exception, au sens de l'art. 8 al. 2 EIMP. 7

Le principe de réciprocité joue un rôle essentiel, uniquement lorsque la coopération est fondée sur la loi sur l'entraide judiciaire (EIMP) : en effet, la réciprocité a un rôle très limité en cas de conventions internationales d'entraide judiciaire, puisqu'elles sont, conformément au principe *Pacta sunt servanda* (art. 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[248]) contraignantes pour les États parties au traité, sous réserve d'une violation substantielle (art. 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). 8

L'exigence de réciprocité, comme condition préalable à l'entraide judiciaire est avant tout dans l'intérêt de l'État[249] et non de la personne concernée par la demande d'entraide. Néanmoins, en droit suisse, cette dernière peut s'en prévaloir quand celle-ci joue en sa faveur. C'est pourquoi, la diminution de l'importance de la réciprocité ou l'interprétation large des exceptions de l'art. 8 al. 2 EIMP jouent *de facto* en sa défaveur, en permettant d'étendre le champ de l'entraide[250]. 9

La disposition de l'art. 8 EIMP traite des demandes entrantes, néanmoins, la Suisse connait par symétrie un système équivalent en matière de demandes sortantes, conformément à l'art. 30 al. 1 EIMP, dont la teneur est la suivante : 10

« Les autorités suisses ne peuvent adresser à un État étranger une demande à laquelle elles ne pourraient pas donner suite en vertu de la présente loi ».

2. Garantie de réciprocité

Comme mentionné, le principe de réciprocité se base sur des attentes mutuelles entre les États consistant à s'accorder les mêmes avantages aux 11

247. Popp, p. 291 N. 428 ; Sager, Der Gegenrechtsgrundsatz, p. 225.
248. RS 0.111.
249. Sager, p. 232.
250. Maeder, N. 14.

mêmes fins ; celles-ci peuvent résulter de négociations contractuelles, de la pratique antérieure ou encore de l'assurance donnée à cet effet[251]. L'OEIMP précise que la condition de la réciprocité est aussi remplie lorsque l'entraide peut être obtenue de la part de l'État étranger sans la participation de ses autorités (art. 1 OEIMP)[252]. Chaque situation donnée nécessite de faire l'objet d'une analyse afin de déterminer si la réciprocité fait ou non défaut dans le cas d'espèce.

12 L'octroi de la réciprocité ne pose pas de difficulté lorsque l'État requérant a déjà accordé à la Suisse la même entraide que celle qu'il demande. Celle-ci peut se définir par une entraide dont le but et le contenu de la coopération sont identiques, notamment en ce qui concerne l'infraction donnée. Ainsi, la réciprocité est présumée vis-à-vis des États avec lesquels la Suisse coopère régulièrement et se fonde sur le principe de la confiance et de la bonne foi internationale[253].

13 Dans les cas où l'État requérant n'a jamais accordé une entraide similaire, il est nécessaire de procéder à une analyse du comportement de l'État, en prenant en compte sa législation nationale en matière d'entraide, voire plus largement sa pratique dans les affaires ayant un but et un contenu similaire avec la Suisse mais aussi, le cas échéant, avec d'autres États[254]. Il en découle que si l'État requérant accorde de manière générale l'entraide qu'il a lui-même demandée, la réciprocité est réputée acquise, tandis que s'il n'accorde pas l'entraide dans des situations similaires, l'entraide ne doit pas *de facto* être refusée mais doit être subordonnée à une déclaration de réciprocité. L'Office fédéral de la justice (OFJ) du Département fédéral de justice et police (DFJP) dispose de la compétence d'apprécier s'il y a lieu de demander une déclaration de réciprocité[255], en sa qualité d'autorité centrale. Ainsi conformément à la teneur de l'art. 8 al. 1 *in fine* EIMP, *« l'OFJ requiert une garantie de réciprocité si les circonstances l'exigent »*. Il dispose de ce fait d'un large pouvoir d'appréciation en la matière[256]. L'OFJ est compétent pour examiner la validité de la garantie de réciprocité produite par l'État requérant.

---

251. Maeder, N. 16.
252. RS 351.11.
253. Ludwiczak Glassey, p. 14 N. 56.
254. Maeder, N. 19.
255. ATF 110 Ib 176.
256. Pour une illustration des garanties de réciprocité demandé par la Suisse voir : Zimmermann, p. 604 N. 709.

Il convient de préciser que celle-ci doit être donnée avant que la Suisse ne statue sur l'octroi de l'entraide, conformément aux règles ordinaires en matière de garanties internationales[257]. Selon le principe de la confiance, qui imprègne les relations entre États, les autorités suisses n'ont pas à vérifier la conformité de la déclaration de réciprocité aux règles de forme du droit étranger, ni la compétence de l'autorité dont émane cette déclaration de réciprocité, sous réserve d'un cas d'abus manifeste[258]. En cas d'abus manifeste, les autorités suisses peuvent refuser de reconnaître la déclaration de réciprocité produite par l'État requérant, ce qui constitue une exception au principe de la confiance. Par conséquent, un cas d'abus manifeste suspend la présomption de validité attachée aux déclarations étatiques et rétablit un contrôle de la part de l'OFJ. Dans une telle hypothèse, l'OFJ peut refuser la garantie et l'octroi de l'entraide, demander des éclaircissements ou exiger une nouvelle déclaration de réciprocité.

3. Champ d'application

L'État requis peut exiger de l'État requérant une garantie de réciprocité par laquelle il s'engage à l'avenir à lui accorder l'entraide dans la même mesure et aux mêmes conditions que celle qui lui a été octroyée. Par cette garantie, l'État requérant s'engager à accorder l'entraide à l'État requis pour une durée déterminée. Il peut le faire sous la forme d'une garantie individuelle ou de garanties globales. 14

Le champ d'application de la garantie doit au moins couvrir le but et le contenu de l'entraide judiciaire demandée : dans ce cas, il s'agit d'une garantie individuelle. La garantie individuelle a la nature juridique d'un acte unilatéral dont le caractère obligatoire est attribué, en droit international public, à la protection de la confiance. Elle est toutefois soumise à la condition que l'entraide judiciaire demandée soit accordée[259]. 15

Il est aussi possible que la garantie couvre un domaine entier, comme par exemple, l'extradition en général, mais qu'elle soit limitée à des aspects de l'infraction, comme la menace d'une peine minimale : dans ce cas, on parle de garanties globales. Les garanties globales se situent dans le domaine de la réciprocité au sens large et ont les caractéristiques d'un traité de droit 16

257. PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 8 N 7.
258. OFJ, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives, 9e éd. 2009, p. 24.
259. Popp, p. 297 N. 439-441.

international public, constituant souvent un accord d'entraide judiciaire minimal préalable, qui peut toutefois être d'une certaine durée[260].

17 La garantie de réciprocité n'est soumise à aucun formalisme particulier, il est néanmoins nécessaire qu'elle soit écrite. Elle peut par exemple prendre la forme d'un échange de lettres. C'est le droit national de l'État requérant qui détermine qui est compétent pour octroyer la garantie de réciprocité. En Suisse, conformément à l'art. 8 al. 3 EIMP, c'est le Conseil fédéral qui est compétent pour garantir la réciprocité à d'autres États. L'OFJ dispose de la compétence d'apprécier l'opportunité de demander une déclaration de réciprocité, en sa qualité d'autorité centrale. Concrètement, c'est le domaine de direction de l'entraide judiciaire internationale de l'OFJ, qui requiert une garantie de réciprocité si les circonstances l'exigent. Le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), en particulier le Direction du droit international public (DDIP), peut être consulté si des considérations politiques ou diplomatiques le justifient.

18 Il est évident que l'État requérant, qui accepte de fournir une garantie de réciprocité, n'est lié par celle-ci que si l'État requis l'accepte. L'acceptation est précédée d'un examen visant à déterminer que la déclaration garantit la réciprocité au moins dans la mesure de la demande d'entraide. L'acceptation dépend de la forme et du contenu de la déclaration de l'État requérant, mais aussi de sa fiabilité et du contexte politique[261].

19 L'OFJ, étant compétent pour déterminer si une garantie est nécessaire, il est également compétent pour l'examiner, conformément à l'art. 80p EIMP, et, le cas échéant, l'accepter[262].

B. Exceptions aux garanties de réciprocité (al. 2)

20 Dans certains cas exceptionnels, la Suisse peut accorder l'entraide judiciaire même si la réciprocité fait défaut, conformément à l'art. 8 al. 2 EIMP. La réciprocité n'est en principe pas nécessaire pour les simples notifications. Elle n'est pas non plus nécessaire lorsque l'exécution de la demande répond à un intérêt élevé à la poursuite pénale, qu'elle est dans l'intérêt de la personne

260. *Ibid.*
261. *Ibid.*, p. 299 N. 444.
262. Maeder, N. 39.

poursuivie, voire encore, qu'elle sert à élucider un acte dirigé contre un citoyen suisse.

L'OFJ est compétent pour déterminer si la demande d'entraide peut être exemptée de la garantie de réciprocité, car couverte par le champ d'application de l'art. 8 al. 2 EIMP. Pour ce faire, il dispose aussi d'un large pouvoir d'appréciation. L'avis de la personne concernée par la demande d'entraide a un poids limité dans l'appréciation de la réciprocité, puisque cette exigence est avant tout dans l'intérêt de l'État, et non de la personne concernée par la demande. La personne concernée ne peut pas exiger qu'une garantie de réciprocité soit fournie, mais elle peut invoquer son absence lorsqu'elle lui est favorable, notamment pour contester la légalité de l'entraide. En revanche, elle ne saurait s'opposer à l'octroi de l'entraide, au seul motif que la réciprocité est assurée mais lui serait défavorable. 21

La réciprocité n'est pas nécessaire lorsque l'exécution de la demande paraît s'imposer en raison de la nature de l'acte commis ou de la nécessité de lutter contre certaines formes d'infractions, dont la poursuite répond à un intérêt public international. Cette exception vise, en particulier, la répression de la criminalité organisée et les délits économiques, le blanchiment d'argent et la corruption[263], ainsi que des crimes internationaux. En d'autres termes, dans certains cas, la Suisse a un intérêt à ce que l'entraide judiciaire soit accordée pour certaines infractions, en raison de leur gravité. Ces infractions portent atteinte à la paix, à la sécurité ou aux valeurs fondamentales de la communauté internationale. Selon Popp, il doit s'agir d'infractions qui font l'objet d'une répression pénale internationale et doivent être criminalisées par des Conventions internationales, comme notamment le génocide, la discrimination raciale, la prise d'otages, le terrorisme, l'esclavage, le faux-monnayage, la traite des enfants et des femmes ou le blanchiment d'argent[264]. 22

La réciprocité peut aussi être exclue lorsque l'exécution de la demande est dans l'intérêt de la personne poursuivie ou ses perspectives de réinsertion. L'amélioration de la situation de la personne poursuivie n'est envisageable que dans le cadre de la petite entraide et se limite aux moyens de preuve à décharge[265]. Tandis que la situation, dans laquelle l'exécution de la demande 23

263. ATF 1A.49-54/2002, consid 4.
264. Popp, p. 294 N. 433 ; il ne s'agit pas d'une liste exhaustive.
265. *Ibid*.

d'entraide est propre à améliorer les chances de reclassement social de la personne poursuivie, se réfère à l'exécution et peut s'étendre à l'extradition. Elle correspond en particulier à la teneur de l'art. 100 let. b EIMP, qui dispose que :

« L'exécution d'une décision pénale suisse peut être déléguée à un État étranger si la délégation permet d'escompter un meilleur reclassement social du condamné ou que la Suisse ne puisse obtenir l'extradition ».

24 Enfin, la réciprocité n'est pas nécessaire lorsque l'exécution de la demande a pour but d'élucider une infraction dirigée contre un citoyen suisse. Cette catégorie d'exception peut s'appliquer à la petite entraide et à l'extradition. La disposition semble aussi s'étendre à la répression des infractions commises à l'encontre des personnes morales, domiciliées en Suisse[266]. Cette exception repose sur la volonté de protéger les intérêts fondamentaux de la Suisse et de ses ressortissants, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales. Toutefois, dans un contexte international marqué par la densification des traités internationaux d'entraide judiciaire et l'affirmation de principes de coopération et de reconnaissance mutuelle, le recours unilatéral à l'entraide, sans contrepartie, pourrait être perçu comme un affaiblissement du principe de réciprocité, pilier de l'égalité entre les États.

BIBLIOGRAPHIE

Ludwiczak Glassey Maria, Commentaire de l'article 8 EIMP, in : Ludwiczak Glassey Maria/Laurent Moreillon, Petit Commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Bâle 2024

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle 2018

Maeder Stefan, Commentaire de l'article 8 EIMP, in : Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015

Moreillon Laurent (éd), Entraide internationale en matière pénale, Commentaire romand, Bâle 2004

266. Maeder, N. 55.

Popp Peter, Gründzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bâle/Genève/Munich 2001

Sager Christian, Der Gegenrechtsgrundsatz im Rechtshilferecht – ein alter Zopf?, AJP 2014, p. 224 s.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6e éd., Berne 2024

COMMENTAIRE

Art. 8a EIMP

Un commentaire de Gaelle Mieli

PROPOSITION DE CITATION

Gaelle Mieli, Commentaire de l'art. 8a EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Mieli, art. 8a EIMP N. XXX.

Art. 8*a* Accords bilatéraux

Le Conseil fédéral peut conclure avec des États étrangers des accords bilatéraux sur le transfèrement des personnes condamnées qui s'inspirent des principes établis dans la Convention du Conseil de l'Europe du 21 mars 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 77
A. Le transfèrement de personnes condamnées 77
B. Les bases légales 78
II. Genèse 80
III. Champ d'application 81
A. Délégation de compétence 81
B. Conditions 82
C. Pratique 85
Bibliographie 85

I. GÉNÉRALITÉS

A. Le transfèrement de personnes condamnées

Le transfèrement des personnes condamnées est un domaine plus récent de l'entraide pénale internationale, par rapport à l'entraide judiciaire et à l'extradition. L'exécution des sanctions pénales s'effectuait sur le territoire de l'État qui avait rendu la sanction, pour des motifs de souveraineté des États[267]. Les déplacements toujours plus facilités entre les différents États ont pour conséquence que certaines personnes commettent des infractions dans un État autre que celui de nationalité et/ou de résidence et doivent subir une peine privative de liberté dans un environnement peu connu, loin de leur famille et de leurs liens sociaux[268]. Or, la répression criminelle a également pour objectif de réinsérer socialement la personne condamnée à la suite d'une infraction, au terme de la sanction prononcée[269]. Une telle réinsertion sociale n'est pas possible ou est rendue plus difficile si la personne effectue sa sanction à l'étranger. De plus, l'exécution d'une sanction pénale dans un État autre que celui de nationalité et/ou de résidence peut engendrer des discriminations à l'encontre de la personne condamnée qui ne parle pas la langue ou qui pourrait se voir restreindre certaines possibilités d'exécution de peine en raison d'un plus grand risque de fuite p.ex.[270]. Ainsi, le transfèrement des personnes condamnées s'est développé sur la scène internationale. 1

Par transfèrement de personnes condamnées, on entend le cas où une personne a été condamnée dans un État autre que celui de sa nationalité et/ou de sa résidence, mais serait transférée dans ce dernier pour l'exécution de la peine privative de liberté à laquelle elle a été condamnée[271]. La personne 2

267. FF 1986 II 733, 736. Cf. également Zimmermann N. 755; NU, Transfert de personnes condamnées, N. 7.
268. Cf. en ce sens FF 1986 II 733, 735 s ou NU, Transfert de personnes condamnées, N. 1.
269. FF 1986 II 733, 736; FF 2002 4036, 4041. Cf. également NU, Transfert de personnes condamnées, N. 3.
270. ATF 118 IB 137, c. 2.a). Cf. FF 1986 II 733, 735 ou également BSK IRSG-Maeder, Art. 8*a* N. 1; Ludwiczak Glassey, N. 1305; Zimmermann N. 755; NU, Transfert de personnes condamnées, N. 1 ss; OFJ, Transfèrement de personnes condamnées – factsheet, disponible sur: https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen/ueberstellung-verurteilte/ueberstellung-f.pdf.download.pdf/ueberstellung-f.pdf, p. 1.
271. OFJ, Transfèrement, 1.

condamnée ne dispose cependant pas d'un droit à être transférée. Elle peut faire part de son souhait d'être transférée tant à l'État de condamnation qu'à celui d'exécution mais c'est ensuite ces deux États qui statuent sur le transfèrement[272].

3 Le transfèrement a principalement un but humanitaire, permettant une meilleure réinsertion sociale de la personne condamnée[273]. En effet, l'exécution d'une peine privative de liberté dans l'État de nationalité et/ou de résidence donne une meilleure perspective de réinsertion à la suite de la sanction puisqu'il permet à la personne de maintenir son réseau familial et social p.ex. et d'autre part de décharger l'État de condamnation des coûts d'une personne qui en principe ne devrait pas rester dans l'État de condamnation au moment de sa libération. C'est le cas notamment lorsque la personne condamnée a perdu son titre de séjour en raison de sa condamnation. Une exécution de peine sur le territoire d'un État duquel la personne sera ensuite expulsée n'offre pour ainsi dire pas de possibilité de réintégration[274].

B. Les bases légales

4 Le transfèrement de personnes condamnées est réglé principalement par des accords internationaux[275]. L'EIMP contient certes quelques dispositions relatives à l'exécution des décisions (art. 94ss). L'exécution des décisions concerne cependant les cas où une personne a été condamnée à l'étranger mais se trouve en Suisse. Au contraire, le transfèrement des personnes condamnées n'est pas réglé en détail dans l'EIMP. Il n'implique pas seulement l'exécution de la décision, mais aussi le changement du lieu d'exécution de la peine et donc du lieu de séjour de la personne condamnée. Le transfèrement de personnes condamnées contient donc à la fois des éléments de l'exécution de la peine au sens des art. 94ss de l'EIMP et de l'extradition au sens des art. 32ss. En raison de cette deuxième dimension, soit du transfert physique de la personne, il est important que les deux États impliqués s'entendent sur la

272. OFJ, Transfèrement, 2.

273. ATF 135 I 191, c. 2.1; ATF 118 IB 137, c. 2.a); ATPF RR.2015.189 c. 2.5. Cf également FF 1986 II 733, 735 s; FF 2001 4479 ss; FF 2002 4036, 4039; ou encore BSK IRSG-Maeder, Art. 8*a* N. 1; Ludwiczak Glassey, N. 1305; NU, Transfert de personnes condamnées, N. 3 s. OFJ, Transfèrement, 1; Unseld, p. 345; Zimmermann N. 755., 4481 s .

274. BSK IRSG-Maeder, Art. 8*a* N. 1

275. Zimmermann, N. 755.

remise de la personne et sur les modalités de celle-ci et ceci passe par la conclusion d'un accord international. Le Message CTPC précise lui aussi que le transfèrement des personnes suisses condamnées à l'étranger ne peut se faire que dans des cas très restreints sur la base du droit national[276]. Le transfèrement des personnes condamnées implique donc le plus souvent un traité international, bi- ou multilatéral, entre la Suisse et l'État de condamnation ou d'exécution.

La CTPC est, pour la Suisse, l'instrument principal en matière de 5
transfèrement des personnes condamnées[277]. Elle a été adoptée au début des années huitante, soit bien plus tard que les conventions d'extradition et d'entraide judiciaire (adoptées, elles, à la fin des années cinquante), et est ouverte à la ratification des États non-membres du Conseil de l'Europe (ci-après: CoE). Elle bénéficie d'ailleurs d'une large ratification par des États non-membres du CoE puisque 23 États non-membres l'ont ratifiée pour un total de 69 ratifications[278]. La Suisse l'a ratifiée le 1er mai 1988 et soutient les États non-membres du CoE qui souhaitent y adhérer[279]. La CTPC, du fait de sa large ratification, a acquis un statut particulier puisqu'il s'agit de l'instrument le plus ratifié sur le plan international en matière de transfèrement de personnes condamnées[280]. L'Organisation des États américains (OEA) a adopté la convention interaméricaine sur l'exécution des décisions rendues par les juridictions pénales étrangères[281]. Comme la CTPC, elle a été adoptée dans le cadre d'une organisation régionale mais elle est également ouverte à la ratification d'États non-membres de l'organisation. La Suisse n'y est cependant pas partie. Le nombre d'États qui a ratifié l'instrument de l'OEA est également plus restreint puisque 24 États l'ont ratifié[282]. La CTPC constitue donc le standard applicable en Suisse en matière de transfèrement.

---

276. Message CTPC 738 s.
277. BSK IRSG-Maeder, Art. 8*a* N. 2. Cf. en ce sens NU, Transfert de personnes condamnées, N. 20.
278. Liste complète disponible sur: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=112. Cf. en ce sens: FF 2001 4479 ss, 4481; FF 2002 4036, 4039; NU, Transfert de personnes condamnées, N. 20.
279. Cf. en ce sens: FF 2001 4479 ss, 4481.
280. NU, Transfert de personnes condamnées, N. 5.
281. Interamerican Convention on Serving Criminal Sentences Abroad, Managua, 09.06.1993, texte disponible sur: http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-57.html. Cf. NU, Transfert de personnes condamnées, N. 26.
282. Liste complète disponible sur: https://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-57.html.

6 D'autres instruments contiennent également des dispositions relatives au transfèrement. C'est le cas de la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée[283] qui prévoit, à son art. 17, que les États peuvent envisager de conclure des accord bi- ou multilatéraux à ce sujet, de la Convention des Nations Unies contre la corruption[284], à son art. 45, voire d'autres instruments internationaux dans leur champ d'application respectif. Les dispositions de ces instruments sont cependant peu détaillées et encouragent les États à conclure des traités bi- ou multilatéraux. La Convention de Ljubljana-La Haye pour la coopération internationale en matière d'enquête et de poursuite du crime de génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre et autres crimes internationaux, adoptée le 26 mai 2023 à Ljubljana, fait figure d'exception. Cette dernière, pas encore en vigueur, contient un chapitre détaillé sur le transfèrement de personnes condamnées (chapitre V, art. 66 ss). Ce chapitre est cependant largement inspiré des principes de la CTPC.

7 Comme mentionné ci-dessus, la Suisse incite généralement les États à adhérer à la CTPC. Cependant, pour les cas où l'État ne le fait pas, la seule possibilité de transférer un ressortissant suisse condamné à une longue peine privative de liberté à l'étranger est la négociation d'un accord bilatéral puisque les autorités suisses doivent en principe être liées par un traité avec chaque État avec lesquels un transfèrement est envisagé. Il en résulte que plusieurs accords de transfèrement ont dû être conclus[285].

II. GENÈSE

8 A la suite de la ratification de la CTPC, la Suisse a principalement effectué des transfèrements sur la base de cet instrument. Cependant, des considérations humanitaires ont amené la Suisse à conclure des accords bilatéraux avec certains États pour qui la ratification de la CTPC n'entrait pas en ligne de compte. C'est ainsi que la Suisse a conclu, en 1997, un traité de transfèrement avec la Thaïlande[286], puis en 2002, un traité avec le Maroc[287].

283. RS 0.311.54.
284. RS 0.311.56.
285. La liste complète est disponible sur: https://www.fedlex.admin.ch/fr/cc/international-law/0.34.
286. Traité entre la Suisse et le Royaume de Thaïlande sur le transfèrement des délinquants, RS 0.344.745.

Ces accords ont cependant nécessité l'approbation de l'Assemblée fédérale. La procédure parlementaire peut être longue, l'Assemblée fédérale devant être consultée pour chaque traité alors même que leur contenu est similaire et correspond aux standards de la CTPC. Or, le temps est important dans le cadre de l'adoption de ces traités puisqu'ils sont souvent négociés sur la base d'un cas concret, comme p.ex. une personne suisse condamnée à une longue peine privative de liberté dans un État dans lequel les conditions de détention ne correspondent pas forcément aux standards suisses. Le plus rapidement le traité entre en force, le plus rapidement la personne devrait pouvoir être transférée. 9

Dans le but de faciliter la procédure, et d'éviter d'impliquer l'Assemblée fédérale de manière répétitive afin d'accepter des textes similaires, sur le contenu desquels elle s'est déjà prononcée, l'art. 8*a* a été adopté[288]. Il permet au Conseil fédéral d'adopter seul des traités de transfèrement pour autant que ces traités s'inspirent de la CTPC[289]. Cet article a été soumis à l'Assemblée fédérale en parallèle de l'approbation du traité avec le Maroc. L'art. 8*a* EIMP est entré en vigueur le 1er novembre 2002. 10

III. CHAMP D'APPLICATION

L'art. 8*a* EIMP prévoit que le Conseil fédéral peut conclure seul des traités bilatéraux sur le transfèrement si ces traités s'inspirent de la CTPC. Il s'agit d'une délégation de compétence (A.) qui implique le respect de différentes conditions (B.). 11

A. Délégation de compétence

L'art. 8*a* EIMP est une norme de délégation de compétence[290]. En droit suisse, c'est en principe l'Assemblée fédérale qui est compétente pour approuver les traités internationaux (art. 166 al. 2 première partie Cst.)[291]. Cela 12

287. Convention entre la Suisse et le Royaume du Maroc sur le transfèrement des personnes condamnées, RS 0.344.549.
288. BSK IRSG-Maeder, Art. 8*a* N. 3.
289. Zimmermann N. 177.
290. BSK IRSG-Maeder, Art. 8*a* N. 3.
291. BSK IRSG-Maeder, Art. 8*a* N. 3; CR-Cst, Art. 166 N. 31; OK Cst-Protic, Art. 166 N. 27; RVOG-Sägesser, Art. 7*a* N. 16; SGK BV-Ehrenzeller, Thürer, Isliker, Art. 166 N. 49. Cf. également FF 2001 4479 ss, 4490.

découle du fait que les actes législatifs importants doivent être acceptés par le parlement et ancre le principe de légalité[292]. L'Assemblée fédérale peut cependant déléguer cette compétence au Conseil fédéral par une loi ou un traité (art. 166 al. 2 deuxième partie Cst)[293]. Cette possibilité de délégation de compétence est précisée à l'art. 7*a* LOGA. Elle doit reposer sur une loi ou un traité approuvé par l'Assemblée fédérale et être suffisamment délimitée et précise[294]. Elle est particulièrement courante si les traités sont p.ex. des traités techniques et similaires afin d'éviter une surcharge de travail de l'Assemblée fédérale[295]. Le Conseil fédéral peut alors conclure un traité mais seulement dans le cadre de cette délégation de compétence. Si le traité va plus loin que ce qui est permis par la délégation de compétence, l'approbation de l'Assemblée fédérale est nécessaire[296].

13 En matière de transfèrement de personnes condamnées, comme mentionné ci-dessus, la Suisse doit, en principe, disposer d'un traité pour transférer une personne condamnée. Si la Suisse encourage les États à rejoindre la CTPC, elle doit, avec ceux qui ne le font pas, conclure des accords bilatéraux. Cela peut mener à la conclusion d'un nombre élevé d'accords bilatéraux qui auront un contenu similaire à la CTPC. Afin de décharger l'Assemblée fédérale et faciliter l'adoption de tels traités, une modification de l'EIMP a été proposée. L'art. 8*a* EIMP a été ajouté[297].

B. Conditions

14 Comme prescrit par l'art. 166 al. 2 Cst et l'art. 7*a* LOGA, l'art. 8*a* EIMP constitue une norme de délégation de compétence. Plusieurs conditions doivent être remplies pour que le Conseil fédéral puisse conclure un accord sans l'approbation de l'Assemblée fédérale.

---

292. OK Cst-Protic, Art. 166 N. 27 et 38; SGK BV-Ehrenzeller, Thürer, Isliker, Art. 166 N. 60.
293. CR-Cst, Art. 166 N. 31; OFK-Biaggini, Art. 166 N. 13; OFJ, Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 6. Januar 2004 zuhanden der aussenpolitischen und staatspolitischen Kommissionen von National- und Ständerat, überarbeitet im Mai 2004, 1082; OK Cst-Protic, Art. 166 N. 27 et 37 ss; Peters/Petrig, p. 218 s; SGK BV-Ehrenzeller, Thürer, Isliker, Art. 166 N. 49. RVOG-Sägesser, Art. 7*a* N. 24. Cf. également FF 2001 4479 ss, 4490.
294. OK Cst-Protic, Art. 166 N. 39. OFK-Biaggini, Art. 166 N. 13; Peters/Petrig, p. 218 s; SGK BV-Ehrenzeller, Thürer, Isliker, Art. 166 N. 60. Cf. également FF 2001 4479 ss, 4490.
295. FF 2001 4479 ss, 4490. Cf. également CR-Cst, Art. 166 N. 41; BSK IRSG-Maeder, Art. 8*a* N. 3.
296. RVOG-Sägesser, Art. 7*a* N. 26.
297. Zimmermann N. 762 et FF 2001 4479 ss, 4490.

La première est que le traité visé par la présente disposition doit être un **traité bilatéral entre la Suisse et un autre État**. Les traités multilatéraux restent de la compétence de l'Assemblée fédérale et doivent être approuvés par cette dernière avant de pouvoir être ratifiés par le Conseil fédéral[298]. 15

La deuxième condition est que le traité traite du **transfèrement de personnes condamnées**[299]. Les autres matières réglées dans l'EIMP ne sont pas concernées par cette délégation de compétence. Ainsi, les traités traitant de l'entraide pénale internationale, de l'extradition ou de la délégation de poursuite pénale restent de la compétence de l'Assemblée fédérale. Les traités relatifs à l'exécution d'autres décisions pénales qui ne seraient pas des transfèrements de personnes condamnées, telles que l'exécution de sanctions financières par exemple, doivent également être approuvés par l'Assemblée fédérale[300]. 16

La troisième condition est que les traités que conclut le Conseil fédéral **s'inspirent des principes établis dans la CTPC**[301]. Comme mentionné ci-dessus, la CTPC a une valeur particulière en Suisse et sur la scène internationale puisqu'il s'agit d'un instrument qui bénéficie d'une large ratification et à laquelle la Suisse a adhéré il y a déjà de nombreuses années. De plus, la CTPC a fait l'objet d'une procédure parlementaire au cours de laquelle l'Assemblée fédérale a pu se prononcer sur son contenu et a accepté sa ratification. Ainsi, les principes qui se trouvent dans cette convention ont fait l'objet d'un processus démocratique en Suisse et font maintenant partie du droit suisse. Dans la mesure où l'Assemblée fédérale a déjà été consultée à leur égard, une nouvelle consultation à chaque traité qui reprend les principes de cet instrument peut être vue comme superflue. 17

Il faut cependant préciser que seuls les principes prévus dans la CTPC peuvent être repris dans des traités que le Conseil fédéral est habilité à conclure seul. Si le traité reprend des principes des protocoles additionnels à la CTPC, il devra être approuvé par l'Assemblée fédérale[302]. Ainsi, les traités bilatéraux qui prévoient un transfèrement « forcé », soit un transfèrement sans le consentement de la personne condamnée, comme cela est prévu par le 18

298. BSK IRSG-Maeder, Art. 8*a* N. 6.
299. BSK IRSG-Maeder, Art. 8*a* N. 9.
300. BSK IRSG-Maeder, Art. 8*a* N. 9
301. BSK IRSG-Maeder, Art. 8*a* N. 10
302. BSK IRSG-Maeder, Art. 8*a* N. 12; CR-EIMP, art. 8*a a contrario*.

Protocole additionnel à la CTPC, doivent être soumis à l'Assemblée fédérale[303]. C'est le cas du traité avec le Kosovo qui a été conclu en 2012 et approuvé par l'Assemblée fédérale en 2013[304].

19 Finalement, le message précise encore **que le traité ne doit pas être sujet au référendum facultatif**[305]. Les traités de transfèrement de personnes condamnées adoptés avant cette délégation de compétence n'étaient pas soumis au référendum (ni le traité avec la Thaïlande[306] ni celui avec le Maroc[307] n'ont été soumis au référendum, ni même d'ailleurs la CTPC[308]). Cependant, ces traités ont été approuvés avant la modification de l'art. 141 Cst et l'ajout du par. 3 à la lettre d. qui prévoit que les traités qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit doivent être soumis au référendum. Sont réputées fixant des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences (art. 22 al. 4 LParl). De plus, l'Assemblée fédérale semble interpréter cette règle de manière restrictive et imposer le référendum même si des traités sont similaires en termes de contenu[309]. Les traités de transfèrement qui ont été adoptés après la modification constitutionnelle seraient, à notre sens, soumis au référendum facultatif. C'est le cas du traité entre la Suisse et le Kosovo qui a été soumis à un tel référendum[310].

20 Nous sommes cependant d'avis que cette condition ne devrait pas être mentionnée puisqu'elle n'en est pas une à proprement parler[311]. En effet, le référendum facultatif ne peut être demandé que pour des actes qui sont approuvés par l'Assemblée fédérale[312], or le but même de la délégation prévue

303. BSK IRSG-Maeder, Art. 8*a* N. 11 s.
304. Traité entre la Confédération suisse et la République du Kosovo sur le transfèrement des personnes condamnées, RS 0.344.475. Cf. en ce sens BSK IRSG-Maeder, Art. 8*a* N. 11.
305. FF 2001 4479 ss, 4491. Cf. également BSK IRSG-Maeder, Art. 8*a* N. 7.
306. RO 2002 1796.
307. RO 2003 1184.
308. RO 1988 759.
309. SGK BV-Ehrenzeller, Nobs, Diggelmann, Art. 141 N. 42; CR-Cst, Art. 141 N. 58.
310. RO 2014 1005.
311. En ce sens également, OFK-Biaggini, Art. 141 N. 15; Gonin N. 1773; OFJ, Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 6. Januar 2004 zuhanden der aussenpolitischen und staatspolitischen Kommissionen von National- und Ständerat, überarbeitet im Mai 2004, 1083.
312. CR-Cst, Art. 141 N 48; OFK-Biaggini, Art. 141 N. 15.

à l'art. 8*a* est que les traités qui entrent dans le champ d'application de cette délégation de compétence ne soient pas approuvés par l'Assemblée fédérale. Ils ne seront donc pas soumis au référendum facultatif en raison même de l'art. 8*a* EIMP[313].

C. Pratique

21 À la suite de l'entrée en vigueur de l'art. 8*a* EIMP, la Suisse a conclu plusieurs traités bilatéraux en faisant usage de cette délégation de compétence. Ainsi, des accords ont été conclus avec le Pérou[314], le Paraguay[315], la République Dominicaine[316], Cuba[317], le Brésil[318] et la Barbade[319]. Ces accords, dans la mesure où ils sont inspirés des principes de la CTPC, ont été conclus directement par le Conseil fédéral sans être soumis à l'Assemblée fédérale.

22 Au contraire, le traité avec le Kosovo, comme mentionné ci-dessus, prévoit le transfèrement sans consentement de la personne concernée. Il va plus loin que la CTPC puisqu'il reprend des normes contenues dans le Protocole additionnel à la CTPC. Il a donc été approuvé par l'Assemblée fédérale puisqu'il sort du cadre de la délégation de compétence.

L'avis exprimé reflète l'opinion personnelle de l'auteur et n'engage pas l'Office fédéral de la justice.

BIBLIOGRAPHIE

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, 2e éd., Zurich 2017.

313. OFJ, Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 6. Januar 2004 zuhanden der aussenpolitischen und staatspolitischen Kommissionen von National- und Ständerat, überarbeitet im Mai 2004, 1083.
314. Convention sur le transfèrement des personnes condamnées entre la Suisse et la République du Pérou, RS 0.344.641.
315. Convention sur le transfèrement des personnes condamnées entre la Suisse et la République du Paraguay, RS 0.344.632.
316. Convention sur le transfèrement des personnes condamnées entre la Suisse et la République dominicaine, RS 0.344.318.
317. Convention entre la Confédération suisse et la République de Cuba sur le transfèrement des personnes condamnées, RS 0.344.294.
318. Traité entre la Confédération suisse et la République fédérative du Brésil sur le transfèrement des personnes condamnées, RS 0.344.198.
319. Accord de réciprocité entre la Suisse et la Barbade concernant la coopération en matière de transfèrement des personnes condamnées (sous forme d'un Echange de notes), RS 0.344.168.

Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter, Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 4e éd., Zurich 2023.

Gonin Luc, Droit constitutionnel suisse, Genève/Zurich 2021.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale – Précis de droit suisse, Bâle 2018.

Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Commentaire romand, Bâle 2021.

Moreillon Laurent (édit.), Entraide internationale en matière pénale, Commentaire romand, Bâle 2004.

Nations Unies, Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, Transfert des personnes condamnées (article 17 de la Convention contre la criminalité organisée) – Document d'information établi par le Secrétariat, CTOC/COP/WG.3/2022/2 [NU, Transfert de personnes condamnées].

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015.

OFJ, Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 6. Januar 2004 zuhanden der aussenpolitischen und staatspolitischen Kommissionen von National- und Ständerat, überarbeitet im Mai 2004, JAAC 2004 83 1077.

Peters Anne/Petrig Anna, Völkerrecht - Allgemeiner Teil, 6e éd., Zurich 2023.

Protic Jelena, Commentaire de l'art. 166 Cst, in: Stefan Schlegel / Odile Ammann (édit.), Onlinekommentar de la Constitution fédérale - version: 31.01.2023: https://onlinekommentar.ch/fr/kommentare/bv166 (visité le 16.04.2023).

Sägesser Thomas, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, Berne 2022.

Unseld Lea, Internationale Rechtshilfe im Steuerrecht – akzessorische Rechtshilfe, Auslieferung und Vollstreckungshilfe bei Fiskaldelikten, Zurich 2011.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne 2019.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 11b EIMP

Un commentaire de Elif Askin

PROPOSITION DE CITATION

Elif Askin, Commentaire de l'art. 11b EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Askin, art. 11b EIMP N. XXX.

Chapitre 1*b* Protection des données personnelles

Art. 11*b* Droit d'accès dans le cadre d'une procédure pendante

[1] Tant que la procédure d'entraide judiciaire est pendante, la personne visée par une demande de coopération internationale en matière pénale peut accéder aux données personnelles qui la concernent ainsi qu'aux informations suivantes:

a. la finalité et la base juridique du traitement;

b. la durée de conservation des données personnelles ou, si cela n'est pas possible, les critères pour déterminer cette durée;

c. les destinataires ou les catégories de destinataires;

d. les informations disponibles sur l'origine des données personnelles;

e. les informations nécessaires pour faire valoir ses droits.

2 L'autorité compétente peut refuser, restreindre ou différer la communication des renseignements pour les motifs prévus à l'art. 80*b*, al. 2, ou si l'une des conditions suivantes est remplie:

a. la protection d'intérêts prépondérants d'un tiers l'exige;

b. un intérêt public prépondérant, en particulier la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse l'exige;

c. l'information de la personne concernée est susceptible de compromettre une enquête, une procédure d'instruction, une procédure judiciaire ou une procédure de coopération internationale en matière pénale.

TABLE DES MATIÈRES

I. Historique 92
II. Importance de la norme 92
III. Champ d'application de l'art. 11b EIMP 93
A. Champ d'application du droit d'accès (art. 11b al. 1 EIMP) 93
B. Destinataires du droit d'accès 94
C. Restrictions (art. 11b al. 2 EIMP) 96
Bibliographie 98
Matériaux 99

I. HISTORIQUE

1 Le 1er mars 2019, l'article *11b* est entré en vigueur dans le cadre du chapitre *1b* nouvellement introduit dans la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP). Cette disposition vise à garantir la protection des données à caractère personnel dans les procédures d'entraide judiciaire en cours en consacrant un droit d'accès.

2 La disposition a été introduite dans le cadre de la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) et met en œuvre les exigences de la directive européenne 2016/680 . En transposant la directive européenne 2016/680 et en introduisant l'article *11b* dans l'EIMP, la Confédération fait usage de sa compétence législative, puisque la coopération interétatique en matière pénale est régie par le droit fédéral.

II. IMPORTANCE DE LA NORME

3 La LPD n'est pas applicable à la procédure d'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Le traitement de données personnelles dans le cadre de ces procédures d'entraide judiciaire relève du champ d'application de l'instrument européen. L'art. *11b* EIMP règle le droit d'accès dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire en cours et met ainsi en œuvre les exigences des art. 14 et 18 de la directive européenne 2016/680, qui sont également pertinentes pour la Suisse en raison de la coopération Schengen.

4 L'art. *11b* EIMP est un droit d'accès particulier dans le cadre de procédures d'entraide judiciaire pendantes, qui prime sur d'autres dispositions de droit procédural. Est notamment exclue l'application des dispositions du Code de procédure pénale suisse (CPP) relatives au traitement des données.

5 L'application de l'article *11b* EIMP n'est pas limitée aux autorités fédérales telles que le Ministère public de la Confédération ou l'Office fédéral de la justice. La disposition s'applique à toutes les autorités, y compris les autorités cantonales, qui sont impliquées dans le soutien des procédures d'entraide judiciaire ou qui statuent sur des demandes d'entraide judiciaire étrangères.

III. CHAMP D'APPLICATION DE L'ART. *11B* EIMP

A. Champ d'application du droit d'accès (art. *11b* al. 1 EIMP)

L'art. *11b* EIMP vise en principe à concilier les droits procéduraux et la protection des données. Cette disposition tient notamment compte de la nécessité de disposer de règles particulières en matière de protection des données pour protéger les données personnelles pendant une procédure d'entraide judiciaire en cours. Le droit d'accès prévu à l'article *11b* EIMP permet aux personnes requérantes d'obtenir la transparence quant au traitement de leurs données personnelles par les autorités. 6

Cette disposition accorde à une personne faisant l'objet d'une demande de coopération interétatique en matière pénale le droit d'accéder à ses données à caractère personnel et aux informations énumérées à l'art. *11b* al. 1 let. a-e EIMP. Parallèlement, les autorités compétentes qui traitent des données personnelles dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire sont soumises à des obligations d'information correspondantes. 7

La personne concernée a donc le droit d'accéder aux données personnelles la concernant. Selon l'art. 5 let. a LPD, il s'agit de "toutes les indications qui se rapportent à une personne physique identifiée ou identifiable" et de toutes les informations énumérées de manière exhaustive à l'art. *11b* al. 1 let. a-e EIMP. 8

Conformément à l'art. *11b* al. 1 EIMP, la personne concernée a le droit d'obtenir des informations sur le traitement de ses données personnelles. Cela implique tout d'abord le droit de connaître la finalité et la base juridique du traitement. Le traitement des données comprend toutes les opérations relatives aux données personnelles, quels que soient les moyens et procédures utilisés, notamment la collecte, l'enregistrement, la conservation, l'utilisation, la modification, la communication, l'archivage, l'effacement ou la destruction des données. La personne concernée a également le droit de connaître la durée de conservation de ses données ou, si cela n'est pas possible, au moins les critères utilisés pour déterminer cette durée. En outre, l'autorité compétente peut lui fournir des informations sur les destinataires ou les catégories de destinataires de ses données à caractère personnel ainsi que sur les informations disponibles sur l'origine de ces données. Enfin, la personne concernée a le droit d'accéder aux informations nécessaires à l'exercice effectif de ses droits. Cela signifie notamment que l'autorité 9

compétente doit informer la personne concernée que ses droits en matière de protection des données sont évalués dans le cadre de la procédure d'entraide judiciaire en cours et qu'ils sont soumis aux mêmes voies de recours.

10 Une personne faisant l'objet d'une demande de coopération interétatique en matière pénale peut, conformément à l'article *11d* EIMP, s'opposer au traitement illicite de ses données personnelles. Elle peut exiger des autorités compétentes que les données personnelles traitées illégalement soient rectifiées ou effacées conformément aux dispositions de l'EIMP. L'effacement des données personnelles est toutefois soumis à des exceptions, conformément à l'art. 11d al. 2 EIMP. Ainsi, dans certains cas, les données personnelles ne peuvent pas être effacées, mais seulement "limitées" dans leur traitement. Cela signifie que les données ne sont pas complètement effacées, mais que leur accès et leur traitement sont limités.

B. Destinataires du droit d'accès

11 Conformément à l'art. *11b* al. 1 EIMP, le droit d'accès se distingue de celui prévu aux art. 14 et 16 de la directive européenne 2016/680 en ce que seule la "personne faisant l'objet d'une demande de coopération interétatique", et non la "personne concernée", est autorisée à obtenir des informations.

12 Contrairement à la disposition de l'article 11b al. 1 EIMP, la Directive UE 2016/680 part du principe que le traitement de données à caractère personnel dans le cadre de la procédure d'entraide judiciaire concerne potentiellement différentes catégories de personnes susceptibles de bénéficier du droit d'accès. En conséquence, la directive européenne 2016/680 prévoit que toutes les personnes "concernées" ont un droit d'accès, notamment les suspects, les criminels condamnés, les victimes ainsi que d'autres parties telles que les témoins, les personnes disposant d'informations pertinentes ou les personnes en contact ou associées aux suspects ou aux criminels condamnés.

13 Il ressort toutefois de l'article *11b* EIMP que seules les personnes faisant l'objet d'une demande d'entraide judiciaire sont autorisées à fournir des informations. Cela montre que le législateur suisse a manifestement voulu limiter le cercle des ayants droit aux renseignements - comme pour la qualité pour recourir dans l'EIMP - à un cercle étroitement défini d'ayants droit, contrairement aux prescriptions de la directive européenne 2016/680.

La règle de l'article *11b* al. 1 EIMP, selon laquelle le droit d'accès n'est accordé qu'aux personnes contre lesquelles la demande d'entraide est dirigée, est également en contradiction avec d'autres dispositions de l'EIMP relatives à la protection des données. Elle est notamment contraire à la règle d'autorisation de l'article *11h* al. 2 let. a EIMP, adoptée en application de l'article 6 de la directive européenne 2016/680. Cette disposition exige que les autorités compétentes fassent une distinction entre les différentes catégories de personnes lors du traitement des données personnelles. 14

Par rapport à la procédure pénale nationale, le droit d'accès prévu à l'article *11b* EIMP est également appliqué de manière plus restrictive. En vertu de l'article 97 du CPP, non seulement les "parties" à une procédure pénale pendante, mais aussi les "autres participants à la procédure" ont le droit d'accéder aux données personnelles les concernant. Parmi ces parties à la procédure figurent les personnes lésées, les personnes qui portent plainte, les témoins, les personnes appelées à fournir des renseignements, les experts ou les tiers lésés par des actes de procédure. Inversement, les personnes qui n'appartiennent à aucune de ces catégories n'ont pas le droit d'accès prévu à l'article 97 CPP, même si leurs données personnelles sont traitées dans le cadre d'une procédure pénale en cours. 15

Du point de vue des droits fondamentaux et des droits de l'homme, la réglementation restrictive des ayants droit selon l'art. 11b*EIMP* a pour conséquence que les personnes concernées, dont les droits sont touchés selon l'art. 13 al. 2 Cst. et l'art. 8 CEDH, se voient refuser le droit d'accès dans une procédure d'entraide judiciaire. Par exemple, les témoins ou les tiers lésés par les audiences de la procédure n'ont pas de droit d'accès en vertu de l'article 11b*al.* 1 EIMP, même si leurs données personnelles figurent dans le dossier de la procédure. Bien que l'article 8 al. 1 CEDH ne prévoie pas expressément un droit d'accès pour les individus, l'absence de protection juridique dans le domaine de la protection des données peut conduire à une violation du droit à un recours effectif selon l'article 13 CEDH. 16

Le droit d'accès dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire pendante selon l'article 11b EIMP est donc plus restrictif que dans les dispositions suisses et de l'Union pertinentes. Cela est en contradiction avec l'objectif et le but de l'article *11b* EIMP, qui doit être interprété comme une disposition de protection des données au sens de la directive européenne 2016/680. La doctrine est donc d'avis de renoncer à une interprétation trop étroite et de 17

permettre aux personnes concernées par des procédures d'entraide judiciaire en cours d'accéder aux données personnelles les concernant. Le Tribunal fédéral a également indiqué, dans un arrêt relatif à la transmission de documents établis par un avocat, qu'il pouvait y avoir des exceptions en lien avec les dispositions relatives à la protection des données personnelles (art. *11b* et suivants EIMP).

C. Restrictions (art. *11b* al. 2 EIMP)

18 Le droit d'accès prévu à l'art. *11b* al. 1 EIMP n'est pas absolu. Les motifs possibles de limitation du droit d'accès sont définis de manière large dans la disposition. En vertu de l'art. *11b* al. 2 EIMP, l'autorité compétente peut refuser, restreindre ou différer l'information s'il existe des motifs au sens de l'art. *80b* al. 2 EIMP ou si l'une des conditions de l'art. *11b* al. 2 let. a-c EIMP est remplie.

19 Conformément à l'art. 11b al. 2 let. a-c EIMP, le droit d'accès des personnes concernées peut être limité si des intérêts prépondérants de tiers (let. a) ou des intérêts publics prépondérants, notamment en ce qui concerne la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse (let. b), l'exigent. En outre, le droit d'accès peut être limité si la communication de données personnelles risque de compromettre une enquête, une instruction, une procédure judiciaire ou une procédure d'entraide judiciaire internationale (let. c).

20 L'énumération de l'art. *11b* al. 2 EIMP n'est pas exhaustive. L'autorité peut, au cas par cas, se fonder sur d'autres motifs pour restreindre le droit d'accès dans une procédure d'entraide judiciaire en cours.

21 En plus des motifs de limitation mentionnés à l'art. *11b* al. 2 let. a-c EIMP, les motifs énumérés à l'art. *80b* al. 2 let. a-e EIMP s'appliquent également au droit d'accès. Selon cette disposition, le droit d'accès peut être limité si cela est dans l'intérêt d'une procédure étrangère (let. a). Cela concerne notamment les cas où il y a un risque de collusion et où il existe des indices que les personnes autorisées à fournir des renseignements en vertu de l'art. *11b* EIMP pourraient avoir indirectement accès aux moyens de preuve de la procédure d'entraide judiciaire et que l'intégrité de la procédure pénale étrangère serait ainsi menacée. La protection d'un intérêt juridique essentiel, si l'État requérant l'exige (let. b), ainsi que la nature ou l'urgence de la mesure à prendre (let. c) peuvent également conduire à une limitation du droit d'accès.

Cela concerne surtout les cas de mesures provisoires dans lesquels le droit d'accès ne peut être accordé qu'après que de telles mesures ont été ordonnées, par exemple pour préserver des moyens de preuve comme le blocage d'un compte bancaire. Une restriction est également possible pour protéger des intérêts privés essentiels (let. d), comme notamment des intérêts privés au secret ou pour protéger la sécurité de personnes (par exemple l'intégrité psychique). Enfin, il peut être indiqué, dans certaines circonstances, de ne pas fournir d'informations aux personnes concernées lorsqu'une procédure parallèle est en cours en Suisse et que la communication de données personnelles compromettrait les preuves de la procédure d'entraide judiciaire (let. e).

Les motifs de restriction prévus à l'art. 80b *al.* 2 et à l'art. *11b* al. 2 EIMP peuvent se recouper partiellement. Toutefois, la décision de l'autorité compétente de refuser, de restreindre ou de différer la communication d'informations doit être motivée. Cette motivation doit toutefois être donnée de manière à ce que les informations refusées ne soient pas divulguées. 22

Une autre limitation du droit d'accès en vertu de l'article *11b* EIMP découle du champ d'application général de l'EIMP. L'EIMP, y compris l'art. *11b* EIMP, ne s'applique pas aux procédures d'entraide judiciaire en matière pénale lorsque la Suisse est liée à l'Etat requérant par un traité international d'entraide judiciaire en matière pénale. 23

Ainsi, dans un cas concret de procédure d'entraide judiciaire en matière pénale dans laquelle la Suisse et l'Ukraine étaient liées par un traité d'Etat en vertu de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ), le Tribunal pénal fédéral a estimé que la disposition relative à la protection des données - en l'occurrence l'art. *11f* EIMP - n'était pas applicable à l'égard des Etats qui garantissent un niveau de protection des données adéquat. Le droit d'accès selon l'art. *11b* EIMP (tout comme l'art. *11f* EIMP) a donc un caractère subsidiaire, indépendamment du fait qu'il soit invoqué par une personne directement concernée par une demande d'entraide judiciaire ou par un tiers non directement concerné. 24

Une exclusion du droit d'accès sur la base d'un traité international n'est toutefois possible que si le niveau de protection de l'accord international d'entraide judiciaire en ce qui concerne le droit d'accès est équivalent à celui de l'EIMP. Cela découle également du principe de faveur, selon lequel le droit 25

national ne peut pas prévoir de conditions plus restrictives que le droit conventionnel. Dans le cas contraire, les normes de protection des données de l'article *11b* EIMP devraient s'appliquer malgré l'existence d'un traité d'entraide judiciaire spécifique entre la Suisse et l'Etat requérant.

BIBLIOGRAPHIE

Drechsler Christian, Kommentierung zu Art. 2 DSG, in: Vasella David/Blechta Gabor P. (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, 4. Aufl., Basel 2024.

Fiolka Gerhard, Kommentierung zu Art. 97 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2011.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., Zürich 2021.

Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander, Kommentierung zu Art. 80b, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 11b IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (Hrsg), Petit commentaire loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, Basel 2024.

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, Protection des données et coopération internationale, AJP 2021, S. 998.

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, Qualité pour recourir de certaines entités particulières en entraide pénale internationale: hoirie, société dissoute et liquidée et trust, AJP 2022, S. 146.

Ludwiczak Glassey Maria/Wahl Thomas, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2021), SRIEL 2022, S. 451.

Meyer Frank, Kommentierung zu Art. 8 EMRK, in: Wolter Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band X, 5. Aufl., Köln 2018.

Stelzer-Więckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich 2022.

MATÉRIAUX

Botschaft vom 21.12.2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085, abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/124/de (zuletzt besucht am 1.7.2024).

EJPD, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, 21.12.2016, abrufbar unter: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/75576.pdf (zuletzt besucht am 1.7.2024).

Botschaft vom 15.9.2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de (zuletzt besucht am 1.7.2024).

COMMENTAIRE

Art. 16 EIMP

Un commentaire de Lisa Harrison

PROPOSITION DE CITATION

Lisa Harrison, Commentaire de l'art. 16 EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Harrison, art. 16 EIMP N. XXX.

Chapitre 3 Procédure en Suisse

Section 1 Autorités et attributions

Art. 16 Autorités cantonales

[1] Les cantons collaborent à l'exécution de la procédure d'extradition. Sauf disposition contraire du droit fédéral, il leur incombe d'exécuter les demandes concernant les autres actes d'entraide, ainsi que d'assumer la poursuite pénale par délégation et l'exécution de décisions. Ils sont placés sous la surveillance de la Confédération lorsque la présente loi est applicable.

[2] ...

TABLE DES MATIÈRES

I. Aperçu historique général de l'origine de la norme 103
II. Modification de la norme 104
III. L'article dans son contexte 104
IV. Commentaire de l'article 106
A. Généralités 106
B. Répartition des compétences entre l'OFJ et les autorités cantonales et fédérales 107
1. En matière d'extradition 107
a. Les demandes d'extradition étrangères 107
b. Les demandes d'extradition suisses 107
2. Les autres cas d'entraide 108
3. La délégation de la poursuite pénale 111
a. À la Suisse 111
b. À l'État étranger 111
4. L'exécution de décisions pénales étrangères 112
a. Par la Suisse 112
b. Par un État étranger 113
Lectures complémentaires 113
Bibliographie 113

I. APERÇU HISTORIQUE GÉNÉRAL DE L'ORIGINE DE LA NORME

Avant l'entrée en vigueur de l'EIMP, la procédure d'extradition permettait, suivant la nature des allégués, soit à l'administration, soit au Tribunal fédéral de statuer[320]. Il n'existait aucune réglementation pour les autres types de coopération pénale, soit les autres actes d'entraide (appelée également « petite » entraide ou entraide « accessoire »), la délégation de la poursuite pénale et de la répression d'une infraction et l'exécution de décisions pénales étrangères[321]. 1

Dans la pratique, la répartition des compétences dépendait de la nature juridique des questions à trancher : les autorités cantonales, habilitées par les codes de procédure cantonaux, tranchaient les questions de l'application et la portée des prescriptions de procédure et, en général, la Division de la police statuait sur les questions relatives aux relations internationales, aux conditions et aux restrictions de l'entraide[322]. De plus, la Division de la police pouvait attaquer les décisions des autorités cantonales par le biais d'une dénonciation adressée à l'autorité fédérale de surveillance. Les décisions de la Division de la police pouvaient, quant à elles, être attaquées par le biais d'un recours administratif[323]. 2

Comme cela ressort du Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'une loi sur l'entraide internationale en matière pénale et d'un arrêté fédéral sur les réserves relatives à la convention européenne d'extradition du 8 mars 1976 (ci-après: « le Message du Conseil fédéral du 8 mars 1976 »), cette répartition des compétences n'était pas satisfaisante : il était en effet possible que, dans la même affaire, tant le Conseil fédéral que le Tribunal fédéral soient compétents pour rendre une décision. En outre, dans les autres actes d'entraide, la compétence n'était pas claire, ce qui créait le risque que, si la première autorité saisie était incompétente, le recours soit ensuite rejeté par 3

320. Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'une loi sur l'entraide internationale en matière pénale et d'un arrêté fédéral sur les réserves relatives à la convention européenne d'extradition du 8 mars 1976, FF 1976 II 430 ss, 443.
321. FF 1976 II 430 ss, 443.
322. FF 1976 II 430 ss, 443.
323. FF 1976 II 430 ss, 443.

l'autre autorité pour dépôt tardif[324]. L'opinion publique s'intéressant par ailleurs de plus en plus à certaines problématiques de l'entraide judiciaire internationale – notamment la protection du domaine secret –, les cas de recours augmentaient. Il s'imposait de mettre en place « *une réglementation uniforme et judicieuse pour tous les modes de collaboration* » [325]. Le Conseil fédéral décidait alors que l'article 12 EIMP, devenu par la suite l'article 16, octroierait une compétence à l'administration fédérale pour l'exécution de la procédure d'extradition[326]. S'agissant des autres cas d'entraide, leur exécution était confiée aux cantons pour des motifs d'opportunités – la Confédération ne disposait d'organes idoines que dans des cas spéciaux – et pour autant qu'une autorité fédérale n'était pas compétente[327].

4 Il est intéressant de noter que cet article, tout comme l'article 17 EIMP, s'inspirait, dans une large mesure, de l'article 3 de la Loi fédérale relative au traité conclu avec les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale du 3 octobre 1975[328] (ci-après: LTEJUS)[329].

II. MODIFICATION DE LA NORME

5 La seule modification de cet article, depuis l'entrée en vigueur de l'EIMP le 1er janvier 1983, concernait son alinéa 2, abrogé le 13 juin 2008 avec effet au 1er janvier 2011, ensuite de l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005[330]. En effet, l'article 54 CPP a rendu obsolète cet alinéa en prévoyant que, lorsqu'un canton est saisi d'une demande d'entraide judiciaire internationale, le ministère public du canton concerné est compétent pour l'exécution des tâches qui en découlent[331].

III. L'ARTICLE DANS SON CONTEXTE

6 L'article 16 EIMP se situe dans la première partie de la loi, plus précisément au chapitre 3 qui règle la procédure en Suisse et renferme les prescriptions

324. FF 1976 II 430 ss, 443.
325. FF 1976 II 430 ss, 443.
326. FF 1976 II 430 ss, 466.
327. FF 1976 II 430 ss, 466.
328. RS 351.93.
329. FF 1976 II 430 ss, 466.
330. Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 1057 ss, 1327.

qui découlent de la nature juridique spéciale de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale.

Dans cette première partie de la loi, on trouve les dispositions générales de la loi. Le chapitre 1 détermine le champ d'application de la loi (l'objet et les limites de la coopération, l'irrecevabilité de la demande, les dispositions spéciales, le système de gestion de personnes, de dossiers et d'affaires, la protection des données personnelles), le chapitre 2 concerne le droit applicable, le chapitre 3 vise à légiférer sur la procédure en Suisse (les autorités et attributions, ce qui nous intéresse ici, et la protection juridique) alors que le chapitre 4 vise la procédure entre États. 7

Le chapitre 3, qui contient deux sections, décrit les autorités compétentes en Suisse pour l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, cite leurs attributions (section 1), et prévoit la protection juridique pour la personne poursuivie et les autres personnes concernées par une mesure d'entraide ou le lésé qui assiste à des investigations (section 2). 8

L'article 16 EIMP, qui concerne les autorités cantonales, précède l'article 17 qui prévoit les compétences des autorités fédérales. On comprend de cette systématique que la procédure d'entraide judiciaire ordinaire est du ressort, en première ligne, des autorités cantonales. 9

Pour la procédure d'extradition, la compétence des autorités cantonales est toutefois collaborative, l'OFJ traitant celles-ci d'une façon exclusive avant de les transmettre, pour exécution, aux autorités cantonales compétentes. 10

Pour la petite entraide, la poursuite pénale par délégation et l'exécution des décisions, les autorités cantonales sont compétentes, sous la surveillance de la Confédération lorsque l'EIMP est applicable. La compétence cantonale est donc prévue *ab initio* pour les autres actes d'entraide. L'OFJ a une compétence résiduelle, notamment pour les demandes tendant à obtenir une garantie de réciprocité (art. 17 al. 3 EIMP) ou lorsqu'un traité conclu par la Suisse institue la compétence de l'OFJ en qualité d'autorité centrale, ce qui est le cas avec les États-Unis d'Amérique (art. 28 du Traité entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale conclu le 25 mai 1973[332]) et – pour les demandes d'entraide judiciaire relatives 11

331. FF 2006 1057 ss, 1327.
332. RS 0.351.933.6.

à des cas de crime organisé, de corruption et d'autres crimes graves – l'Italie (art. XVIII de l'Accord entre la Suisse et l'Italie en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 et d'en faciliter l'application conclu le 10 septembre 1998[333]). L'OFJ a également une fonction opérationnelle en cas d'urgence, où il est compétent pour ordonner des mesures provisionnelles (art. 18 al. 2 EIMP).

IV. COMMENTAIRE DE L'ARTICLE

A. Généralités

12 L'article 16 alinéa 1 première phrase EIMP prévoit, conformément à l'article 17 alinéa 2 EIMP, que les autorités cantonales collaborent à l'exécution de la procédure d'extradition pour laquelle l'OFJ est compétent[334]. On comprend donc que l'OFJ est l'autorité compétente pour les demandes d'extradition. En soutien à cette compétence fédérale, les autorités cantonales exécutent les mesures ordonnées par l'OFJ[335]. Ces mesures sont alors considérées comme étant prises en exécution du droit fédéral applicable[336]. Notamment, les autorités cantonales sont – sur ordre de l'OFJ – en charge de détenir la personne visée par la demande d'extradition, procéder aux auditions et potentiellement, au terme de la procédure d'extradition, d'exécuter la remise de la personne concernée à l'État requérant[337].

13 L'article 16 alinéa 1 deuxième phrase EIMP octroie la compétence primaire des autorités cantonales pour l'exécution des demandes concernant les autres actes d'entraide. L'OFJ a alors une fonction de délégation et coordination vis-à-vis des autorités cantonales. Dans certains cas toutefois, lorsqu'un traité bilatéral le prévoit, l'OFJ se voit accorder une compétence primaire pour exécuter des demandes d'entraide (cf. chapitre IV B 2 *infra*).

14 L'article 16 alinéa 1 troisième phrase EIMP rappelle que les cantons sont placés sous la surveillance de la Confédération lorsque cette loi est applicable.

333. RS 0.351.945.41.
334. Hurtado Pozo, note de bas de page 154.
335. Chatelain, p. 181.
336. ATF 119 1b 56, cons. 3b.
337. Chatelain, p. 181.

L'OFJ est ainsi chargé de surveiller l'application de l'EIMP et dispose, de ce fait, d'un droit d'attaquer les décisions cantonales et fédérales (art. 25 EIMP).

Comme indiqué préalablement (cf. chapitre II *supra*), l'article 16 alinéa 2 EIMP a été abrogé le 1er janvier 2011 ensuite de l'entrée en vigueur de l'article 54 alinéa 1 CPP rendant obsolète cet alinéa. 15

B. Répartition des compétences entre l'OFJ et les autorités cantonales et fédérales

1. En matière d'extradition

a. Les demandes d'extradition étrangères

L'OFJ est compétent pour recevoir les demandes d'extradition, soit la remise à l'État requérant – aux fins de poursuite pénale ou d'exécution d'une sanction privative de liberté – de personnes à l'État qui a le droit de connaître de l'infraction et qui demande l'extradition (art. 32 EIMP). 16

L'OFJ décide s'il peut entrer en matière sur la demande et à quelles conditions (art. 43 EIMP), confie aux autorités cantonales ou fédérales les éventuelles mesures à prendre (art. 44 ss EIMP) et statue, en première instance, sur l'extradition (art. 55 EIMP). 17

Les cantons assistent cette autorité dans l'exécution de la demande d'extradition, en exécutant les mesures provisoires (art. 44ss EIMP), en procédant aux arrestations et saisies (art. 47 ss EIMP) et en accordant le droit d'être entendu à la personne poursuivie (art. 52 ss EIMP). On peut ainsi qualifier d'opérationnelle la compétence des cantons, l'OFJ ne disposant pas des moyens nécessaires pour exécuter lui-même les demandes d'extradition[338]. 18

b. Les demandes d'extradition suisses

L'OFJ présente les demandes de recherche émises par la Suisse sur requête d'une autorité cantonale ou fédérale de poursuite pénale ou d'exécution des peines et les transmet par le biais du Système d'information Schengen (SIS) ou l'intermédiaire d'Interpol (art. 30 al. 2 EIMP). Lorsque le lieu de séjour de la 19

338. BSK-Bühlmann, Art. 16 IRSG N. 25.

personne est connu ou présumé, l'OFJ adresse directement la demande de recherche à l'état de séjour.

20 Une fois la personne recherchée arrêtée, l'OFJ présente la demande formelle d'extradition, qui contient, selon les dispositions conventionnelles, des indications sur la personne recherchée, un mandat d'arrêt ou un jugement entré en force et exécutoire, les dispositions pénales applicables, les éventuels moyens de preuve (une exigence, en général, pour les demandes adressées à des États dits de *Common Law*) et, si nécessaire, une traduction des documents, à l'État requis dans le délai prévu.

21 L'OFJ peut notamment refuser de transmettre une demande d'extradition si l'importance de l'infraction ne justifie pas la procédure (art. 30 al. 4 EIMP). L'autorité cantonale peut alors recourir contre la décision de l'OFJ de ne pas présenter une demande (art. 25 al. 3 2e phr. EIMP).

2. Les autres cas d'entraide

22 Pour les autres cas d'entraide, la procédure est de la compétence, en première ligne, des autorités cantonales, qui procèdent à un examen préliminaire de la demande (art. 80 EIMP) et l'exécutent (art. 80*a* ss EIMP). À noter que les dispositions de l'EIMP restent applicables lorsque la Suisse est liée avec l'État requérant par un traité d'entraide, sauf si le traité contient des dispositions spécifiques qui primeraient sur celles de l'EIMP (par exemple, l'art. 9 2e P.A. CEEJ qui régit l'audition par vidéoconférence).

23 Lorsqu'un accord international, bilatéral ou multilatéral, permet aux autorités judiciaires de l'État requérant d'adresser directement leur demande d'entraide aux autorités judiciaires de l'État requis, l'autorité judiciaire cantonale ou fédérale compétente reçoit directement la demande d'entraide étrangère[339] et, au terme de l'exécution de la demande, transmet les actes d'exécution à l'État requérant, en précisant la réserve de spécialité habituelle (art. 78 al. 1 EIMP). On peut citer à cet égard l'art. 4 al. 1 2e P.A. CEEJ qui remplace l'art. 15 CEEJ et autorise la transmission directe entre autorités judiciaires, sans devoir passer par le Ministère de la justice de la partie requise, soit l'OFJ en ce qui concerne la Suisse. Cette exception ne concerne toutefois pas les demandes de transfèrement temporaire de personnes détenues au sens des art. 11 CEEJ et 13 2e P.A. CEEJ qui doivent être adressées, dans tous les cas, par le

339. Ludwiczak Glassey, N. 146.

Ministère de la justice de l'État requérant, au Ministère de la justice de l'État requis et renvoyées par la même voie.

En l'absence d'accord prévoyant la transmission directe à l'autorité compétente ou notamment lorsque l'État requérant ne connaît pas l'autorité judiciaire compétente, l'OFJ reçoit les demandes étrangères (art. 27 al. 2 et 78 al. 1 EIMP *in fine*). Dans cette hypothèse, l'OFJ examine sommairement la recevabilité de la demande quant à la forme et transmet celle-ci pour exécution à l'autorité cantonale ou fédérale compétente, à moins que la demande soit manifestement irrecevable (art. 78 al. 2 EIMP). Pour l'examen sommaire et la délégation à l'autorité d'exécution, l'OFJ dispose d'une grande marge d'appréciation et sa décision de délégation à l'autorité d'exécution n'est pas attaquable séparément (art. 78 al. 4 EIMP et art. 14 OEIMP). 24

En cas d'urgence, l'OFJ a la compétence pour ordonner les mesures provisoires nécessaires (art. 18 al. 2 EIMP). 25

La compétence cantonale est déterminée principalement selon le lieu où les actes d'exécution doivent être exécutés. Par exemple, les autorités cantonales sont compétentes pour effectuer l'audition d'une personne domiciliée sur son territoire ou pour perquisitionner les locaux d'une société ayant son siège dans son canton. L'OFJ peut également décider de confier l'exécution de la demande d'entraide au canton qui conduit une procédure nationale liée à la demande d'entraide ou à l'autorité qui serait compétente si l'infraction avait été commise en Suisse (art. 17 al. 4 et 79 al. 2 EIMP). En principe, cette dernière hypothèse concerne des infractions soumises à la jurisprudence fédérale (art. 23 CPP) et, partant, conduit à la compétence du Ministère public de la Confédération 26

Lorsque l'exécution de la demande d'entraide nécessite des investigations dans plusieurs cantons ou qu'elle concerne également une autorité fédérale, l'OFJ peut désigner un canton directeur (art. 79 al. 1 EIMP). L'OFJ peut en outre décider de statuer lui-même sur l'exécution de l'entraide lorsque l'autorité cantonale compétente n'est pas en mesure de rendre une décision dans un délai raisonnable ou dans des cas complexes ou d'une importance particulière (art. 79*a* al. 1 EIMP). 27

L'autorité cantonale compétente est le Ministère public (art. 55 al. 1 CCP), voire le tribunal pendant les débats (art. 55 al. 2 CPP). Le droit cantonal d'application du CPP prévoit quel Ministère public est compétent (par 28

exemple : le Ministère public central dans le canton de Vaud est compétent pour recevoir et exécuter les commissions rogatoires provenant d'une autorité étrangère au canton ou encore présenter une demande d'extradition auprès de l'OFJ[340]).

29 La procédure pour les autorités administratives fédérales est régie par analogie par la PA ; les autorités cantonales appliquent quant à elles par analogie le droit administratif cantonal (art. 12 al. 1 EIMP). Les actes de procédure sont régis par le CPP (art. 12 al. 1 EIMP), complété par la LOAP (art. 1 al. 1 LOAP *via* art. 12 al. 1 EIMP).

30 L'OFJ est chargé de surveiller les autorités cantonales (art. 16 EIMP). Dans ce rôle, l'OFJ peut décider d'attaquer les décisions cantonales devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (art. 25 al. 1 et 3 et 80*h* let. a EIMP). Afin que l'OFJ puisse exercer son rôle d'autorité de surveillance, les décisions cantonales et fédérales rendues en matière d'entraide pénale internationale, tout comme celles de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, doivent lui être communiquées (art. 5 OEIMP[341]). En outre, en cas de retard dans la procédure ou de refus de statuer, l'OFJ peut interpeler l'autorité cantonale et solliciter des informations sur l'état de la procédure, les raisons de l'éventuel retard et les mesures envisagées (art. 17*a* al. 2 EIMP). En cas de refus injustifié, l'OFJ peut intervenir auprès de l'autorité de surveillance compétente (art. 17*a* al. 2 EIMP) ou, en cas de refus de statuer ou si l'autorité tarde à se prononcer, former recours contre l'absence de décision, assimilée à une décision négative (art. 17*a* al. 3 EIMP)[342]. L'OFJ peut également décider de statuer lui-même sur l'exécution de la demande d'entraide judiciaire (art. 79*a* al. 3 let. c EIMP), aux frais du canton concerné (art. 13 al. 1bis OEIMP).

31 Pour l'entraide judiciaire avec les États-Unis, l'OFJ est toujours compétent et agit alors en sa qualité d'Office central USA (art. 28 par. 1 TEJUS[343] et art. 1 ch. 3 et 5 LTEJUS). Les autorités de poursuites pénales cantonales et fédérales assistent l'OFJ dans l'exécution de ces demandes d'entraide.

340. Art. 25 al. 2 Loi vaudoise sur le Ministère public du 19 mai 2009, RS/VD 173.21 (LMPu).
341. RS 351.11.
342. OFJ, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives, 9e éd. 2009, p. 42.
343. RS 0.351.933.6.

3. La délégation de la poursuite pénale

a. À la Suisse

Lorsque l'extradition est exclue, que la personne poursuivie doit répondre en Suisse d'autres infractions plus graves et que l'État requérant donne la garantie de ne plus la poursuivre pour le même acte après qu'elle aura été acquittée ou qu'elle aura subi une sanction en Suisse, la Suisse peut réprimer à sa place un acte commis à l'étranger (art. 85 EIMP). Cette faculté « *répond à des objectifs de bonne administration de la justice et de meilleur reclassement social* »[344] et institue une alternative à l'extradition. 32

Une telle demande doit être adressée à l'OFJ qui décide, dans les affaires de juridiction pénale cantonale, après avoir consulté l'autorité de poursuite pénale, d'accepter la demande étrangère et transmettre le dossier de la demande à l'autorité de poursuite compétente (art. 91 al. 1 EIMP)[345]. Cette décision n'oblige pas l'autorité d'ouvrir une action pénale (art. 91 al. 3 EIMP), ni de condamner la personne poursuivie[346]. Par la suite, l'autorité compétente est tenue d'informer l'Office fédéral de sa décision de donner suite ou non à la demande de délégation, de l'éventuelle sanction prononcée et son exécution et de toute autre décision prise et l'Office fédéral en informe l'État requérant (art. 36 al. 1 let. a à e OEIMP)[347]. 33

Lorsque la compétence est du ressort de la juridiction pénale fédérale, l'OFJ décide d'entente avec le ou la Procureur(e) général(e) de la Confédération de l'acceptation des demandes (art. 4 al. 4 OEIMP)[348]. Ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque l'infraction est soumise à la juridiction suisse en vertu d'une autre disposition. 34

b. À l'État étranger

A la demande de la Suisse, un État étranger peut être invité à assumer la poursuite pénale d'une infraction relevant de la juridiction suisse si sa législation permet de poursuivre et de réprimer judiciairement cette 35

344. Zimmermann, N. 739.
345. Zimmermann, N. 744.
346. BSK-Bühlmann, Art. 16 IRSG N. 25.
347. Zimmermann, N. 744.
348. Zimmermann, N. 745.

infraction, dans deux hypothèses: a) si la personne poursuivie réside dans cet État, son extradition à la Suisse étant inopportune ou exclue, ou b) si la personne poursuivie est extradée à cet État et que le transfert de la poursuite pénale permet d'escompter un meilleur reclassement social (art. 88 EIMP).

36 La demande de délégation de la poursuite pénale est présentée par l'autorité suisse compétente, en principe le Ministère public compétent, à l'OFJ, qui la transmet ensuite à l'État étranger (art. 30 al. 2 EIMP). Sont exclues les demandes qui concernent l'Allemagne, l'Autriche et l'Italie, pays avec lesquels la Suisse a conclu des accords bilatéraux permettant d'adresser directement une demande de délégation de la poursuite pénale aux autorités de poursuite pénale compétentes.

37 Durant la procédure de délégation, il est du ressort de l'OFJ de décider du sort du séquestre[349] et cela également dans l'éventualité où la demande de délégation de la poursuite pénale est présentée directement à l'autorité étrangère, sans passer par l'OFJ[350].

4. L'exécution de décisions pénales étrangères

38 L'exécution de décisions pénales étrangères consiste à faire exécuter une décision pénale étrangère définitive – c'est-à-dire une condamnation à une peine ou à une mesure – par l'État requis[351].

39 De nombreux États n'extradent pas leurs propres ressortissants et, de ce fait, il existe la possibilité, pour l'État requérant, de déléguer l'exécution de la sanction (peine ou mesure) au pays d'origine afin d'éviter que des personnes condamnées par une décision entrée en force et exécutoire ne se soustraient à la sanction. Il faut alors présenter au pays d'origine une demande d'exécution de la décision pénale.

a. Par la Suisse

40 L'OFJ est compétent pour statuer sur la demande, après avoir consulté l'autorité d'exécution, et, en cas d'acceptation, transmet la demande à

349. ATF 129 II 449, cons. 2.
350. TPF RR.2007.5 du 5 mars 2007, cons. 2.2 et 2.3.
351. BSK-Bühlmann, Art. 16 IRSG N. 48.

l'autorité d'exécution[352]. La procédure d'exequatur est ensuite régie par le Code de procédure pénal[353].

b. Par un État étranger

Une décision pénale rendue en Suisse peut être déléguée pour exécution par un État étranger, dans le respect des conditions des articles 100 à 102 EIMP. L'OFJ est compétent pour décider de la délégation à l'étranger, sur requête de l'autorité cantonale ou fédérale (art. 30 al. 2 EIMP)[354]. 41

L'autrice a rédigé la présente contribution à titre personnel. Les appréciations et opinions présentées sont les siennes et n'engagent pas l'Office fédéral de la justice.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES

Moreillon Laurent (édit.), Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale, Bâle 2004.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, Zurich 2015.

BIBLIOGRAPHIE

Bühlmann Doris, Kommentierung zu Art. 16 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Bâle 2015.

Chatelain Roland, Problèmes relatifs à l'application de l'EIMP, RPS 1992 p. 170 ss.

Hurtado Pozo Jos, Droit pénal, Partie générale, Genève 2008.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle 2018.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne 2019.

352. Zimmermann, N. 777.
353. Zimmermann, N. 777.
354. Zimmermann, N. 779.

COMMENTAIRE

Art. 17 EIMP

Un commentaire de Lisa Harrison

PROPOSITION DE CITATION

Lisa Harrison, Commentaire de l'art. 17 EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Harrison, art. 17 EIMP N. XXX.

Art. 17 Autorités fédérales

[1] Le Département fédéral de justice et police (département) décide dans le cas prévu à l'art. 1*a*. Une décision du département peut être demandée dans les 30 jours qui suivent la communication écrite de la décision de clôture.

[2] L'OFJ reçoit les demandes en provenance de l'étranger et présente celles de la Suisse. Il traite les demandes d'extradition et transmet pour examen aux autorités cantonales et fédérales compétentes les demandes concernant les autres actes d'entraide, la poursuite pénale par délégation et l'exécution de décisions, à moins qu'elles ne soient manifestement irrecevables.

[3] Il statue dans les cas suivants:

a. demande d'une garantie de réciprocité (art. 8, al. 1);

b. choix de la procédure appropriée (art. 19);

c. recevabilité d'une demande suisse (art. 30, al. 1).

[4] Il peut confier l'exécution partielle ou totale d'une procédure à l'autorité fédérale qui serait compétente si l'infraction avait été commise en Suisse.

[5] Il peut aussi décider de l'admissibilité de l'entraide et de l'exécution conformément à l'art. 79*a*.

TABLE DES MATIÈRES

I. Aperçu historique général de l'origine de la norme 118
II.II. Modifications de la norme 120
A. Alinéa premier 120
B. Deuxième alinéa 121
C. Troisième alinéa 121
D. Quatrième alinéa 122
E. Cinquième alinéa 122
III. L'article dans son contexte 123
IV. Commentaire de l'article 123
A. Alinéa premier 123
B. Deuxième alinéa 127
1. La réception de demandes d'entraide en provenance de l'étranger 127
2. La présentation de demandes d'entraide de la Suisse à l'étranger 129
3. Le traitement de demandes d'extradition 130
a. La transmission de demandes d'extradition suisses 130
b. La réception de demandes d'extradition étrangères 130
4. La transmission de demandes d'entraide étrangères aux autorités compétentes suisses 130
5. La poursuite pénale par délégation 131
6. L'exécution de décisions 131
C. Troisième alinéa 131
1. Demande d'une garantie de réciprocité 131
2. Choix de la procédure appropriée 133
3. Recevabilité d'une demande suisse 133
D. Quatrième alinéa 134
E. Cinquième alinéa 134
1. La demande nécessite des investigations dans plusieurs cantons 135
2. L'absence de décision dans un délai raisonnable 135
3. Les cas complexes ou d'une importance particulière 136
Lectures complémentaires 136
Bibliographie 137

I. APERÇU HISTORIQUE GÉNÉRAL DE L'ORIGINE DE LA NORME

1 Comme cela ressort du commentaire à l'article 16 EIMP[355], la répartition des compétences précédant l'entrée en vigueur de l'EIMP n'était pas satisfaisante[356]. Le but du projet de l'EIMP était de mettre en place une réglementation simple, permettant de traiter rapidement la demande de l'État requérant et ce sans retards intolérables[357]. Selon ce projet, compte tenu du fait que l'exécution d'une demande d'entraide pouvait à la fois soulever des questions quant à « l'application du code de procédure pénale », les prononcés et décisions susceptibles de recours se rapprochant « sensiblement, en raison de leur nature, des actes officiels accomplis par le juge d'instruction »[358], et relever du droit administratif lorsqu'il s'agit d'appliquer « les dispositions mêmes de la loi sur l'entraide »[359], les compétences ont été réparties entre le DFJP et la Division de la police. La compétence, pour tout ce qui relevait de l'extradition notamment, a été attribuée à la Division de la police[360]. Pour les autres actes d'entraide, la compétence a été attribuée, en grande partie, « aux autorités compétentes en matière de poursuite pénale »[361]. Partant, les cantons assument « la plus grande partie des attributions qui, en principe, sont dévolues à la Division de la police »[362]. La Division de la police s'est néanmoins vu conférer le droit d'utiliser, « en sa qualité d'autorité de surveillance, les voies de recours prévues par la législation cantonale »[363]. Vu cette répartition des compétences, l'article 17 EIMP, qui concerne les compétences des autorités fédérales, suit l'article 16 EIMP, qui concerne les autorités cantonales.

355. OK-Harrison, Art. 16 IRSG N. 3.
356. Pour plus d'informations, voir notre commentaire portant sur l'article 16 EIMP OK-Harrison, Art. 16 IRSG N. 3.
357. FF 1976 II 430 ss, 442 et 443.
358. FF 1976 II 430 ss, 444.
359. FF 1976 II 430 ss, 444 et 452.
360. FF 1976 II 430 ss, 452.
361. FF 1976 II 430 ss, 452.
362. FF 1976 II 430 ss, 452.
363. FF 1976 II 430 ss, 452.

L'article 14 al. 1 du projet, devenu par la suite l'article 17 al. 1 EIMP, confiait un pouvoir de décision exclusif au DFJP dans les cas prévus à l'article 1 al. 2 du projet, devenu depuis lors l'article 1*a* EIMP. 2

Les lettres a et b de l'article 14 al. 2 du projet, intégrés par la suite l'article 17 al. 2 EIMP, confiaient à la Division de police un pouvoir de décision exclusif pour statuer sur l'existence d'un motif d'irrecevabilité et le rejet d'une demande suivant l'importance de l'infraction. 3

Les lettres c, e et f de l'article 14 al. 2 du projet, intégrées ensuite dans l'article 17 al. 3 EIMP, confiaient un pouvoir de décision à la Division de la police dans les cas suivants : 4

- demande d'une assurance de réciprocité,
- choix de la procédure et
- recevabilité d'une demande suisse.

Il ressort en outre du projet de l'EIMP que l'article 13 al. 1 ainsi que l'article 14 al. 2 let. d, intégrés par la suite dans l'article 17 al. 4 EIMP, réglaient le transfert de compétences des autorités cantonales aux autorités fédérales pour l'exécution d'une procédure d'entraide en Suisse. Ce transfert de compétence intervenait sur décision de la Division de la police qui pouvait choisir de « confier l'exécution partielle ou totale d'une procédure à une autorité fédérale lorsque la poursuite ou la répression de l'infraction relèverait de cette autorité en cas de commission en Suisse » [364]. L'article 13 al. 2 instituait également, à son second alinéa, une compétence pour « l'autorité supérieure commune »[365] de statuer sur les divergences entre autorités fédérales [366]. 5

Tout comme l'article 16 EIMP, la rédaction de l'article 17 EIMP s'inspirait, dans une large mesure, de l'article 3 de la Loi fédérale relative au traité conclu avec les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale du 3 octobre 1975[367] (ci-après : LTEJUS)[368]. 6

Il sied de préciser qu'en 1979, soit avant même l'entrée en force de l'EIMP en 1981, la Division de police est devenue l'Office fédéral de la police, 7

364. FF 1976 II 430 ss, 481.
365. FF 1976 II 430 ss, 481.
366. FF 1976 II 430 ss, 481.
367. RS 351.93.
368. FF 1976 II 430 ss, 466.

communément désigné « Office fédéral » dans le texte de l'EIMP. Au début des années 2000, les compétences de l'Office fédéral de la police en matière d'entraide ont été réattribuées à l'Office fédéral de la justice (ci-après « OFJ ») sans toutefois que le texte légal de l'EIMP ne soit modifié. Ce n'est qu'au début de l'année 2024, dans le cadre de la modification du CPP décidée le 17 juin 2022, que les termes « Office fédéral » utilisés dans les différentes dispositions de l'EIMP - parmi lesquelles l'art. 17 EIMP - ont été effectivement remplacés par « OFJ »[369].

II. MODIFICATIONS DE LA NORME

A. Alinéa premier

8 Le premier alinéa de l'article 17 EIMP a été modifié en 1996, en raison de l'abrogation du 2e alinéa de l'article 1er, repris à l'article 1*a* EIMP[370]. La modification est entrée en vigueur le 1er février 1997.

9 Cette modification répondait à la volonté du législateur de « mieux séparer l'objet de la coopération internationale des limites de celle-ci »[371]. À teneur du Message concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de la loi fédérale relative au traité conclu avec les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mars 1995, l'objectif de cette révision était de pallier les faiblesses de l'EIMP « sur le plan de l'exécution des demandes d'entraide, notamment en ce qui concerne la durée de la procédure d'exécution qui, dans certains cas particulièrement retentissants (Pemex, Marcos) s'est révélée excessive »[372]. Les moyens de simplifier et d'accélérer la procédure, employés par le Conseil fédéral et le DFJP par la voie d'ordonnances ou d'interventions ou encore par la jurisprudence du Tribunal fédéral, se sont révélés insuffisants, nécessitant une révision plus complète et plus étendue de la loi[373].

369. RO 2023 468 ss, modification du 17 juin 2022 entrée en force le 1er janvier 2024.
370. RO 1997 114 ss, 114; FF 1995 III 1 ss, 16.
371. FF 1995 III 1 ss, 16.
372. FF 1995 III 1 ss, 1.
373. FF 1995 III 1 ss, 1.

En 2001, dans le cadre de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, l'article 17 al. 1 EIMP a à nouveau été modifié, ceci dans le même but que la modification du 29 mars 1995, « à savoir l'accélération de la procédure »[374]. Cette seconde modification, entrée en vigueur le 1er janvier 2007, portait sur l'introduction, dans une deuxième phrase, d'un délai de 30 jours suivant la communication de la décision de clôture pour demander une décision du département[375]. Ce délai permettait « de garantir que la procédure visée à l'article 1*a* EIMP se déroule parallèlement à la procédure de recours »[376] et d'ainsi éviter qu'en invoquant l'article 1*a* EIMP, les personnes ayant qualité de partie puissent bloquer la décision d'entraide judiciaire définitive[377]. En effet, comme il en ressort du Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, dans la pratique, l'instrument de l'article 1*a* EIMP était utilisé « dans le but d'empêcher la remise autorisée de documents d'entraide judiciaire », après que les voies de droit ordinaires aient été épuisées sans succès[378]. Ce résultat est la conséquence du fait que la procédure selon l'article 1*a* EIMP permet de refuser l'entraide judiciaire « admissible en elle-même »[379] si cette coopération peut nuire à la souveraineté, la sûreté, l'ordre public ou d'autres intérêts essentiels de la Suisse. 10

B. Deuxième alinéa

L'alinéa 2, qui concerne les compétences de l'OFJ, n'a pas fait l'objet de modifications depuis l'entrée en vigueur de l'EIMP, sous réserve du remplacement des termes « Office fédéral » par « OFJ » au 1er janvier 2024[380]. 11

C. Troisième alinéa

L'alinéa 3 a fait l'objet d'une seule modification lors de la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de la loi fédérale relative au traité conclu avec les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant 12

374. FF 2001 4000 ss, 4219.
375. RO 2006 2197 ss, 2239.
376. FF 2001 4000 ss, 4219.
377. FF 2001 4000 ss, 4219.
378. FF 2001 4000 ss, 4219.
379. FF 2001 4000 ss, 4219.
380. RO 2023 468 ss.

une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mars 1995[381].

13 Cette modification, entrée en vigueur le 1er février 1997, concernait la lettre b de cet alinéa qui confère la compétence à l'OFJ pour choisir la procédure appropriée dans les cas prévus par l'article 19 EIMP.

D. Quatrième alinéa

14 L'alinéa 4 – qui concerne l'exécution, totale ou partielle, d'une demande d'entraide par une autorité fédérale qui serait compétente si l'infraction avait été commise en Suisse – n'a pas fait l'objet de modifications depuis l'entrée en vigueur de l'EIMP.

E. Cinquième alinéa

15 Ce dernier alinéa a été introduit lors de la modification de l'EIMP du 4 octobre 1996 et est entré en vigueur le 1er février 1997[382].

16 Il octroie la compétence à l'OFJ de décider de l'admissibilité de l'entraide et de son exécution dans les cas prévus à l'article 79*a* EIMP, également introduit lors de cette révision et entré en vigueur le 1er février 1997. L'introduction de cet alinéa et de l'article 79*a* EIMP avait pour but d'accroître les pouvoirs de l'OFJ dans certaines situations où sa compétence faciliterait l'octroi de l'entraide ou son exécution[383].

17 Il y a lieu de relever que ni cet alinéa ni l'article 79*a* EIMP n'étaient prévus dans le Message concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de la loi fédérale relative au traité conclu avec les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mars 1995[384]. Ils ont été ajoutés durant les débats parlementaires.

381. RO 1997 114 ss, 116 et FF 1995 III 1 ss, 45.
382. RO 1997 114 ss, 116.
383. FF 1995 III 1 ss, 3 et OFJ, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives, 9e éd. 2009, p. 11.
384. FF 1995 III 1 ss.

III. L'ARTICLE DANS SON CONTEXTE

L'article 17 EIMP se situe dans la première partie de la loi qui concerne les dispositions générales de la loi. 18

L'article est rangé dans le chapitre 3, section 1, qui règle la procédure en Suisse et définit les autorités compétentes en matière d'entraide judiciaire et internationale en matière pénale et les attributions de ces autorités. 19

Comme relevé au chapitre premier, l'article 17 EIMP, qui concerne les compétences des autorités fédérales, suit l'article 16 EIMP qui concerne les autorités cantonales. On comprend de cette systématique que la procédure d'entraide judiciaire ordinaire est du ressort, en première ligne, des autorités cantonales. Ce principe souffre toutefois de quelques exceptions, notamment en ce qui concerne la procédure d'extradition – qui est du ressort de l'OFJ – ou, pour la petite entraide, lorsqu'un traité conclu par la Suisse institue la compétence de l'OFJ en qualité d'autorité centrale, ce qui est le cas avec les États-Unis d'Amérique (art. 28 du Traité entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale conclu le 25 mai 1973[385]) et – pour les demandes d'entraide judiciaire relatives à des cas de crime organisé, de corruption et d'autres crimes graves – l'Italie (art. XVIII de l'Accord entre la Suisse et l'Italie en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 et d'en faciliter l'application, conclu le 10 septembre 1998[386]). Aussi les autorités fédérales ont-elles une compétence dite résiduelle et l'article 17 EIMP en définit les contours. 20

IV. COMMENTAIRE DE L'ARTICLE

A. Alinéa premier

Par ce premier alinéa, le DFJP se voit octroyer la compétence pour décider dans les cas prévus à l'article 1*a* EIMP. Plus particulièrement, le DJFP est compétent pour apprécier si l'entraide judiciaire accordée est susceptible de porter atteinte à la souveraineté, la sûreté, l'ordre public ou d'autres intérêts 21

385. RS 0.351.933.6.
386. RS 0.351.945.41.

essentiels de la Suisse et peut, cas échéant, refuser d'exécuter l'entraide judiciaire pour ce motif.

22 La notion d'« autres intérêts essentiels » renvoie à d'autres intérêts décisifs pour l'existence du pays dans son entier[387]. Un simple préjudice à des agents économiques ne suffit pas pour qu'il y ait atteinte aux intérêts essentiels : l'exécution doit être susceptible de causer un préjudice à l'ensemble de l'économie suisse (par ex., risque d'embargo général sur les produits suisses ou d'exclusion systématique des entreprises suisses des marchés publics)[388]. L'article 1*a* EIMP limite dès lors les possibilités de coopération de la Suisse lorsque l'exécution de la demande, « par ailleurs bien fondée »[389], est de nature à porter atteinte aux intérêts de la Suisse.

23 La portée de cet article est extrêmement limitée en ce qui concerne le domaine de l'extradition. En effet, lorsqu'un traité d'entraide judiciaire existe avec l'État requérant, les motifs de refus ressortant de l'article 1*a* EIMP ne s'appliquent que si ledit traité contient une disposition équivalente à cet article, ce qui est rarement le cas dans le domaine de l'extradition. Dans le domaine de la petite entraide, ce motif de refus est prévu dans les conventions d'entraide[390], ainsi que les traités bilatéraux[391].

24 L'examen du DFJP doit se limiter à « la question de savoir si la souveraineté, la sûreté, l'ordre public ou d'autres intérêts essentiels de la Suisse en vertu de l'article 1*a* EIMP sont lésés est de nature purement politique et doit être résolue de façon indépendante d'une procédure devant le Tribunal fédéral »[392].

25 La qualité pour demander une décision du DFJP est réservée aux seuls ressortissants suisses et aux étrangers ayant leur domicile en Suisse, ainsi qu'aux sociétés ayant leur siège ou un établissement permanent en Suisse[393].

26 Afin d'éviter que ce moyen soit utilisé pour retarder la procédure et empêcher l'exécution d'une décision finale entrée en force, un délai de 30 jours suivant

387. JAAC 1985 n°45 p. 286, consid. 3 a.
388. JAAC 2006 n°5 p. 107, consid. III. B. a.
389. JAAC 2006 n°5 p. 107, consid. III. 1.
390. À titre exemple : article 2 let. b CEEJ.
391. Par exemple, le traité bilatéral conclu avec le Brésil (RS 0.351.919.81, art. 3 al. 1 let. d), le Canada (RS 0.351.923.2, art. 3 al. 1 let. b) ou encore l'Australie (RS 0.351.915.8, art. 2 al. 1 let. f.
392. JAAC 2006 n°5 p. 107, consid. III. 1.

la communication écrite de la décision de clôture est imparti à la personne disposant de la qualité pour agir (art. 21 al. 3 et 80*h* let. b EIMP)[394] pour requérir une décision du DFJP. Le délai de 30 jours commence à courir dès la communication écrite de la décision de clôture (et non pas dès son entrée en force) et a pour but de garantir que la procédure prévue par l'article 1a EIMP « se déroule parallèlement à la procédure de recours »[395]. Passé le délai de 30 jours, la demande est irrecevable[396]. Il est toutefois intéressant de noter que le Conseil fédéral, en sa qualité d'autorité de recours du DFJP, « peut d'office et en tout temps refuser une demande d'entraide s'il estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de la Suisse »[397].

L'introduction d'une demande fondée sur l'article 1a EIMP déposée après une décision exécutoire ne suspend pas l'exécution de cette décision (art. 21 al. 4 EIMP) ; il convient alors au demandeur de requérir des mesures provisionnelles[398]. 27

La compétence du DFJP démontre la nature purement politique de cette décision[399]. Pour ce même motif, un recours administratif est ouvert contre cette décision devant le Conseil fédéral (art. 26 EIMP). 28

Une partie de la doctrine critique fermement cette double instance de recours, considérant que celle-ci n'en est pas une en raison du fait que le DFJP est directement dépendant du Conseil fédéral[400]. Nous ne partageons pas cette critique pour deux raisons. Premièrement, nous estimons qu'en procédure administrative, la double instance de recours n'est pas une garantie générale de procédure ou un droit constitutionnel des citoyens[401]. Deuxièmement, nous considérons que la double instance se confond, du moins en partie, avec le droit d'être entendu. En l'espèce, la double instance 29

393. JAAC 2008 n° 28 p. 414, consid. 2.
394. JAAC 2009 n°8 p. 124, consid. 7.
395. JAAC 2009 n°8 p. 124, consid. 6.
396. JAAC 2009 n°8 p. 124, consid. 3. Par cette décision, le Conseil fédéral a en outre retenu que ce délai était compatible avec l'art. 2 let. b de la CEEJ (consid. 5).
397. JAAC 2009 n°8 p. 124, consid. 8.
398. JAAC 2009 n°8 p. 124, consid. 9.
399. JAAC 1985 n°45 p. 286, consid. II 2) b.
400. BSK IRSG- Niggli/Göhlich, Art. 1a N 20 à 22.
401. RJJ 2010, p. 321, consid. 2.2., TF 2C_225/2009 du 16 octobre 2009, consid. 1.3; RJJ 2006 p. 73, consid. 2.3.2, TFA SJ 2003 I p. 317, consid. 3.1.

de recours – DFJP et Conseil fédéral – permet au demandeur de s'exprimer à plusieurs reprises, devant différentes autorités, et de faire valoir ses arguments et moyens de preuves. Aussi, le droit d'être entendu du demandeur est respecté. Le fait que le DFJP dépende du Conseil fédéral ne signifie pas que les arguments invoqués par les demandeurs ne sont pas examinés de manière indépendante et impartiale par chaque autorité.

30 Une autre partie de la doctrine critique cet alinéa en raison de l'existence de la possibilité de demander, en parallèle, un recours contre l'admissibilité de l'entraide judiciaire, ouvert à teneur de l'article 80*e* EIMP devant la Cour des plaintes du TPF (art. 37 al. 2 let. a LOAP). Afin d'éviter ce qu'elle qualifie de « dédoublement des voies de droit », elle propose alors de réserver au seul juge la pesée de tous les intérêts, y compris ceux visés à l'art. 1a EIMP[402]. Nous ne partageons pas non plus cet avis. Il est vrai que la systématique légale conduit à ce que, en parallèle, deux autorités distinctes soient compétentes pour rendre des décisions concernant une même demande d'entraide. Toutefois, ces deux autorités, une fois saisies, ne procèdent pas à la même analyse : le DFJP et le Conseil fédéral sont compétents uniquement pour déterminer si les intérêts essentiels de la Suisse rendent impossible l'octroi de l'entraide judiciaire. Par opposition, le TPF et le TF ne sont pas compétents pour examiner cette question, mais uniquement pour déterminer si l'entraide peut être accordée à teneur des autres dispositions de l'EIMP[403]. En d'autres termes, et comme souligné à nombreuses reprises dans les décisions rendues par le Conseil fédéral en lien avec l'article 1*a* EIMP, ces deux voies « n'examinent pas les mêmes aspects du problème » [404]. Le caractère éminemment politique des enjeux prévus à l'art. 1*a* EIMP, rend indispensable le contrôle du DFJP, respectivement du Conseil fédéral, lesquels sont plus à même pour définir les éventuelles limites politique à l'octroi de l'entraide qu'une autorité judiciaire. Nous relevons également que cette répartition des compétences s'apparente à la compétence de ces autorités pour autoriser les autorités de poursuite pénale à poursuivre des infractions de nature politique (art. 302 CP et 66 LOAP) où le Conseil fédéral ne peut refuser l'autorisation que pour sauvegarder des intérêts supérieurs du pays (art. 66 al. 1 LOAP)[405]. Nous relevons enfin que, bien que le parallélisme des voies de droit puisse

402. Zimmermann, N 493.

403. Le TF a notamment rappelé la compétence du DFJP dans l'ATF 130 II 217, consid. 6.

404. JAAC 2006 n° 5 p. 107, consid. III.1 ; JAAC 1981 n°48 p. 256, consid. 3 et JAAC 1985 n°45 p. 286, consid. 2) b.

parfois s'avérer problématique en pratique[406], la jurisprudence a démontré que les deux voies coexistent de manière satisfaisante[407].

B. Deuxième alinéa

Le deuxième alinéa rappelle la répartition de compétences entre les autorités cantonales et fédérales en matière d'entraide judiciaire internationale (art. 16 al.1 EIMP), en précisant les compétences de l'OFJ. 31

Plus spécifiquement, cet alinéa prévoit que l'OFJ est compétent pour recevoir les demandes en provenance de l'étranger et présenter celles de la Suisse, traiter les demandes d'extradition et transmettre pour examen aux autorités cantonales et fédérales compétentes les demandes concernant les autres actes d'entraide, la poursuite pénale par délégation et l'exécution de décisions, à moins qu'elles ne soient manifestement irrecevables. 32

Notre commentaire à l'article 16 EIMP examinant en détail la répartition des compétences entre l'OFJ et les autorités cantonales et fédérales[408], nous examinons ci-après uniquement les particularités concernant les compétences de l'OFJ, qui peuvent être davantage élaborées. 33

1. La réception de demandes d'entraide en provenance de l'étranger

Sous réserve d'une transmission directe par l'autorité requérante à l'autorité d'exécution fédérale ou cantonale compétente, l'OFJ est compétent pour recevoir les demandes d'entraide en provenance de l'étranger. 34

La voie directe entre les autorités judiciaires dépend, en premier lieu, « du degré de proximité des systèmes juridiques et de celui de l'éloignement géographique »[409]. Cette voie est instituée par plusieurs instruments : les accords complémentaires à la CEEJ[410], le PAII CEEJ[411], la CAAS[412] et l'AAF[413]. Cette voie est également admissible en cas d'urgence[414]. Ainsi, en principe, 35

405. Pour en savoir plus, voir notamment : https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/themes/politische-ermaechtigung.html.
406. À titre d'exemple : TPF RR.2019.334 du 5 juin 2020, consid. 2.
407. Notamment JAAC 2009 n° 8 p. 124 ; TF SJ 2021 I p. 29, consid. 3.2. à 3.4 ; JAAC 2006 n° 5 p. 107 consid. III ; TF 1A.33/2000 du 19 juin 2000, consid. 5a ; JAAC 1981 n° 48 p. 256, consid. 3.
408. OK-Harrison, Art. 16 IRSG N. 16 à 41.
409. OFJ, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives, 9e éd. 2009, p.35.
410. À titre d'exemple : RS 0.351.934.92, RS 0.351.913.61 ou encore RS 0.351.945.41.
411. RS 0.351.12.

pour les États européens, les autorités judiciaires étrangères peuvent adresser leur demande directement à l'autorité judiciaire cantonale ou fédérale requise. Il sied toutefois de relever que le Royaume-Uni a émis une réserve à l'article 4 PAII CEEJ. Ainsi, les demandes de ce pays doivent être adressées à l'OFJ, et vice versa.

36 Lorsque la voie directe n'est pas possible, pas pratique[415] ou qu'une compétence de l'OFJ est prévue[416], l'OFJ, en sa qualité d'Office central suisse, reçoit les demandes étrangères. Cette voie, appelée également ministérielle, est la voie dite standard[417].

37 En l'absence de traité avec la Suisse instituant une telle voie, la voie diplomatique doit être empruntée. L'OFJ reçoit alors la demande par les canaux diplomatiques[418] de la part de l'autorité étrangère.

38 À réception d'une demande étrangère, l'OFJ procède à un examen sommaire de la recevabilité de la demande sur le plan de la forme avant de déléguer celle-ci – à moins qu'elle ne soit manifestement irrecevable – à l'autorité cantonale ou fédérale compétente (art. 78 al. 2 EIMP)[419]. L'OFJ a également la possibilité de retourner la demande à l'État requérant afin qu'elle soit modifiée ou complétée (art. 78 al. 3 EIMP). En pratique, cette possibilité n'est utilisée que si un défaut grave entache la demande[420]. En effet, l'autorité

412. Pas publié au RS. Il s'agit de la Convention d'application du 19 juin 1990 de l'Accord de Schengen (CAAS), publié dans le Journal officiel de l'UE n° L 239 du 22/09/2000 p. 0019 – 0062.
413. RS 0.351.926.81.
414. OFJ, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives, 9e éd. 2009, p.35.
415. Par exemple, lorsque plusieurs cantons sont concernés par la demande étrangère ou que l'autorité requérante n'est pas à même de déterminer l'autorité suisse compétente.
416. Ce qui est le cas notamment pour les États-Unis d'Amérique (art. 28 al. 2 TEJUS), pour le Brésil (art. 23 al. 1 Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la République fédérative du Brésil du 12 mai 2004, RS 0.351.919.81), ou encore l'Australie (art. 6 al. 2 Traité entre la Suisse et l'Australie sur l'entraide judiciaire en matière pénale du 25 novembre 1991, RS 0.351.915.8)
417. OFJ, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives, 9e éd. 2009, p.36.
418. Usuellement, l'autorité étrangère adresse sa demande d'entraide par la voie de son ambassade directement à l'OFJ ou au DFAE qui l'achemine ensuite à l'OFJ.
419. À moins que l'on se situe dans une demande d'entraide en provenance des États-Unis d'Amérique où l'OFJ est toujours compétent pour statuer sur les demandes d'entraide (art. 10ss TEJUS) ou dans les cas prévus à l'art. 17 al. 5 et 79a EIMP.
420. Par exemple : problème de traduction, vices dans la demande rendant la compréhension impossible, lien avec la Suisse pas clair ou manquant.

compétente, cantonale ou fédérale, étant en charge d'exécuter la demande, est considérée comme étant la mieux placée pour requérir les compléments dont elle a besoin.

La réception et la transmission ne peuvent faire l'objet d'un recours (art. 78 al. 4 EIMP). De même, l'OFJ ne rend pas de décision formelle préalable quant à la question de l'irrecevabilité manifeste de la demande étrangère, et une telle décision ne peut pas être provoquée[421]. 39

En cas d'urgence, l'OFJ est également compétent pour ordonner lui-même des mesures provisoires si besoin (art. 18 al. 2 EIMP). 40

2. La présentation de demandes d'entraide de la Suisse à l'étranger

Lors de la présentation de demandes suisses à l'étranger, l'OFJ vérifie si celles-ci sont recevables (art. 17 al. 2 et 3 let. c mis en relation avec l'art. 30 al. 1 EIMP). 41

En pratique, cet examen se limite à vérifier si l'exposé des faits correspond à la qualification de l'infraction visée dans la demande ainsi que, de manière générale, la compatibilité avec l'EIMP. On pensera notamment au respect du principe de réciprocité (art. 8 EIMP), qui a pour conséquence qu'une autorité suisse ne saurait requérir des mesures qui ne peuvent être ordonnées par elle-même en exécution d'une demande étrangère[422]. Il en va de même si l'infraction visée dans la demande ne donnerait pas lieu à l'entraide de la part de la Suisse eu égard à l'article 3 EIMP. 42

S'agissant de la voie de transmission des demandes de la Suisse à l'étranger, les explications fournies au précédent chapitre s'appliquent *mutatis mutandis*. Aussi, l'OFJ transmettra la requête, soit par la voie ministérielle, soit la voie diplomatique, la voie directe étant réservée aux autorités judiciaires. 43

Pour le surplus, un renvoi est opéré à nos considérations à l'article 16 EIMP qui s'appliquent *mutatis mutandis*[423]. 44

421. TF 1A.306/2000 du 12 février 2000, consid. 7 et TPF RR.2010.146 du 5 août 2010, consid. 1.3.3.

422. Par exemple, une demande d'audition par vidéoconférence doit respecter les conditions prévues à l'art. 9 PAII. Pour un pays qui n'est pas lié à la Suisse par ce Protocole, une demande d'audition par vidéoconférence des autorités suisses ne pourra être requise que moyennant l'accord de l'OFJ et devra mentionner que la Suisse n'accorde pas la réciprocité.

423. OK-Harrison, Art. 16 IRSG N. 22 à 31.

3. Le traitement de demandes d'extradition

a. La transmission de demandes d'extradition suisses

45 Avant de transmettre une demande formelle d'extradition, l'OFJ est compétent, sur requête de l'autorité cantonale ou fédérale de poursuite pénale ou d'exécution des peines, pour transmettre les demandes de recherche de personnes.

46 La demande de recherche doit être transmise par écrit par l'autorité suisse à l'Unité Extraditions de l'OFJ. Un envoi anticipé par voie électronique est possible en cas d'urgence. En cas d'urgence en dehors des heures de bureau, l'annonce peut être faite via la Centrale d'engagement de Fedpol. Le contenu à faire figurer dans une telle demande est détaillé dans l'Aide-mémoire pour les recherches internationales de personnes en vue d'extradition[424].

47 Les demandes de recherche sont ensuite transmises par l'OFJ, soit directement à l'État de séjour de la personne lorsque le lieu de séjour est connu ou présumé, soit par le biais de la plateforme du Système d'information Schengen (SIS) pour les pays membres[425] ou par l'intermédiaire d'Interpol.

48 Une fois la personne recherchée arrêtée, l'OFJ est compétent pour présenter la demande d'extradition à l'étranger dans le délai imparti. Pour ce faire, il conseille l'autorité suisse compétente dans la préparation des documents nécessaires.

b. La réception de demandes d'extradition étrangères

49 En ce qui concerne la réception de demandes d'extradition étrangère, un renvoi est opéré à nos considérations à l'article 16 EIMP, qui s'appliquent *mutatis mutandis*[426].

4. La transmission de demandes d'entraide étrangères aux autorités compétentes suisses

50 Sauf lorsque la voie directe est prévue (et suivie), l'OFJ reçoit les demandes d'entraide étrangères (demandes concernant les autres actes d'entraide) et les

424. file:///C:/Users/U80846074/Downloads/checkliste-personenfahndung-f.pdf.

425. Le SIS est opérationnel dans la plupart des pays de l'Union européenne et des pays associés à l'espace Schengen (Suisse, Norvège, Liechtenstein et Islande).

transmet, après un examen sommaire de la recevabilité, pour exécution aux autorités de poursuite cantonales et fédérales compétentes[427].

5. La poursuite pénale par délégation

51 En ce qui concerne la délégation de la poursuite pénale, un renvoi est opéré à nos considérations à l'article 16 EIMP, qui s'appliquent *mutatis mutandis*[428].

6. L'exécution de décisions

52 En ce qui concerne l'exécution de décisions pénales, un renvoi est opéré à nos considérations à l'article 16 EIMP, qui s'appliquent *mutatis mutandis*[429].

C. Troisième alinéa

53 Le troisième alinéa concerne les compétences spécifiques de l'OFJ en matière de :

a. demande d'une garantie de réciprocité (art. 8 al. 1),

b. choix de la procédure appropriée (art. 19) et

c. recevabilité d'une demande suisse (art. 30 al. 1).

54 Jusqu'à la révision du 17 juin 2005, les décisions de l'OFJ, au sens de cet alinéa, pouvaient faire l'objet d'un recours administratif devant le Département fédéral qui statuait définitivement. À compter du 1er janvier 2007, cette voie de droit a été remplacée par un recours au TPF, qui tranche en instance unique[430].

1. Demande d'une garantie de réciprocité

55 La première lettre de l'alinéa 3 octroie à l'OFJ la compétence de requérir, si les circonstances l'exigent, une garantie de réciprocité.

---

426. OK-Harrison, Art. 16 IRSG. N. 16 à 18.
427. Pour plus d'informations sur la compétence cantonale ou fédérale, voir notre commentaire à l'art. 16 EIMP OK-Harrison, Art. 16 IRSG N. 26 et 27; ainsi que le chapitre E. *infra*.
428. *OK-Harrison, Art. 16 IRSG N. 32 à 37.*
429. *OK-Harrison, Art. 16 IRSG N. 38 à 41.*
430. OFJ, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives, 9e éd. 2009, p. 52 et Zimmermann, N 491.

56 Ce principe est « essentiellement une promesse que l'État requérant fait à l'État requis de lui fournir le même type d'aide à l'avenir si l'État requis le lui demandait »[431].

57 Les traités ne contiennent généralement pas de garantie de réciprocité car ils « ont précisément pour but de fonder la coopération internationale sur une base stable qui se passe de telles déclarations » ; « la garantie de la réciprocité résulte du traité »[432]. Aussi, en principe, une garantie de réciprocité est requise uniquement en l'absence de base conventionnelle entre l'État étranger et la Suisse[433].

58 L'article 8 al. 1 EIMP *in fine* rappelle la compétence de l'OFJ à cet égard, « si les circonstances l'exigent », et précise qu'en principe, il n'est donné suite à une demande d'entraide que si l'État requérant assure la réciprocité (art. 8 al. 1 EIMP). L'article 8 al. 2 EIMP mentionne, de manière non exhaustive, les cas où une garantie de réciprocité n'est pas nécessaire, soit lorsqu'il s'agit d'une notification ou lorsque l'exécution de la demande :

a. paraît s'imposer en raison de la nature de l'acte commis ou de la nécessité de lutter contre certaines formes d'infractions,

b. est propre à améliorer la situation de la personne poursuivie ou ses chances de reclassement social ou

c. sert à élucider un acte dirigé contre un citoyen suisse.

59 L'OFJ dispose d'une grande marge d'appréciation pour décider s'il est nécessaire de requérir une garantie de réciprocité[434]. Selon la jurisprudence, il peut notamment être renoncé à une telle garantie, conformément à la lettre a de l'art. 8 al. 2 EIMP, pour la répression de la criminalité organisée et des délits économiques[435], ainsi que du blanchiment d'argent et de la corruption[436].

431. Nations Unies, Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime (ONUDC), Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition, New York, 2012, p. 23.
432. Zimmermann, N 575.
433. OFJ, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives, 9e éd. 2009, p. 24.
434. ATF 110 Ib 173, consid. 3a.
435. ATF 115 Ib 517 consid. 4b et ATF 110 Ib 173, consid. 3a.
436. TF 1A.49/2002 du 23 avril 2003, consid. 4.1.

À noter enfin que, conformément au principe de la confiance, l'OFJ n'a pas à vérifier la compétence de l'autorité qui émet la déclaration de réciprocité, sous réserve du cas d'abus manifeste[437]. 60

2. Choix de la procédure appropriée

À teneur de la deuxième lettre de l'alinéa 3, l'OFJ est également compétent lorsqu'une demande doit être adressée à un État qui offre le choix entre plusieurs procédures. 61

Cette lettre de l'article 17 al. 3 se réfère à l'article 19 EIMP, selon lequel, si la personne poursuivie est à l'étranger et que la loi de l'État auquel la demande doit être adressée offre le choix entre plusieurs procédures, préférence sera donnée à celle qui paraît assurer le meilleur reclassement social. Ce choix s'opère ainsi en fonction : 62

a. des relations de la personne poursuivie avec l'État requis et avec la Suisse,

b. des probabilités d'une expulsion de Suisse,

c. d'une administration rationnelle de la justice, et d. d'un jugement d'ensemble en cas de pluralité d'infractions (art. 8 OEIMP).

3. Recevabilité d'une demande suisse

Cette troisième lettre de l'alinéa 3 octroie la compétence à l'OFJ pour statuer sur la recevabilité d'une demande suisse. 63

L'OFJ opère cet examen sur la base de l'article 30 al. 1 EIMP et examine notamment si la Suisse pourrait donner suite à une telle demande si celle-ci lui était adressée (principe de réciprocité). 64

Afin que l'OFJ puisse procéder à cet examen, l'autorité suisse requérante est tenue de transmettre le dossier à l'OFJ (art. 7 OEIMP). 65

L'éventuelle décision de l'OFJ de ne pas présenter une demande d'entraide peut faire l'objet d'un recours de l'autorité pénale cantonale (art. 25 al. 3 EIMP) auprès du TPF. À teneur de la jurisprudence, l'autorité pénale fédérale peut également recourir contre la décision de l'OFJ de ne pas présenter une demande[438]. 66

437. TF 1A.49/2002 du 23 avril 2003, consid. 4.1. et références mentionnées.

D. Quatrième alinéa

67 À teneur du quatrième alinéa, l'OFJ, après avoir procédé à un examen sommaire de la demande et vérifié que celle-ci n'est pas manifestement irrecevable (art. 17 al. 2 EIMP), peut décider, en sa qualité d'autorité centrale, de confier l'exécution totale ou partielle d'une procédure d'entraide à l'autorité fédérale qui serait compétente si l'infraction avait été commise en Suisse, sous réserve des cas où l'OFJ est lui-même compétent pour traiter la demande d'entraide[439].

68 Pour ce faire, l'OFJ se réfère aux articles 22 et ss CPP qui délimitent les compétences entre la Confédération et les Cantons, en particulier les articles 23 et 24 CPP qui déterminent la compétence fédérale pour certaines infractions au CP. Comme cela ressort du terme « peut » , l'article 17 al. 4 EIMP, ainsi que l'article 79 al. 2 EIMP, sont potestatifs en raison de leur nature organisationnelle, ceux-ci régissant uniquement les rapports entre l'OFJ et les autorités d'exécution[440]. Aussi, l'OFJ n'est pas lié par les dispositions du CPP lorsqu'il décide de confier l'exécution d'une demande à une autorité fédérale ou cantonale et dispose de ce fait d'une grande marge d'appréciation[441]. Pour cette raison également, la décision de délégation de l'OFJ à l'autorité d'exécution n'est pas attaquable séparément (art. 14 OEIMP)[442].

69 La décision de l'OFJ désignant l'autorité en charge de la procédure est définitive ; elle n'est attaquable ni séparément ni conjointement avec la décision de clôture (art. 79 al. 4 EIMP).

E. Cinquième alinéa

70 Par ce dernier alinéa, l'OFJ est compétent pour décider de l'admissibilité de l'entraide et de son exécution conformément à l'article 79*a* EIMP.

71 Conformément à l'article 79*a* EIMP, l'OFJ « peut statuer sur l'admissibilité de l'entraide et déléguer l'exécution à une autorité cantonale ou statuer lui-même sur l'exécution :

438. TPF RR.2021.299 du 19 juillet 2022, consid. 1.2.
439. Voir notamment art. 79a EIMP ou encore les articles 28 par. 1 TEJUS, 1 ch. 3 et 5 al. 1 LTEJUS.
440. TF 1A.212/2001/svc du 21 mars 2002, consid. 4.
441. TF 1A.212/2001/svc du 21 mars 2002, consid. 4.
442. TF 1A.212/2001/svc du 21 mars 2002, consid. 4.

a. lorsque la demande nécessite des investigations dans plusieurs cantons,

b. lorsque l'autorité cantonale compétente n'est pas en mesure de rendre une décision dans un délai raisonnable,

ou c. dans des cas complexes ou d'une importance particulière ».

1. La demande nécessite des investigations dans plusieurs cantons

À teneur de l'article 79*a* let. a EIMP, l'OFJ a la possibilité de statuer sur l'admissibilité de l'entraide et déléguer l'exécution à une autorité cantonale ou statuer lui-même sur l'exécution lorsque la demande nécessite des investigations dans plusieurs cantons. 72

En pratique, cette possibilité n'a jamais été utilisée par l'OFJ et cet alinéa reste donc lettre morte à ce jour. 73

2. L'absence de décision dans un délai raisonnable

L'OFJ peut en outre décider de statuer lui-même sur l'exécution de la demande lorsque l'autorité cantonale compétente n'est pas en mesure de rendre une décision dans un délai raisonnable. 74

Il y a lieu de relever à cet égard qu'en matière d'entraide judiciaire, le principe de célérité est consacré à l'article suivant, soit l'article 17a al. 1 EIMP, qui impose à l'autorité saisie de statuer « sans délai ». Il n'existe pas de délai d'ordre. 75

En matière d'entraide judiciaire, il est complexe d'évaluer le respect du principe de célérité, car celui-ci diffère selon la complexité de la demande d'entraide, par exemple, les mesures d'entraide requises et les éventuels échanges avec l'autorité requérante qui pourraient être nécessaires pour exécuter la demande. Selon la doctrine, « passé un délai de six mois cependant, l'Office fédéral doit s'inquiéter et demander des explications »[443]. L'autorité de recours doit quant à elle faire en sorte de statuer dans un « délai maximal de trois mois »[444]. 76

443. Zimmermann, N 259 à 260.
444. Zimmermann, N 260.

77 En matière d'extradition, où la liberté de personnes est en jeu, l'OFJ, en sa qualité d'autorité d'exécution, ainsi que les autorités de recours, doivent décider dans les jours, voire semaines qui suivent la demande[445].

78 À noter que les frais incombant à la Confédération en application de l'article 79*a* let. b EIMP sont mis à la charge du Canton (art. 13 al. 1bis OEIMP).

3. Les cas complexes ou d'une importance particulière

79 Enfin, l'OFJ peut décider de statuer lui-même dans des cas complexes ou d'une importance particulière.

80 À titre d'illustration, on pensera notamment à l'affaire des frégates, qui s'inscrivait « dans un cadre de corruption publique franco-taïwanaise »[446] et où l'OFJ a repris la procédure d'entraide à la demande du Juge d'instruction fédéral (« JIF ») sur la base de l'article 79*a* let. c EIMP.

81 Un autre exemple est l'affaire Abacha, une entraide judiciaire qui reposait sur une enquête pénale des autorités nigérianes sur les détournements de fonds publics effectués sous le régime de l'ancien chef d'État Sani Abacha[447]. Dans cette affaire, l'OFJ a repris la procédure d'entraide sur la base de cette même disposition en tant que la procédure visait une « personne exposée politiquement » ou « PEP », soit, dans ce cas un ancien chef d'État[448].

LECTURES COMPLÉMENTAIRES

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, Zurich 2015.

Ludwiczak Moreillon Laurent (édit.), Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale, Bâle 2004.

Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle 2018.

445. Zimmermann, N 260.
446. TPF RR.2013.236 du 2 mai 2014.
447. Pour en savoir plus notamment https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-22828.html.
448. OFJ, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives, 9e éd. 2009, p. 43, note de bas de page 348.

BIBLIOGRAPHIE

Bühlmann Doris, Kommentierung zu Art. 17 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Bâle 2015.

Harrison Lisa, Kommentierung zu Art. 16 IRSG, in: Lukas Staffler/Maria Ludwiczak Glassey (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 08.09.2023: https://onlinekommentar.ch/fr/kommentare/irsg16.

Nations Unies, Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime (ONUDC), Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition, New York, 2012.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne 2019.

COMMENTAIRE

Art. 17a EIMP

Un commentaire de Kastriot Lubishtani / Hélène Rodriguez-Vigouroux

PROPOSITION DE CITATION

Kastriot Lubishtani/Hélène Rodriguez-Vigouroux, Commentaire de l'art. 17a EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Lubishtani/Rodriguez-Vigouroux, art. 17a EIMP N. XXX.

Art. 17*a* Obligation de célérité

[1] L'autorité compétente traite les demandes avec célérité. Elle statue sans délai.

[2] À la requête de l'OFJ, elle l'informe sur l'état de la procédure, les raisons d'un éventuel retard et les mesures envisagées. En cas de retard injustifié, l'OFJ peut intervenir auprès de l'autorité de surveillance compétente.

[3] Lorsque l'autorité compétente, sans motif, refuse de statuer ou tarde à se prononcer, son attitude est assimilée à une décision négative sujette à recours.

TABLE DES MATIÈRES

I. Fondement et genèse de l'art. 17a EIMP 141
II. Obligation de célérité (al. 1) 142
A. Notion et portée concrète 142
B. Autorité compétente 144
C. Bénéficiaires 144
D. Concrétisations normatives et jurisprudentielles 146
III. Obligation d'informer et droit d'intervention de l'OFJ (al. 2) 148
IV. Assimilation du déni de justice à une décision négative (al. 3) 148
Bibliographie 149

I. FONDEMENT ET GENÈSE DE L'ART. 17A EIMP

L'art. 17a EIMP porte la note marginale « obligation de célérité » *(« Gebot der raschen Erledigung » ; « obbligo di celerità »).* Il concrétise s'agissant de l'entraide internationale en matière pénale la garantie conventionnelle et constitutionnelle du droit à un procès équitable, au sens des art. 6 § 1 CEDH[449], 14 ch. 3 Pacte ONU II[450] et 29 al. 1 Cst., dans sa dimension temporelle[451]. Ces garanties portent précisément sur le droit de tout un chacun de voir sa cause être jugée « dans un délai raisonnable » et corollairement l'interdiction du déni de justice, selon l'adage *« Justice delayed is justice denied »*[452]. Ce faisant, le principe de célérité *(« Beschleunigungsgebot » ; « imperativo di celerità »)* fait l'objet par cette disposition d'une consécration normative au sein de l'EIMP[453]. En outre, il trouve son pendant en procédure pénale à l'art. 5 CPP. 1

L'art. 17a EIMP ne figurait pas dans la loi telle qu'initialement entrée en vigueur le 1er janvier 1983[454]. Ce n'est qu'à l'occasion de sa révision le 1er janvier 1997 que le principe de célérité a été inscrit dans l'EIMP[455]. Cette disposition n'a depuis lors fait l'objet d'aucune modification législative. 2

Sous l'angle de la *ratio legis*, l'art. 17a EIMP a pour double but de marquer le caractère d'urgence, mais également l'importance de l'entraide internationale[456]. Le principe de célérité joue ainsi un rôle cardinal en visant à concilier deux impératifs de la coopération internationale : d'une part, 3

449. Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101.
450. Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16.12.1966, RS 0.103.2.
451. CR Cst.-Dang/Nguyen, art. 29 N. 49 et 99 ss.
452. SG BV-Steinmann/Schindler/Wyss, Art. 29 N. 33 ss.
453. PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 17a N. 1 ; Zimmermann, N. 245 ; Ludwiczak Glassey, Précis, N. 58 ss ; BSK IRSG-Engler, Art. 17a N. 1 ss ; TF 1C_239/2014 du 18.8.2014, consid. 2.1 ; CR EIMP, art. 17a N. 1 ; ATF 124 II 132, consid. 2b).
454. RO 1982 846.
455. RO 1997 114.
456. Message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de la loi fédérale relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mars 1995, FF 1995 III 1, 17.

l'efficacité et la rapidité du traitement d'une demande d'entraide pour fournir à l'État requérant les informations nécessaires[457] ; d'autre part, le respect des droits des personnes concernées, alors que l'entraide constitue un « ralentissement considérable » rendu pourtant nécessaire « face à l'obstacle des frontières étatiques » que la criminalité ne connaît pas[458].

II. OBLIGATION DE CÉLÉRITÉ (AL. 1)

4 En vertu de l'art. 17a al. 1 EIMP, l'autorité compétente est tenue de traiter les demandes « avec célérité » et de statuer « sans délai ». Cette disposition instaure expressément une obligation de célérité.

A. Notion et portée concrète

5 S'il prévoit que l'autorité agit « avec célérité » et statue « sans délai », l'art. 17a al. 1 EIMP ne fixe cependant pas de cadre plus précis et n'instaure pas un délai « limite » ne pouvant être outrepassé. À ce propos, l'Assemblée fédérale a renoncé lors des travaux préparatoires de la norme à introduire une limite temporelle de principe de 9 mois au terme de laquelle l'autorité devait en règle générale avoir statué. Le législateur a considéré qu'une telle durée pouvait apparaître à la fois trop longue pour les cas simples et trop courte pour les affaires complexes, de sorte que l'instauration d'un délai légal pourrait aboutir à des effets contraires à ceux escomptés[459].

6 Le législateur ayant délibérément refusé d'introduire un délai de principe à l'art. 17a EIMP, la jurisprudence retient que le respect du principe de célérité doit par conséquent être apprécié *in concreto*. En effet, selon le Tribunal fédéral, il y a lieu de procéder à une évaluation globale de la situation en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce et en particulier du degré de complexité de la cause, du comportement de la personne faisant l'objet de la procédure, ainsi que de celui des autorités étrangères

457. TF 1C_540/2023 du 2.2.2024, consid. 5.1 : « le principe de célérité (art. 17a EIMP) tend en premier lieu à favoriser une entraide efficace ». Dans le même sens : PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 17a N. 1 ; Ludwiczak Glassey, Précis, N. 58

458. TF 1C_624/2022* du 21.4.2023, consid. 4.4 (non publié à l'ATF 149 IV 376) ; PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 17a N. 1 ; Ludwiczak Glassey, Précis, N. 58.

459. BO 1996 E 227, rejetant l'amendement au projet gouvernemental du Conseil national (BO 1995 N 2635 ss), ce dernier se ralliant finalement à l'opposition du Conseil des États (BO 1996 N 743), cf. : Zimmermann, N. 245 ; TF 1A.223/1999 du 28.2.2000, consid. 2a).

compétentes[460]. Dans le cadre de cet examen, l'autorité ne saurait tirer bénéfice d'une organisation déficiente ou d'une surcharge structurelle pour justifier la lenteur de la procédure qui doit être menée, même si des « temps morts » inévitables sont admissibles et ne peuvent lui être reprochés[461].

7 À titre d'exemple, le Tribunal fédéral a constaté une violation grave du principe de célérité dans une affaire dans laquelle un délai de 7 ans et demi s'était écoulé entre la demande d'entraide (5 juillet 2001) et la décision de l'OFJ (31 décembre 2008), étant souligné que ce dernier était resté inactif plus de 3 ans après avoir reçu les documents sollicités à l'autorité requérante[462]. Dans une autre affaire, notre Haute Cour a retenu l'existence d'un cas limite (*Grenzfall*) et nié une violation du principe de célérité, tout en qualifiant d'inhabituellement longue la durée de deux ans entre le dépôt d'un recours au Tribunal pénal fédéral (28 septembre 2020) et la décision de ce dernier (11 novembre 2022)[463].

8 De façon générale dans le cadre d'une procédure d'extradition (art. 32 ss EIMP), le principe de célérité est considéré comme violé si la durée de la détention aux fins d'extradition dépasse la peine privative de liberté à laquelle peut s'attendre l'extradable. En matière de séquestre, le principe de célérité n'autorise pas son maintien lorsque l'autorité compétente ne mène pas la procédure conformément à l'art. 17a EIMP[464], étant précisé en outre que dans un tel contexte la garantie de la propriété (art. 26 Cst.) entre également en jeu[465].

---

460. ATF 124 I 139, consid. 2a. Dans le même sens : PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 17a N. 4 ; Ludwiczak Glassey, Précis, N. 59 ; BSK IRSG-Engler, Art. 17a N. 5 ; CR EIMP, Introduction générale, N. 505.
461. ATF 132 I 312, consid. 5.1 s. ; TF 1C_239/2014 du 18.8.2014, consid. 2.1. Dans le même sens : PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 17a EIMP N. 5.
462. TF 1A.1/2009 du 20.3.2009, consid. 4.3.
463. TF 1C_624/2022* du 21.4.2023, consid. 4.6 (non publié à l'ATF 149 IV 376).
464. TPF RR.2020-329-330 du 11.5.2021, consid. 3.1 ; TF 1C_152/2018 du 18.6.2018, consid. 6.1 ; TPF RR.2014.256 du 12.1.2015, consid. 4.2 ; TF 1C_239/2014 du 18.8.2014, consid. 3.3.3 ; TPF 2007 124, consid. 8.2.3 ; TPF RR.2008.244 du 15.4.2009, consid. 5.2 ; TF 1A.335/2005 du 18.8.2006, consid. 6.2 ; TF 1A.302/2004 du 8.3.2005, consid. 5 ; ATF 126 II 462, consid. 5e ; TF 1A.222.1999 du 4.11.1999.
465. Pour un arrêt récent dans lequel une violation de la garantie de la propriété a été niée, alors que le blocage d'un compte bancaire a duré plus de 8 ans : TF 1C_543/2023* du 7.3.2024, consid. 5.2.

B. Autorité compétente

9 L'obligation de célérité a pour destinataire « l'autorité compétente ». Cela a pour effet que, d'une part, le principe doit être respecté à tous les stades de la procédure d'entraide[466] et, que d'autre part, il s'impose à toutes les autorités suisses, aussi bien celles de première instance d'exécution que de recours, qu'elles soient cantonales ou fédérales[467]. Il s'ensuit que l'OFJ est astreint au respect de cette obligation, notamment dans le domaine de l'extradition[468], tout comme le Tribunal fédéral[469].

10 En revanche, l'art. 17a EIMP ne s'étend pas jusque devant l'autorité requérante, le grief tiré d'une violation du principe de célérité par cette dernière devant être porté auprès des autorités compétentes au sein de l'État étranger[470]. La Suisse n'est par conséquent pas responsable d'une violation par l'État requérant du principe de célérité s'agissant de la procédure pénale qu'il mène. Cela étant, pareille violation peut être soulevée dans le contexte de la procédure suisse d'entraide, mais ce uniquement de façon limitée en relation à l'art. 2 EIMP s'il entre en jeu[471]. En outre, la jurisprudence exige que le retard dans la procédure pénale au sein de l'État étranger soit contraire à l'ordre public et caractérise ainsi une violation grave du droit à un procès équitable ou un déni de justice[472].

C. Bénéficiaires

11 En s'adressant à l'autorité compétente, l'obligation de célérité a pour corollaire un droit de la personne touchée par la mesure d'entraide adressée à la Suisse de voir sa cause être traitée le plus rapidement possible en tant que l'art. 17a EIMP est la traduction normative d'un droit constitutionnel et conventionnel des droits humains (N. 1). Dans ce contexte, il est impératif de

466. PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 17a N. 4 ; Ludwiczak Glassey, Précis, N. 59 ; BSK IRSG-Engler, Art. 17a N. 4.
467. Ludwiczak Glassey, Précis, N. 59 ; BSK IRSG-Engler, Art. 17a N. 4.
468. PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 17a N. 10 ; TF 1C_315/2011 du 1.9.2011, consid. 2.
469. Zimmermann, N. 245 ; TF 1C_47/2014 du 3.2.2014, consid. 1.
470. TF 1C_540/2023 du 2.2.2024, consid. 5.1. Dans le même sens : Ludwiczak Glassey, Précis, N. 59 *in fine*.
471. En particulier, la personne faisant l'objet de la procédure d'entraide doit se trouver dans l'État requérant ou risquer d'y être remise ensuite d'une extradition, cf. : PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 2 N. 3 s. et références citées.
472. TF 1C_543/2023 du 7.3.2024, consid. 5.1 ; TF 1C_624/2022 du 21.023, consid. 4.3.

rappeler que l'entraide judiciaire s'inscrit dans le cadre d'une procédure pénale menée à l'étranger et dans laquelle la personne concernée a le droit de voir sa cause jugée dans un délai raisonnable (art. 6 § 1 CEDH ; art. 14 ch. 3 Pacte ONU II). C'est pourquoi l'entraide doit être fournie rapidement.

12 Cela étant, le principe de célérité a une autre facette, car il a en premier lieu et principalement pour objectif d'assurer en faveur de l'État requérant l'exécution rapide de sa demande d'entraide. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral précise que l'autorité requérante n'a pas à pâtir d'un retard imputable à la seule autorité suisse d'exécution[473]. Se référant à la jurisprudence en matière d'assistance administrative qui vaut *mutatis mutandis* dans le domaine de l'entraide pénale[474], le Tribunal pénal fédéral retient par ailleurs que la conduite d'une procédure avec célérité « découle tant de l'engagement helvétique de ne pas retarder l'échange de renseignements – afin de ne pas nuire à son efficacité – que du droit interne qui prévoit que les procédures d'assistance doivent être menées avec diligence »[475]. L'exécution rapide des décisions relatives à l'entraide internationale constitue à cet égard un intérêt public[476]. Dans ce contexte, le principe de célérité est ainsi complémentaire à celui de la bonne foi, la Suisse devant s'acquitter de ses obligations internationales de manière optimale, notamment s'agissant du respect des délais[477]. Ainsi, un retard dans la procédure et même une violation grave du principe de célérité ne sauraient être sanctionnés par le rejet de la demande d'entraide, la Suisse restant tenue d'accorder l'entraide requise compte tenu du fait que la procédure d'entraide judiciaire vise à promouvoir la coopération interétatique en matière pénale[478]. Si la procédure n'est pas close, il s'impose de prendre les mesures prévues par les art. 17a al. 2 et 79a EIMP, ainsi que, cas échéant, celles relevant de la surveillance ou de la haute surveillance[479].

---

473. TF 1C_624/2022 du 21.4.2024, consid. 4.4 (non publié à l'ATF 149 IV 376). Dans le même sens : TF 1C_543/2023* du 7.3.2024, consid. 5.1 ; TF 1C_239/2014 du 18.8.2014, consid. 2.2 ; TF 1A.1/2009 du 20.3.2009, consid. 4.4 ; TF 1A.65/2000 du 4.4.2000.
474. Même si les actes exécutés au profit de l'État étranger relèvent du droit pénal, la procédure d'entraide conduite en Suisse ressortit au droit administratif, cf : Ludwiczak Glassey, Précis, N. 30 ss ; Zimmermann, N. 8.
475. TPF RR.2022.89 du 22.11.2022, consid. 3.2.
476. TF 1C_696/2023 du 8.1.2024, consid. 2.
477. Ludwiczak, Chemins, p. 297.
478. TF 1C_624/2022* du 21.4.2024, consid. 4.4 (non publié à l'ATF 149 IV 376) ; TF 1C_239/2014 du 18.8.2014, consid. 2.2 ; TF 1A.1/2009 du 20.3.2009, consid. 4.4.

D. Concrétisations normatives et jurisprudentielles

13 Le principe de célérité est mis en œuvre de différentes manières dans la loi et la jurisprudence.

14 Sur le plan normatif tout d'abord, le principe de célérité est essentiellement concrétisé au travers des délais brefs marquant la rapidité avec laquelle la procédure d'entraide doit être exécutée aussi bien devant l'autorité de première instance que devant le Tribunal fédéral : ainsi, il n'existe pas de féries judiciaires dans l'EIMP (art. 12 al. 2 et 46 al. 2 let. d LTF) ; il n'y a en outre pas d'effet suspensif en cas de recours en principe (art. 21 al. 4 1ème phr. EIMP et art. 103 al. 1 LTF), exception faite des cas mentionnés aux art. 21 al. 4 2ème phr. EIMP et 103 al. 2 let. c LTF[480] ; par ailleurs, le délai de recours au Tribunal fédéral est de 10 jours (art. 102 al. 2 let. b LTF)[481] ; enfin, un délai de 15 jours est fixé à notre Haute Cour par le législateur pour rendre un arrêt d'irrecevabilité à compter du terme de l'échange d'écritures entre les parties. Ce délai ne vaut toutefois pas lorsque « la procédure d'extradition concerne une personne dont la demande d'asile n'a pas encore fait l'objet d'une décision finale entrée en force » (art. 107 al. 3 LTF)[482].

15 Les expressions du principe de célérité dans la loi vont au-delà de la seule question des délais. Par exemple, l'autorité d'exécution doit prendre « immédiatement » les mesures provisoires qui s'imposent au sens de l'art. 18 EIMP[483]. En outre, elle peut recourir à l'entraide au sens strict (art. 80c EIMP) et à l'extradition simplifiée (art. 54 EIMP) si la personne concernée y consent[484]. Par ailleurs, l'absence de recours « incident » dans le contexte de la transmission d'informations ou de documents relevant du domaine secret (art. 80e al. 1 EIMP) participe également à la mise en œuvre du principe de célérité par « la concentration des voies de recours à l'issue de la procédure », sous réserve des exceptions prévues à l'art. 80e al. 2 EIMP[485]. Enfin, Ludwiczak Glassey souligne que les dispositions relatives à l'entraide

479. TF 1C_624/2022* du 21.4.2024, consid. 4.4 (non publié à l'ATF 149 IV 376) ; TF 1A.1/2009 du 20.3.2009, consid. 4.5.
480. PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 17a EIMP N. 6.
481. TF 1C_247/2022 du 16.6.2022, consid. 4.1.
482. PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 17a EIMP N. 6 ; TF 1C_96/2007 du 10.5.2007, consid. 1.
483. TF 1C_572/2019 du 6.11.2019, consid. 2.3.
484. PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 17a EIMP N. 6.
485. Harari/Corminboeuf Harari, p. 79.

dynamique (art. 18b et 80d^{bis} ss EIMP) s'inscrivent « dans un objectif général de célérité », dès lors que ces instruments « permettent de rendre plus prompt un certain usage (restreint) des pièces par l'autorité requérante avant la fin de la procédure d'entraide », quand bien même ils ne rendent pas la procédure plus rapide[486].

Dans la jurisprudence ensuite, le principe de célérité a également fait l'objet d'une concrétisation sur la question des délais[487]. Ainsi, un délai de 10 jours s'applique à la partie devant payer une avance de frais[488]. Il est également de 10 jours s'agissant du droit de répliquer[489]. Ce dernier peut cependant, sous réserve d'un refus[490], faire l'objet d'une prolongation de 7 jours[491]. 16

Qui plus est, la jurisprudence retient qu'une suspension de la procédure par les autorités suisses peut s'avérer contraire au principe de célérité et, partant, conduire à un refus d'une requête en ce sens[492]. Ce refus est en particulier justifié lorsque la demande de suspension est fondée sur une requête déposée devant la Cour européenne des droits de l'homme et vise à surseoir à la décision de l'autorité d'exécution jusqu'à la décision de la juridiction de Strasbourg, alors qu'elle n'est pas attendue dans un proche avenir[493]. Il en va de même s'agissant de la requête de suspension dans l'attente de l'issue d'une procédure parallèle menée dans l'État requérant[494]. En outre, dans le cas où deux demandes d'extradition parallèles sont présentées à la Suisse par deux États, cette dernière n'a pas l'obligation de statuer simultanément sur les deux demandes selon la jurisprudence. Ainsi, après avoir déterminé, à la lumière des critères légaux, le pays devant bénéficier prioritairement de l'extradition, l'OFJ examine l'admissibilité de la requête présentée par cet État. Si elle doit être admise, il se justifie alors d'y donner suite sans délai, en application du principe de célérité[495]. 17

486. PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 17a EIMP N. 8.
487. PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 17a EIMP N. 6.
488. TF 1C_247/2022 du 16.6.2022, consid. 4.1 ; TF 1C_227/2022 du 8.4.2022, consid. 1.3 ; ATF 130 II 14, consid. 4.4.
489. TF 1C_529/2017 du 2.11.2017, consid. 1.3.1 ; TF 5A_1022/2015 du 29.4.2016, consid. 3.2.2.
490. TC 1C_698/2020 du 8.2.2021, consid. 3.2.
491. TF 1C_227/2022 du 8.4.2022, consid. 1.3 ; ATF 130 II 14, consid. 4.4.
492. TF 1C_696/2023 du 8.1.2024, consid. 2.
493. TF 1A_29/2007 du 13.8.2007, consid. 1.3.
494. PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 17a EIMP N. 6 ; TPF RR.2017.77-80 du 6.11.2012, consid. 5.3.

18 Le principe de célérité crée également des devoirs pour la personne touchée par la mesure d'entraide. En particulier, cette dernière doit participer au tri des pièces lorsqu'une demande d'entraide porte sur la remise de moyen de preuve, en ce sens qu'elle doit préciser à l'autorité d'exécution les pièces qui ne devraient pas selon elle faire l'objet d'une remise et sur la base de quels motifs. Le non-respect de cette obligation est sanctionné par la forclusion de ce droit[496].

III. OBLIGATION D'INFORMER ET DROIT D'INTERVENTION DE L'OFJ (AL. 2)

19 L'OFJ a notamment pour fonction de veiller à la bonne application de l'EIMP selon l'art. 16 al. 1 3ème phr. EIMP. Dans le cadre de cette fonction, il doit ainsi veiller au respect du principe de célérité. Le législateur a donc prévu à l'art. 17a al. 2 1ère phr. EIMP qu'à la requête de l'OFJ, l'autorité d'exécution doit l'informer sur l'état de la procédure, les raisons d'un éventuel retard ainsi que les mesures envisagées. En outre, l'OFJ dispose de la possibilité d'intervenir auprès de l'autorité de surveillance compétente en cas de retard injustifié (art. 17a al. 2 2ème phr. EIMP). Lorsque l'OFJ est l'autorité compétente, le Conseil fédéral est l'autorité de surveillance (art. 187 al. 1 let. a Cst. *cum* art. 8 al. 3 LOGA)[497].

IV. ASSIMILATION DU DÉNI DE JUSTICE À UNE DÉCISION NÉGATIVE (AL. 3)

20 Aux termes de l'art. 17a al. 3 EIMP, si « l'autorité compétente, sans motif, refuse de statuer ou tarde à se prononcer, son attitude est alors assimilée à une décision négative sujette à recours ». Ce faisant, le législateur assimile le déni de justice à une décision négative et ouvre une voie de recours expresse contre celui-ci. Le législateur a souhaité par ce biais permettre à l'OFJ en sa qualité d'autorité de surveillance et de partie à la procédure de pouvoir intervenir plus efficacement en cas déni de justice[498].

---

495. TF 1C_315/2011, consid. 2.2 du 1.9.2011, consid. 2.2 ; PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 17a EIMP N. 6.
496. PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 17a EIMP N. 7.
497. TF 1A.1/2009 du 20.3.2009, consid. 4.5.
498. FF 1995 III 1, 18.

BIBLIOGRAPHIE

Dang Martine/Nguyen Minh Son, Art. 29, in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Bâle 2021.

Harari Maurice/Corminboeuf Harari Corinne, Entraide internationale en matière pénale et transmission anticipée à l'État requérant, in : Eigenmann Antoine/Poncet Charles/Ziegler Bernard (édit.), Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller, Bâle 2016, 77 ss.

Ludwiczak Maria, À la croisée des chemins du CPP et de l'EIMP – la problématique de l'accès au dossier, RPS 2015 p. 295 ss (cité : Ludwiczak, Chemins).

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Bâle 2018 (cité : Ludwiczak Glassey, Précis).

Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire de la Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, Bâle 2024.

Moreillon Laurent (édit.), Entraide internationale en matière pénale, EIMP, TEJUS, LTEJUS, TEXUS, Commentaire romand, Bâle 2004.

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Steinmann Gerold/Schindler Benjamin/Wyss Damian, Art. 29, in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4ème éd., St.-Gall 2023.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5ème éd., Berne 2019.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 32 EIMP

Un commentaire de Andrés Payer

PROPOSITION DE CITATION

Andrés Payer, Commentaire de l'art. 32 EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Payer, art. 32 EIMP N. XXX.

Deuxième partie
Extradition

Chapitre 1 Conditions

Art. 32 Ressortissants étrangers

Tout étranger peut être remis aux fins de poursuite pénale ou d'exécution d'une sanction privative de liberté à l'État qui a le droit de connaître de l'infraction et qui demande l'extradition ou qui accepte, à la demande de la Suisse, une délégation de poursuite pénale ou d'exécution.

TABLE DES MATIÈRES

I. Historique 153
II. Contexte de la disposition. Importance et raison d'être de l'extradition 153
III. Contenu détaillé de la norme 154
A. Concrétisation de la notion d'extradition 155
B. Formulation des premières conditions requises pour l'extradition 155
1. Étranger 155
2. Remise à un autre État 157
3. Infraction 158
4. But de la remise : poursuite pénale ou exécution d'une sanction privative de liberté 161
5. Demande 162
Bibliographie 162
Matériaux 165

I. HISTORIQUE

L'art. 32 EIMP est entré **en vigueur** le 1er janvier 1983 avec la loi sur l'entraide judiciaire. Il est resté inchangé depuis lors. 1

L'**extradition** de délinquants présumés ou condamnés d'un souverain (aujourd'hui : État) à un autre, qui fait l'objet des art. 32 ss EIMP, est la forme originelle de l'entraide judiciaire en matière pénale et a une longue **histoire**, dont seule la partie moderne sera brièvement esquissée ici. Le principe « aut dedere aut punire » (extrader ou punir), postulé par Grotius au XVIIe siècle, est particulièrement connu, même s'il n'est pas le premier du genre. À partir du XVIIIe siècle, les pays européens ont commencé à conclure entre eux des traités d'extradition qui servaient de base juridique à ces extraditions. Au XIXe siècle, les premières lois sur l'extradition ont été introduites afin d'empêcher que les États ne deviennent des refuges pour les criminels. La Suisse a adopté une telle loi en 1892, qui est restée en vigueur jusqu'à l'entrée en vigueur de l'EIMP. 2

L'art. 1 de la loi sur l'extradition de 1892 peut être considéré comme la **disposition antérieure** à l'art. 32 EIMP. Dans son message de 1976, le Conseil fédéral semble avoir considéré que l'art. 28 EIMP (devenu art. 32 EIMP) n'apportait aucun changement par rapport à l'ancien droit. 3

II. CONTEXTE DE LA DISPOSITION. IMPORTANCE ET RAISON D'ÊTRE DE L'EXTRADITION

L'art. 32 EIMP marque le début de la **deuxième partie de la loi sur l'entraide judiciaire**, qui régit l'extradition. En 1976 encore, le Conseil fédéral estimait qu'elle devait être considérée comme « la forme la plus importante de coopération internationale ». Cela explique pourquoi elle occupe une place prépondérante parmi les formes d'entraide judiciaire dans la systématique de l'EIMP. L'extradition continue de jouer un rôle important dans la pratique suisse de l'entraide judiciaire. Elle constitue également la mesure la plus radicale dans le domaine de l'entraide judiciaire pour la personne concernée et une caractéristique propre à l'entraide judiciaire en matière pénale : l'entraide judiciaire en matière civile et administrative ne prévoit pas le transfert forcé d'une personne vers un autre État. Seule la gravité de l'infraction reprochée (au-delà d'un certain seuil) peut la justifier. 4

Ce n'est donc pas un hasard si l'extradition est également qualifiée de « grande entraide judiciaire ».

5 La **ratio de l'extradition** est, d'une part, la même que pour les autres formes d'entraide pénale : aider les autres États à lutter contre la criminalité. Il ne s'agit toutefois pas d'altruisme pur, car cette aide est également soumise à la réciprocité (cf. art. 8 EIMP), c'est-à-dire qu'une aide correspondante est attendue en cas de besoin (do ut des). D'autre part, l'extradition sert aussi les intérêts propres de la Suisse, qui ne souhaite pas héberger des personnes présumées délinquantes à l'étranger et potentiellement dangereuses, ni devenir un refuge prisé des criminels étrangers. Du point de vue de l'État auquel l'extradition est demandée, la procédure permet de condamner l'auteur de l'infraction à une peine juste et d'exercer ainsi un effet préventif général (ratio de la remise).

6 Dans la deuxième partie de l'EIMP, l'art. 32 figure au début du **chapitre 1**, qui régit les conditions de l'extradition. L'art. 32 EIMP reprend le privilège national prévu à l'art. 7, al. 1, EIMP en matière d'extradition, en stipulant que seuls les « étrangers » peuvent être extradés (cf. N. 13 ss) et prévoit le motif d'extradition concrétisé par l'art. 35 EIMP, à savoir une infraction déterminée (infraction donnant lieu à l'extradition) (cf. N. 22 ss).

7 Comme toutes les autres procédures d'entraide judiciaire internationale en matière pénale, l'extradition est soumise aux **dispositions générales de la loi sur l'entraide judiciaire** (art. 1 ss EIMP).

8 Il convient de tenir compte du **rapport entre** l'art. 32 EIMP **et les dispositions des traités internationaux et du droit cantonal**. Selon l'art. 1, al. 1, let. a, EIMP, les dispositions des accords internationaux (traités d'entraide judiciaire ou d'extradition) priment sur la deuxième partie de l'EIMP et donc aussi sur son art. 32. Les art. 32 ss EIMP priment quant à eux sur le droit cantonal (art. 49, al. 1, Constitution fédérale de la Confédération suisse [Cst.]).

III. CONTENU DÉTAILLÉ DE LA NORME

9 L'art. 32 EIMP peut se voir attribuer deux **fonctions** : d'une part, la norme contribue à clarifier la notion d'extradition dans le droit en vigueur (A.) et, d'autre part, elle énonce les conditions préalables à l'extradition (B.), qui sont complétées par les articles suivants de la loi sur l'entraide judiciaire.

L'art. 32 EIMP est formulé comme une « **disposition potestative** » ; il ne fonde pas une obligation d'extradition (pour les motifs d'extradition, voir N. 5). L'art. 32 EIMP reflète ainsi le principe énoncé à l'art. 1, al. 4, EIMP, selon lequel la loi sur l'entraide judiciaire ne permet pas de déduire un droit à la coopération. Une obligation d'extradition peut toutefois découler d'accords internationaux (voir N. 8). 10

A. Concrétisation de la notion d'extradition

L'art. 32 EIMP permet de tirer des conclusions sur la notion d'extradition qui sous-tend la loi sur l'entraide judiciaire. Comme l'a expliqué le Conseil fédéral dans son message de 1976 relatif à cette loi, « extrader » signifiait, sous le régime de la loi sur l'extradition de 1892, « remettre la personne poursuivie à l'État requérant en vue de la poursuite ou de l'exécution d'une peine pour des faits relevant de la compétence (originaire) de cet État ». Sous le régime de la loi sur l'entraide judiciaire, il s'agit toujours de la remise d'une personne à un autre État en vue de la poursuite ou de l'exécution d'une peine pour des actes que cet État peut punir. Conformément aux conventions européennes, l'extradition est désormais également un instrument permettant le transfert (forcé) de la personne poursuivie **vers l'État requis pour la poursuite ou l'exécution de la peine**. Cela ressort du texte de l'art. 32 in fine EIMP ainsi que des documents y afférents. L'initiative d'une extradition vers l'étranger ne doit donc pas nécessairement émaner de l'étranger et la compétence pénale de celui-ci ne doit pas être originaire (mot-clé : administration substitutive de la justice pénale). 11

B. Formulation des premières conditions requises pour l'extradition

Le libellé de l'art. 32 EIMP permet de déduire les premières conditions requises pour l'extradition, complétées par les dispositions légales suivantes : 12

1. Étranger

Premièrement, la personne concernée doit en principe être un *étranger*. Cela ressort à la fois du titre et du libellé de l'art. 32 EIMP dans les trois langues officielles. Le fait que seuls les étrangers peuvent en principe être extradés – ce qu'on appelle le **privilège du ressortissant** – découle également de l'art. 25, al. 1, deuxième partie de la phrase, Cst. et de l'art. 7, al. 1, EIMP. 13

14 Il ressort de ces deux dernières dispositions que ce n'est pas la possession d'une nationalité étrangère (du pays requérant ou d'un autre pays) qui est déterminante pour la possibilité d'extradition, mais l'**absence de nationalité suisse**. Est donc étranger au sens de l'art. 32 EIMP toute personne qui ne possède pas la nationalité suisse (au sens de la Loi sur la nationalité) (notion purement négative). Les personnes ayant la double ou la multiple nationalité suisse et étrangère ne sont donc pas des étrangers au sens de cette disposition, contrairement aux apatrides et aux personnes titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement en Suisse ou ayant le statut de réfugié.

15 Le **moment** auquel les conditions d'extradition sont évaluées ou auquel l'extradition est exécutée (et non le moment où l'infraction a été commise) est déterminant. Toute personne ayant perdu la nationalité suisse avant la décision d'extradition peut donc être extradée, mais pas celle qui l'a acquise (même immédiatement) avant la décision ou l'extradition prévue. Il convient donc également de tenir compte de l'acquisition ou de la perte de la nationalité suisse après la première décision dans le cadre de la procédure de recours.

16 Contrairement à ce que pourrait laisser supposer le libellé de l'art. 32 EIMP, l'**extradition de ressortissants suisses** n'est pas exclue en soi, mais est possible si ceux-ci y consentent (art. 25, al. 1, deuxième partie de la phrase, Cst. ; art. 7, al. 1, EIMP ; cf. également art. 54 EIMP). Dans ce cas, les mêmes conditions s'appliquent à l'extradition.

17 D'autres cas dans lesquels des ressortissants suisses peuvent être remis à l'étranger sont le **transfert à la Cour pénale internationale** (cf. art. 16, al. 3, de la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale [CPCI]), le **transit** (art. 7, al. 2, art. 20*a* EIMP), le **retour** (art. 7, al. 2, EIMP) et le **transfèrement** temporaire au sens de l'art. 70 EIMP, auquel cas un sauf-conduit doit être accordé (art. 70, al. 1, EIMP). L'art. 101 EIMP parle également de transfert dans le contexte du transfert de l'exécution des peines à l'étranger, bien qu'il n'y ait ici aucune raison apparente de ne pas parler d'extradition. Alors que le transit et la restitution sont traditionnellement considérés comme des types particuliers d'extradition, le législateur et la plupart des auteurs souhaitent distinguer clairement, sur le plan terminologique et conceptuel, le transfert à la Cour pénale internationale de l'extradition. Ceci semble être principalement destiné à contourner la

disposition constitutionnelle selon laquelle les ressortissants suisses ne peuvent être extradés sans leur consentement (art. 25, al. 1, Cst.).

2. Remise à un autre État

Deuxièmement, la remise doit être effectuée à un *autre État*. Selon le libellé de la loi, aucune « extradition » au sens de l'EIMP n'est donc possible vers des autorités suisses internes – comme le suggèrent déjà le titre et le contexte de l'EIMP –, vers des communautés non constituées en États ou vers des organisations inter ou supranationales (voir toutefois N. 20 concernant ces organisations). Toutefois, dans l'affaire TPF 2008 61, le Tribunal pénal fédéral a approuvé l'extradition vers la Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo. Il s'agissait là d'un cas particulier, dans la mesure où ladite autorité exerçait le pouvoir administratif sur le Kosovo (y compris le pouvoir judiciaire). 18

La **constitution en tant qu'État** présuppose, selon la doctrine des trois éléments reconnue en droit international, un territoire national, un peuple et un pouvoir étatique. Selon la pratique suisse, il n'est pas nécessaire que l'État requérant soit reconnu internationalement comme un État ; la Suisse n'est même pas tenue de le reconnaître comme tel, car la reconnaissance n'a qu'un effet déclaratoire. 19

La modification de l'art. 1 EIMP, entrée en vigueur le 1er juin 2021, soulève la question de savoir si l'art. 32 EIMP s'applique également par analogie aux **tribunaux internationaux ou à d'autres institutions intergouvernementales ou supranationales** (cf. art. 1, al. 3bis et 3ter EIMP). Le message relatif à cette modification plaide en ce sens : « L'ouverture de l'art. 1 EIMP a [...] pour conséquence non seulement d'assouplir l'entraide judiciaire, mais aussi la coopération en matière d'« extradition » [...]. » En ce qui concerne la Cour pénale internationale, il convient toutefois de tenir compte de la LSIA en tant que lex specialis. La remise d'une personne par la Suisse à la Cour pénale internationale est régie exclusivement par cette loi plus spécifique et ne constitue donc pas une extradition, mais un *transfert* (voir N. 17). 20

L'art. 32 EIMP, qui parle de *« remise »*, suppose implicitement que la **personne concernée se trouve sur le territoire national**. 21

3. Infraction

22 Troisièmement, la remise doit être effectuée sur la base d'un *acte punissable par l'autre État.* Alors que le texte de loi italien parle d'« atti » et le texte allemand d'« Handlungen », le texte français utilise le terme « infraction », qui inclut déjà la violation du droit, mais est plus ouvert quant à la nature de celle-ci, car il peut également inclure l'omission. Toutefois, les « actes » ou « atti » visés à l'art. 32 EIMP doivent également être compris dans un sens large, englobant à la fois les actions et les omissions. Cette interprétation est conforme à l'art. 35 EIMP, qui définit les caractéristiques que doit présenter l'infraction et parle de « délits » et d'« infractions » (« reati ») sans prévoir de limitation aux infractions commises.

23 Dans la mesure où l'art. 32 EIMP exige que l'autre État « puisse punir » (« a le droit de connaître de »/« può reprimere ») l'acte en question, cela signifie qu'il doit disposer de la compétence pénale (pouvoir de punir) à son égard, et ce dans les deux sens du terme : d'une part, il doit avoir le droit, en vertu du droit international, de punir l'acte (ius puniendi), c'est-à-dire qu'il doit pouvoir s'appuyer sur un principe de rattachement reconnu en droit international (principe de territorialité, principe du pavillon ou de l'immatriculation, principe de personnalité active ou passive, principe de protection de l'État ou principe d'universalité) ou sur une autre base reconnue en droit international (en particulier le principe de la compétence pénale par substitution). C'est ce qui ressort le mieux du libellé français de l'art. 32 EIMP, qui se réfère expressément à la compétence et non à la capacité, et qui correspond à la notion traditionnelle et actuelle d'extradition (cf. N. 11). En outre, l'autre État doit effectivement punir cet acte (conformément à son droit pénal).

24 En principe, la base de droit international sur laquelle l'autre État fonde sa compétence pénale, par exemple le principe de territorialité ou le principe de protection de l'État (cf. principe d'universalité N. 28 ss), n'a pas d'importance. Toutefois, il découle du principe de réciprocité que cette base doit être telle que la Suisse puisse exiger l'extradition de cet État.

25 Fiolka conclut de l'exigence d'un « acte que l'autre État peut punir » que l'acte doit être punissable selon le droit de l'autre État, que ce droit doit lui être applicable et que les autorités étrangères doivent être compétentes pour « punir » l'acte. Cela semble nécessiter une précision : le premier point ne ressort clairement que de l'art. 35, al. 1, let. a, EIMP. Il peut ensuite arriver que

l'autre État revendique la compétence pénale, mais déclare applicable un droit pénal étranger (par exemple en tant que lex mitior) ; cela ne devrait toutefois pas exclure l'extradition. Enfin, la compétence interne de l'autorité étrangère ne doit pas être examinée.

La jurisprudence applique un critère d'appréciation restrictif. Selon celui-ci, l'entraide judiciaire ou l'extradition ne doit être refusée que si l'absence de compétence pénale de l'autre État est tellement évidente que sa demande apparaît comme abusive ou que l'affirmation de sa propre compétence semble arbitraire. Toutefois, dans la mesure où cette réserve est justifiée par le fait qu'il s'agit d'une question d'« interprétation du droit de l'État requérant », qui relève « en premier lieu de la compétence de ses autorités », elle est insuffisante, car la compétence pénale étrangère doit également pouvoir se fonder sur le droit international public en vigueur (voir N. 23). 26

Le critère très favorable à l'entraide judiciaire appliqué par la jurisprudence a pour conséquence que l'extradition ne doit être refusée pour défaut de motif valable au sens de l'art. 32 EIMP que dans les cas où l'État requérant n'a aucun lien avec l'infraction ou où sa compétence pénale sur l'infraction ne repose sur aucune base de droit international public. Les accords internationaux peuvent toutefois prévoir un autre critère. 27

Comment traiter une demande d'extradition dans laquelle l'État requérant invoque le principe d'universalité (principe de la compétence mondiale) pour justifier sa compétence pénale ? Il convient de distinguer deux cas de figure. 28

Si l'auteur présumé ne se trouvait pas auparavant sur le territoire de l'État requérant, il s'agit clairement d'un cas de principe d'universalité illimitée (également appelé principe d'universalité absolue, pure ou véritable), selon lequel la présence de l'auteur sur le territoire de l'autorité pénale n'est pas nécessaire. Ce principe ne peut actuellement pas être considéré comme reconnu en droit international. Il a certes été repris par certains ordres juridiques (par exemple en Allemagne et en Nouvelle-Zélande), mais il reste très controversé et le seuil de sa reconnaissance en droit international coutumier ne semble pas avoir été franchi. 29

La particularité de la situation qui nous intéresse ici est que, en cas d'extradition, l'État requérant ne serait plus tenu de se fonder sur le principe d'universalité illimitée, mais pourrait désormais poursuivre la personne extradée sur la base du principe d'universalité limitée, reconnu en droit 30

international public. Toutefois, l'art. 32 EIMP n'exige pas que l'autre État puisse punir l'infraction, mais qu'il puisse la punir. Une interprétation évidente est que l'autre État doit déjà disposer de la compétence pénale fondée sur le droit international public et qu'il ne suffit pas qu'il l'obtienne seulement par l'extradition (en d'autres termes : une compétence pénale hypothétique ou conditionnelle n'est pas suffisante). On peut toutefois objecter que l'art. 32 EIMP mentionne dans sa dernière partie la prise en charge de la poursuite ou de l'exécution de la peine par l'autre État à la demande de la Suisse et fait ainsi allusion à l'exercice substitutif de la compétence pénale, dans le cadre duquel l'autre État ne dispose toutefois pas encore de compétence pénale en vertu du droit international public. Il semble donc suffire, pour l'art. 32 EIMP, que l'autre État puisse punir l'infraction après l'extradition.

31 À cela s'ajoute le point de vue suivant : même si, comme dans la configuration discutée ici, l'État requérant ne peut finalement fonder sa compétence pénale sur le droit international existant, sa demande apparaîtra d'autant moins abusive que celle-ci (ici : la portée du principe d'universalité) est controversée. En application du critère très favorable à l'entraide judiciaire du Tribunal fédéral – qui n'est certes pas justifié de manière convaincante (voir N. 26) –, une demande fondée sur le principe d'universalité illimitée pourrait donc néanmoins être acceptée.

32 Si l'auteur présumé se trouvait initialement sur le territoire de l'État requérant qui a ouvert une enquête à son encontre et s'il a ensuite quitté ce territoire, on peut faire valoir qu'il s'agit d'un cas de **principe d'universalité restreint**. La question de savoir si ce principe couvre effectivement ce cas en droit international ou si la compétence pénale expire lorsque l'auteur présumé quitte le territoire national nécessite une analyse du droit international coutumier, qui n'est pas possible ici. Dans cette configuration, la demande d'extradition semble en tout état de cause encore moins abusive et sera donc susceptible d'être acceptée, ne serait-ce que parce que la Suisse fait elle-même usage de sa compétence pénale dans la même configuration et adresse des demandes d'extradition à l'étranger.

33 Enfin, il convient de mentionner dès à présent que l'**acte** en question doit avoir été commis par **la personne concernée** elle-même (ou lui être imputable). Nous y reviendrons immédiatement (N. 34).

4. But de la remise : poursuite pénale ou exécution d'une sanction privative de liberté

Quatrièmement, la remise doit avoir lieu aux fins de poursuites pénales ou d'exécution d'une sanction privative de liberté. Cela renvoie à l'art. 1, al. 1, let. a, EIMP. Tout **autre but**, tel que la conduite d'une procédure civile ou administrative ou l'audition dans le cadre d'une autre procédure pénale (contre des tiers) dans le pays étranger concerné, est exclu. Les poursuites pénales ou la sanction à exécuter doivent donc viser l'acte commis par la personne concernée (ou qui lui est imputable). 34

L'**extradition en vue de poursuites pénales** sert à l'arrestation et à la remise d'une personne accusée dans le cadre d'une procédure pénale étrangère, afin que les autorités judiciaires étrangères puissent mener une procédure pénale à son encontre. La condition préalable est qu'une procédure pénale soit au moins en cours de préparation à l'étranger contre la personne concernée. 35

Il ressort de l'art. 35, al. 1, let. a, EIMP que, même dans le cas d'une extradition à des fins de poursuite pénale (et pas seulement dans celui d'une extradition à des fins d'exécution de la sanction), l'infraction doit présenter une **certaine gravité**. La disposition exige en effet un délit qui, selon le droit suisse et celui de l'État requérant, est passible d'une peine privative de liberté d'une durée maximale d'au moins un an ou d'une peine plus sévère. 36

L'**extradition en vue de l'exécution d'une sanction privative de liberté** a pour but l'arrestation et la remise à l'autre État d'une personne faisant l'objet d'une décision étrangère exécutoire et définitive prononçant une sanction privative de liberté. Par sanctions privatives de liberté (cf. art. 11, al. 2, EIMP), on entend les peines privatives de liberté et les mesures institutionnelles. Le terme « privative de liberté » est donc ici synonyme de « privative de liberté », comme l'indique clairement la version française (« sanction privative de liberté »). 37

La loi ne mentionne pas de **durée minimale de la sanction à exécuter**. Selon le message relatif à l'EIMP, « il va de soi qu'une extradition n'apparaît plus proportionnée lorsque la privation de liberté restant à purger est inférieure à trois mois environ ». De tels cas devraient être subsumés sous l'art. 4 EIMP. Plusieurs traités d'extradition fixent expressément la durée minimale des sanctions à exécuter pour que l'obligation contractuelle 38

d'extradition s'applique (par exemple, art. 2, ch. 1, MAE : quatre mois ; art. 2, ch. 1, CEEJ : six mois).

39 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral dans le contexte du traité d'extradition, l'**extradition en vue de l'exécution d'une peine privative de liberté avec sursis** n'est possible que si le sursis est révoqué (condition suspensive). Il n'y a aucune obligation d'appliquer cette jurisprudence au contexte de l'EIMP, d'autant plus qu'il n'y a pas d'obligation d'extradition dans ce cas, contrairement au traité d'extradition. Il convient plutôt de procéder à un examen de proportionnalité au cas par cas, étant entendu que tant la peine restante que la période probatoire restante ne peuvent être inférieures au minimum applicable aux peines fermes (cf. N. 38).

5. Demande

40 Cinquièmement, l'autre État doit soit **demander l'extradition** (cf. art. 27 ss EIMP), soit, **à la demande de la Suisse**, **se charger** des poursuites pénales ou de l'exécution du jugement pénal (cf. art. 88 s., 100 ss EIMP). Les deux dernières variantes supposent également le consentement explicite de l'autre État à l'extradition. Elles devraient rarement être utilisées dans la pratique.

Remerciements :

L'auteur remercie les éditeurs du commentaire en ligne et un expert anonyme.

BIBLIOGRAPHIE

Achermann Alberto, Kommentierung zu Art. 25 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Aufiero Giuseppe, Non-refoulement en matière d'expulsion pénale, d'extradition et de transfèrement forcé, AJP 2025, S. 773–784.

Conrad Peter, Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit im Rechtshilfe- und Strafanwendungsrecht, Hamburg 2013.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2024.

Fiolka Gerhard, Kommentierung zu Art. 7 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Fiolka Gerhard, Kommentierung zu Art. 32 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Garré Roy, Kommentierung zu Art. 35 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl., Basel 2021.

Grotius Hugo, De jure belli ac pacis, Libri tres, Aalen 1993 (Orig. 1625).

Heimgartner Stefan, Auslieferungsrecht, Zürich et al. 2002.

Henzelin Marc, L'Etat requérant en matière de coopération judiciaire : extensions et limites de l'approche pragmatique, in: Zen-Ruffinen Piermarco (Hrsg.), Du monde pénal, Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle, Basel et al. 2006, S. 193–204.

Jellinek Georg, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914.

Kaltchas Emmanuel, De l'extradition en cas de concours de compétences de plusieurs États, Lausanne 1934.

Keshelava Tornike/Payer Andrés, Vorbemerkungen zu Art. 3 ff. StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans/Maeder Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 5. Aufl., Basel, im Erscheinen.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basel 2018 (zit. Ludwiczak Glassey, Entraide).

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 32 IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 101 IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, Compétence universelle et demande d'extradition : pouvoir d'appréciation de l'OFJ, in: https://www.crimen.ch/211 vom 31.8.2023.

Macaluso Alain/Rodriguez-Vigouroux Hélène, Le principe constitutionnel de non-extradition des citoyens suisses, AJP 2023, S. 990–999.

Markees Curt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Das Bundesgesetz vom 20. März 1981 (IRSG), Schweizerische Juristische Kartothek, Karten Nr. 421a und 422, Genf 1982.

Martitz Ferdinand von, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Bd. 1, Leipzig 1888.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale, EIMP - TEJUS - LTEJUS - TEXUS, Basel 2004.

Payer Andrés, Territorialität und grenzüberschreitende Tatbeteiligung, Zürich et al. 2021.

Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Niggli Marcel Alexander, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011.

Rienzo Lorenzo, Das Universalitätsprinzip bei der Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen nach schweizerischem Strafrecht, Zürich et al. 2014.

Robinson Darryl/Vasiliev Sergey/Sliedregt Elies van/Oosterveld Valerie, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 5. Aufl., Cambridge 2024.

Scheim Ernest/Markees K.A., Extradition dans les relations internationales (Entr'aide judiciaire en matière pénale), Schweizerische Juristische Kartothek, Karte Nr. 755, Genf 1941.

Schork Alexander, Das Auslieferungsverfahren in der Schweiz und in Deutschland unter Einbeziehung des Europäischen Haftbefehls, Frankfurt a.M. 2009.

Schwarzenbach Alfred, Das materielle Auslieferungsrecht der Schweiz nach dem Bundesgesetz vom 22. Januar 1892 und den geltenden Verträgen, Zürich 1901.

Wilt Harmen van der, The Law and Practice of Extradition, Abingdon et al. 2022.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6. Aufl., Bern 2024.

MATÉRIAUX

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, 1977, Bd. 5, Wintersession, Ständerat, Sitzung vom 29.11.1977 zum Geschäft Nr. 76.033, S. 612–637, abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20006302.pdf?id=20006302, besucht am 24.8.2025.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, 1979, Bd. II, Sommersession, Nationalrat, Sitzung v. 12.6.1979, Geschäft Nr. 76.033, S. 647–664, abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20007652.pdf?ID=20007652, besucht am 24.8.2025.

Botschaft des Bundesrathes an die Bundesversammlung zum Entwurf des Bundesgesetzes betreffend die Auslieferung gegenüber dem Ausland vom 9.6.1890, BBl 1890 III 316 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1890/3_316_193_/de, besucht am 17.8.2025.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen und einem Bundesbeschluss über Vorbehalte zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen
vom 8.3.1976, BBl 1976 II 444 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1976/2_444_430_443/de, besucht am 17.8.2025.

Botschaft über das Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, das Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof und eine Revision des Strafrechts vom 15.11.2000, BBl 2001 391 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/133/de, besucht am 17.8.2025.

Botschaft zur Änderung von Artikel 1 des Rechtshilfegesetzes vom 6.11.2019, BBl 2019 7413 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/2683/de, besucht am 17.8.2025.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 35 EIMP

Un commentaire de Andrés Payer

PROPOSITION DE CITATION

Andrés Payer, Commentaire de l'art. 35 EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Payer, art. 35 EIMP N. XXX.

Art. 35 Infractions donnant lieu à extradition

[1] L'extradition peut être accordée s'il ressort des pièces jointes à la demande que l'infraction:

a. est frappée d'une sanction privative de liberté d'un maximum d'au moins un an ou d'une sanction plus sévère, aux termes du droit suisse et du droit de l'État requérant, et

b. ne relève pas de la juridiction suisse.

[2] Pour déterminer si un acte est punissable en droit suisse, il n'est pas tenu compte:

a. des conditions particulières de ce droit en matière de culpabilité et de répression;

b. du champ d'application à raison du temps et des personnes défini par le code pénal et le code pénal militaire du 13 juin 1927 en ce qui concerne le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.

TABLE DES MATIÈRES

I. Historique 170
II. Contexte de la disposition 170
III. Contenu détaillé de la norme 171
A. Documents joints à la demande servant de base à l'examen (al. 1). En même temps, la nature interne de la procédure d'extradition 172
B. Condition positive : menace réciproque d'une sanction minimale (al. 1, let. a) ... 175
1. Principe de la double incrimination 175
a. Ratio 175
b. Effets secondaires 178
c. Domaines d'application et différences respectives 178
2. Seuil minimal : sanction privative de liberté d'un an 180
3. Contenu et modalités de l'examen 182
a. Sources juridiques pertinentes 182
b. Adaptation des faits pour l'examen selon le droit suisse 184
c. Étendue de l'examen – disposition positive 186
d. Facteurs non à examiner. Y compris ceux expressément exclus par l'al. 2 . 188
e. Intensité de l'examen 193
C. Condition négative : absence de compétence judiciaire suisse (al. 1, let. b) 193
Bibliographie 195
Matériaux 200
Directive 201

I. HISTORIQUE

1 L'art. 35 EIMP est **en vigueur** dans sa teneur reproduite ci-dessus depuis le 1er janvier 2011. Auparavant, une version similaire (art. 35 EIMP) était en vigueur depuis l'entrée en vigueur de la loi sur l'entraide judiciaire le 1er janvier 1983.

2 Les **modifications apportées** en 2011 sont limitées : les facteurs à ne pas prendre en considération énumérés à l'al. 2 (cf. N. 56 ss) sont désormais répartis en deux lettres (a et b) ; en outre, le CP a été ajouté à la let. b et les dispositions pénales concernées ont été mises à jour.

3 **Le prédécesseur** de l'art. 35 EIMP est l'art. 3 de la loi sur l'extradition du 22 janvier 1892. Contrairement à celui-ci, il énumérait individuellement tous les faits pouvant donner lieu à l'extradition, conformément à la « méthode d'énumération » alors courante. En revanche, l'art. 35 EIMP suit la « méthode du seuil » qui prévaut dans les traités d'extradition modernes, selon laquelle tous les actes passibles d'une sanction minimale déterminée peuvent donner lieu à l'extradition (cf. N. 16).

II. CONTEXTE DE LA DISPOSITION

4 Dans la **systématique de la loi sur l'entraide judiciaire**, l'art. 35 se trouve dans la deuxième partie consacrée à l'extradition, plus précisément dans le chapitre 1 sur les conditions de l'extradition. L'art. 35 EIMP concrétise la condition d'extradition que constitue l'infraction (cf. N. 6), déjà prévue à l'art. 32 EIMP. Cette condition doit être examinée lors de la décision d'extradition, mais peut également être pertinente dans le cadre de l'examen de la *détention en vue de l'extradition*, en particulier lorsque le comportement reproché n'est manifestement pas punissable selon le droit suisse (par exemple, l'adultère, le concubinage) : Dans ce cas, l'extradition est manifestement irrecevable au sens de l'art. 51, al. 1, EIMP.

5 En ce qui **concerne les dispositions conventionnelles internationales**, la règle de l'art. 1, al. 1, let. a, EIMP s'applique, selon laquelle les dispositions des accords internationaux prévalent sur la deuxième partie de la loi sur l'entraide judiciaire et donc aussi sur son art. 35. Les traités d'extradition peuvent

notamment abaisser le seuil de l'infraction, c'est-à-dire permettre l'extradition pour des infractions moins graves que celles autorisées par l'art. 35 EIMP.

III. CONTENU DÉTAILLÉ DE LA NORME

Comme l'indiquent son titre dans les trois langues officielles et son contenu, l'art. 35 EIMP a pour **fonction de** préciser la condition d'extradition relative à l'*infraction à l'origine de la demande* (infraction justifiant l'extradition). Il exige que, selon les documents joints à la demande (A.), l'infraction soit passible d'une sanction minimale déterminée dans les deux pays, certains facteurs n'étant pas pris en considération (B.), et qu'elle ne relève pas de la compétence des tribunaux suisses (C.). 6

Selon son libellé clair dans les trois langues officielles, l'art. 35 EIMP ne fixe que **les conditions d'admissibilité** de l'extradition ; il ne fonde aucune obligation d'extradition. Il reflète ainsi la disposition potestative de l'art. 32 EIMP et le principe de l'art. 1, al. 4, EIMP, selon lequel la loi sur l'entraide judiciaire ne permet pas de déduire un droit à la coopération. Une obligation d'extradition peut toutefois découler d'accords internationaux (cf. OK-Payer, art. 32 EIMP N. 10) . 7

L'art. 35 EIMP régit uniquement la situation classique dans laquelle un autre État demande à la Suisse l'extradition d'une personne, et non la situation dans laquelle la **Suisse** demande à un autre État **de prendre en charge la poursuite ou l'exécution d'une peine** et souhaite, dans ce contexte, lui extrader une personne (cf. art. 32, dernière partie de la phrase, art. 88 let. b, art. 100 s. EIMP). Cela ressort clairement, premièrement, de l'al. 1 let. a, qui parle du « droit suisse et du droit de l'État requérant » (« sia secondo il diritto svizzero sia secondo quello dello Stato richiedente »). Deuxièmement, cela ressort du fait que l'al. 1, let. b, érige l'absence de compétence judiciaire suisse en condition préalable à l'extradition, alors que celle-ci existe en cas de demande suisse à l'étranger en vue d'une prise en charge (cf. art. 88, art. 100 EIMP) et que l'extradition est admissible dans cette configuration en vertu d'autres dispositions (art. 32, 88 let. b et 101 EIMP). Troisièmement, cette interprétation restrictive de l'art. 35 EIMP est corroborée par le fait que la Suisse peut accepter les demandes étrangères de reprise de la poursuite pénale/de l'exécution de la peine en relation avec la remise, même pour des infractions inférieures au seuil minimal de l'al. 1, let. a (les art. 85 et 94 ss EIMP ne fixent pas de tel seuil). Ainsi, l'art. 30, al. 1, EIMP ne s'oppose pas à 8

ce que la Suisse adresse à un État étranger une demande de reprise de la poursuite pénale/de l'exécution de la peine en relation avec l'extradition pour des infractions inférieures à ce seuil ; au contraire, le principe de réciprocité milite en faveur de l'octroi de ce droit à la Suisse. Pour ces raisons, l'art. 35 EIMP doit être interprété comme n'étant pas applicable aux demandes adressées par la Suisse à l'étranger ; dans cette configuration, ni la condition relative à l'absence de compétence judiciaire suisse (al. 1, let. b) ni le seuil minimal de l'al. 1, let. a ne s'appliquent. Il existe donc, du moins en théorie, un risque que le seuil minimal de l'al. 1, let. a soit contourné là où il devrait s'appliquer – à savoir lorsque l'étranger demande l'extradition – en invoquant demande (informelle) de l'étranger, la Suisse présente la demande. Ce risque est toutefois réduit par le fait qu'une demande de la Suisse n'est envisageable que si le transfert à l'étranger laisse espérer une meilleure réinsertion sociale (cf. art. 88 let. b, art. 100 let. b EIMP) . En outre, l'OFJ est tenu de respecter le principe de légalité et l'appréciation du législateur exprimée à l'art. 35 EIMP.

A. Documents joints à la demande servant de base à l'examen (al. 1). En même temps, la nature interne de la procédure d'extradition

9 **La base de l'examen** des autres conditions requises est constituée par les documents joints à la demande (art. 35, al. 1, EIMP). Cela nécessite une précision : la punissabilité (hypothétique) et la sanction minimale selon le droit suisse ainsi que l'absence de compétence judiciaire suisse doivent être examinées en se référant aux sources juridiques nationales pertinentes.

10 En ce qui concerne le **contenu de** la demande et de ses annexes, ceux-ci doivent notamment indiquer les faits reprochés à la personne poursuivie et la qualification juridique qui leur est donnée par l'État requérant ; le texte des normes juridiques pertinentes doit être joint (cf. art. 28, al. 2, let. c, et al. 3, EIMP, art. 10 de l'ordonnance sur l'entraide internationale en matière pénale [ordonnance sur l'entraide judiciaire, OEIMP]). En outre, les documents doivent préciser sur quoi l'autorité chargée de l'enquête fonde ses soupçons à l'égard de la personne poursuivie, afin que la demande ne semble pas abusive. S'il existe un jugement pénal exécutoire ou un mandat d'arrêt, celui-ci doit être joint (art. 41 EIMP). L'autorité requérante n'est toutefois pas tenue de joindre des preuves à sa demande.

La jurisprudence n'impose pas d'**exigences** strictes **quant à l'exposé des faits** : elle n'exige pas qu'il soit exhaustif et totalement exempt de contradictions. Cela semble logique dans le cas de l'extradition à des fins de poursuites pénales, d'autant plus que celle-ci intervient souvent à un stade précoce de la procédure étrangère et vise précisément à permettre à l'État requérant de vérifier si et, le cas échéant, comment la personne poursuivie s'est rendue coupable d'une infraction. Il en va toutefois autrement en cas d'extradition en vue de l'exécution d'une sanction, lorsqu'une procédure contradictoire a déjà été menée et qu'un jugement pénal a été rendu. Dans ce cas, l'exposé des faits (et la qualification juridique) devrait être soumis à des exigences plus élevées. 11

L'autorité compétente pour statuer sur l'extradition – l'OFJ – n'a donc pas à mener sa propre enquête, mais doit se fonder sur la demande et les documents qui l'accompagnent. Cela se justifie par les **principes de confiance et de bonne foi** dans les relations internationales. Il est conforme à ces principes que l'autorité compétente se fonde en principe sur ces informations (pour les exceptions, voir N. 15). En cas d'ambiguïté ou de traduction insuffisante, l'État requérant peut être invité à fournir des compléments ou des corrections (art. 28, al. 6, EIMP). 12

Le fait de se baser sur les documents de la demande (ainsi que, par exemple, le fait que c'est l'OFJ et non un tribunal qui statue sur l'extradition, y compris la détention en vue de l'extradition) s'explique également par le fait que, du point de vue du droit interne suisse, la procédure d'extradition est une **procédure administrative** et non une procédure pénale ou une partie de la procédure pénale étrangère. L'OFJ n'a pas à se prononcer sur l'injustice, la culpabilité ou la peine, mais sur une mesure de contrainte administrative. Il n'a donc pas à se prononcer sur la question de savoir si la personne poursuivie s'est effectivement rendue coupable de l'infraction en question, mais uniquement sur la question de savoir si, selon la demande et ses documents, les conditions d'extradition sont remplies. La procédure d'extradition ne sert donc pas à établir la vérité matérielle, et l'extradition ne nécessite pas que l'infraction soit réellement commise, mais seulement qu'une telle infraction (présumée) soit poursuivie ou punie dans l'État requérant. La Cour européenne des droits de l'homme a également rejeté en principe l'application des garanties prévues à l'article 6 de la Convention de sauvegarde 13

des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) aux procédures d'extradition (ainsi qu'aux actions civiles).

14 La qualification de la procédure d'extradition et, plus généralement, de la procédure d'entraide judiciaire comme procédure administrative a récemment fait l'objet de **critiques** (à nouveau) dans une partie de la doctrine. Ce n'est pas le lieu ici de donner un avis détaillé, il faudra donc se contenter d'une brève remarque : Il existe en effet certains éléments qui semblent indiquer que la procédure d'extradition comporte une composante pénale (par exemple, l'art. 12, al. 1, phrase 2, EIMP, la voie de recours devant le Tribunal pénal fédéral, la condition de la double incrimination). Toutefois, ils peuvent également s'expliquer autrement (voir par exemple N. 22 f.), et la critique semble plus forte lorsqu'il ne s'agit pas d'extradition, mais de l'entraide judiciaire mineure ou des mesures de contrainte prévues par le CPP. La conception de l'extradition comme une affaire administrative est en tout cas celle du législateur et semble également compréhensible, d'autant plus que la Suisse ne possède et n'exerce généralement pas de pouvoir pénal, même dérivé, dans ce domaine. La Suisse ne peut donc pas mener sa propre procédure pénale, et ceux qui estiment que l'entraide judiciaire qu'elle fournit fait partie de la procédure pénale étrangère devraient démontrer que l'étranger lui a transféré (par la demande d'extradition) son pouvoir de sanction pénale. Cela semble toutefois peu probable et ne correspond pas à la conception de la procédure d'extradition telle qu'elle est pratiquée. En outre, il serait contraire à l'objectif de la coopération internationale en matière pénale d'accorder toutes les garanties de procédure pénale dès la procédure d'extradition, car cela rendrait la procédure plus complexe et plus longue. La détention en vue de l'extradition risquerait de se prolonger en conséquence et la capacité et la volonté de fournir une entraide judiciaire pourraient diminuer. Cela ne dispense bien sûr pas la Suisse de son obligation d'empêcher que l'extradition ne permette des violations (graves) des droits de l'homme à l'étranger (cf. art. 2 EIMP). Le refus d'accorder des droits procéduraux pénaux dans la procédure d'extradition repose sur la prémisse de leur octroi dans la procédure pénale étrangère.

15 Les principes énoncés ci-dessus (N. 9, N. 12 s.) connaissent trois **exceptions** : premièrement, en cas de preuve d'alibi (solide) au sens de l'art. 53 EIMP, l'OFJ doit procéder à ses propres investigations et, en cas d'innocence manifeste au sens de l'art. 53, al. 2, phrase 1, EIMP, refuser l'extradition. Deuxièmement, il

peut s'écarter de la présentation des faits dans la demande d'extradition ou dans les documents qui l'accompagnent dans la mesure où celle-ci « est immédiatement invalidée par des erreurs, des lacunes ou des contradictions manifestes ». Selon l'avis défendu ici, il devrait également en être ainsi lorsqu'aucune rectification ou complément (cf. N. 12) n'est apporté. Troisièmement, il n'y a pas lieu de donner suite aux demandes d'extradition qui semblent constituer un abus de droit, notamment en raison d'une violation particulièrement grave et manifeste du droit procédural étranger.

B. Condition positive : menace réciproque d'une sanction minimale (al. 1, let. a)

L'art. 35 EIMP ne définit pas les infractions pouvant donner lieu à l'extradition par une énumération, mais en formulant un **seuil minimal** (N. 3) : L'infraction doit être punissable dans les deux États, la Suisse et l'État requérant, par une peine privative de liberté d'une durée maximale d'au moins un an ou par une peine plus sévère (seuil minimal). Cette méthode de définition présente notamment l'avantage, par rapport à une liste, de ne pas nécessiter de mises à jour et de compléments constants et d'éviter des questions d'interprétation supplémentaires (difficiles). 16

1. Principe de la double incrimination

En ce qui concerne tout d'abord l'exigence selon laquelle l'infraction doit être punissable dans les deux États, celle-ci correspond au **principe de la double incrimination**, également appelé principe de la double punissabilité. Une autre désignation, toutefois inappropriée ou trompeuse (cf. N. 54), est celle de principe de la ou des normes identiques. 17

a. Ratio

Pourquoi la double incrimination est-elle exigée ? Le fait que l'infraction doit être punissable **dans l'État requérant ou poursuivant** découle du principe de légalité en matière pénale et de la logique de l'entraide judiciaire en matière pénale. Mais pourquoi doit-elle également l'être *dans l'État requis ou aidant* ? Il est essentiel de clarifier ce point, car seule la raison d'être du principe permet de trancher de manière cohérente et sur une base sûre diverses questions relatives à sa portée (cf. ci-dessous N. 30, 47, 49, 51 s., 55, 58, 63). 18

19 Une première approche consiste à ramener cela au **principe de légalité** en matière pénale. Un État ne devrait pas pouvoir appliquer de mesures de procédure pénale si l'infraction présumée n'est pas punissable selon ses lois. Toutefois, cet argument n'est pas convaincant dès le départ si l'on qualifie l'entraide judiciaire de mesure de droit administratif (cf. N. 13 s.).

20 Une deuxième approche invoque la **prévisibilité de l'entraide pénale** : le principe de la double incrimination servirait l'État requérant en lui permettant de prévoir l'étendue de la coopération de l'État requis. Cela peut être vrai, mais certains États requérants préféreraient sans doute que l'État requis renonce à ce principe, qui limite l'entraide judiciaire. En outre, on peut dire de toute condition d'entraide judiciaire normalisée qu'elle favorise la prévisibilité de l'étendue de la coopération, mais cela ne fournit pas pour autant une raison intrinsèque à son existence (en d'autres termes : pourquoi précisément celle-ci ?).

21 Selon une troisième approche largement répandue, le principe de la double incrimination reflète celui de la **réciprocité** (réciprocité des droits et des obligations). L'idée est la suivante : si un comportement X n'est pas punissable dans l'État A, mais qu'il l'est dans l'État B, et que A demandait à B l'extradition d'une personne pour X (ce qui serait bien sûr absurde), B refuserait l'extradition, car A ne pourrait pas poursuivre X. A peut alors en conclure qu'il ne devrait pas accorder l'extradition à B pour X – ou plus généralement pour des comportements qui ne sont pas punissables selon son droit (A). Cependant, cela repose sur une réflexion simpliste ou sur une compréhension superficielle de la réciprocité. En effet, le raisonnement esquissé ci-dessus ignore la raison pour laquelle B refuserait l'extradition vers A pour X : parce qu'A ne peut pas poursuivre le comportement X en raison de l'absence de criminalisation dans A. Une application stricte du principe de réciprocité doit tenir compte de cette raison, de sorte que A ne peut, sur la base de ce principe, refuser l'extradition vers B que pour des actes que celui-ci ne peut poursuivre en raison de leur non-criminalisation dans B. Cela ne s'applique pas à X. Si A ne veut pas extrader en raison de X, cela ne trouve donc aucun fondement dans le principe de réciprocité. En bref : si l'autre État était prêt à accorder l'entraide judiciaire même en l'absence d'incrimination selon son droit, on ne voit pas en quoi le principe de réciprocité pourrait soutenir le principe de la double incrimination. De toute façon, le recours à cette idée semble rester au niveau formel et passe ainsi à côté de la raison pour laquelle

un État devrait exiger (pour la première fois) la double incrimination (ce qui entraîne des conséquences en matière de réciprocité pour les autres États).

Aux trois explications insuffisantes présentées (N. 19 à 21) s'oppose une quatrième justification, plus convaincante, qui renvoie au **pluralisme des valeurs**. Selon cette justification, le principe de la double incrimination protège les États dans leurs différentes convictions en matière de valeurs, aucun État n'étant tenu d'aider un autre État dans ses poursuites ou l'exécution de ses peines s'il ne considère pas lui-même le comportement comme punissable. Le droit pénal est en effet, plus que tout autre domaine juridique, l'expression de l'ordre des valeurs sociales. 22

Une cinquième interprétation utilitariste, similaire et également difficile à rejeter, est la suivante : si l'État requis ne considère pas le comportement reproché comme punissable, il **n'a** tout simplement pas **intérêt** à aider l'étranger. Certes, s'il renonce à la punissabilité selon son propre droit, il pourrait exiger de l'étranger qu'il fasse de même pour ses propres demandes. Toutefois, l'entraide judiciaire en matière pénale n'est pas seulement pratiquée pour acquérir des droits réciproques, mais surtout pour permettre une lutte efficace contre la criminalité qui ne s'arrête pas aux frontières nationales. Cette idée de solidarité interétatique ou de responsabilité commune en matière de sécurité atteint toutefois ses limites lorsque l'État requis ne considère pas le comportement poursuivi comme délictueux (même en cas de modification des faits). 23

Récemment, la littérature a développé plusieurs propositions visant à remplacer le principe de la double incrimination, parfois perçu comme trop restrictif, par une **nouvelle réglementation** qui tiendrait compte de la préoccupation légitime qui le sous-tend (cf. N. 22), mais éviterait une restriction inutile de l'entraide judiciaire. Selon ces propositions, l'État requis devrait pouvoir refuser l'entraide judiciaire si le comportement n'est pas punissable selon son droit *et si* (de manière cumulative) si, de l'avis de l'autorité compétente, il ne semble pas non plus punissable ou ne peut être légalement criminalisé dans cet ordre juridique. Une telle approche présenterait en effet l'avantage de permettre l'entraide judiciaire dans les cas où ce n'est pas une appréciation fondamentalement différente, mais par exemple des raisons liées aux ressources techniques qui ont conduit à une criminalisation plus restrictive dans l'État requis. Toutefois, elle exigerait des autorités une évaluation plus complexe et, dans certains cas, délicate. Lors 24

des délibérations sur la loi sur l'entraide judiciaire, le Parlement a d'ailleurs rejeté une clause d'exception proposée par le Conseil fédéral, qui aurait permis l'extradition pour des actes non punissables en Suisse, mais punissables à l'étranger en raison de circonstances particulières et apparaissant punissables selon les principes généraux du droit suisse (art. 32, al. 3, P-EIMP).

b. Effets secondaires

25 Il convient de distinguer la raison d'être du principe de la double incrimination de ses **effets secondaires** (potentiels). Parmi ceux-ci, on peut citer le fait que l'examen de la double incrimination nécessite de se pencher sur les différences existantes entre les ordres pénaux et peut ainsi favoriser une harmonisation. Il peut également arriver que, dans le cadre de l'examen de la double incrimination, une question d'interprétation particulière relative à une infraction pénale suisse doive être tranchée pour la première fois ; la double incrimination contribue ainsi à l'interprétation des normes pénales nationales. Toutefois, le contexte de la demande d'entraide judiciaire ou la volonté de coopérer peuvent conduire à une interprétation trop extensive des éléments constitutifs de l'infraction, ce qui est problématique et devrait être évité. Certaines infractions ont même été spécifiquement adoptées pour permettre l'entraide judiciaire ou pour répondre à l'exigence de double incrimination.

c. Domaines d'application et différences respectives

26 Le principe de la double incrimination est également inhérent à la méthode d'énumération utilisée dans les anciens traités d'extradition. Selon une décision de principe rendue par le Tribunal fédéral en 1979, l'exigence de la double incrimination est **universellement valable** et doit donc être considérée comme implicitement prévue dans les traités d'extradition qui ne la mentionnent pas expressément. Selon la méthode du seuil, il est par exemple inscrit à l'art. 2, ch. 1, phrase 2, de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (RS 0.353.1 ; ci-après : CEEJ) et à l'art. 2, ch. 1, phrase 1, du traité d'extradition du 14 novembre 1990 entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique (RS 0.353.933.6 ; ci-après : TEE). En revanche, cette exigence a été partiellement supprimée au sein de l'UE avec le mandat d'arrêt européen. La tendance à relativiser ce principe au niveau européen soulève la question de savoir si la pratique du Tribunal fédéral

mentionnée ci-dessus peut encore être maintenue ; selon l'avis exprimé ici, elle doit en tout cas être confirmée pour l'extradition.

Le principe de la double incrimination s'applique également en cas de **prise en charge de la poursuite pénale ou de** l'**exécution de la peine** par la Suisse (cf. art. 86, 94, al. 1, let. b, EIMP). Si l'infraction n'est pas punissable dans notre pays, elle ne peut y être poursuivie ni donner lieu à des sanctions pénales. 27

Le principe de la double incrimination s'applique en principe également à la **petite entraide judiciaire**, dans la mesure où une contrainte procédurale doit être appliquée (art. 64, al. 1, EIMP), mais d'une manière différente : il suffit que les faits exposés dans la demande d'entraide judiciaire puissent être subsumés sous une seule infraction pénale du droit suisse. Si tel est le cas, il n'est pas nécessaire d'examiner si les faits pourraient relever d'autres infractions. En outre, dans le cadre de l'entraide judiciaire mineure, il n'est pas nécessaire que la personne concernée par la mesure d'entraide soit elle-même mise en cause dans la procédure pénale étrangère. 28

Contrairement à cela, le droit de l'extradition exige que la double incrimination (ainsi que le seuil minimal, N. 48) soit examinée pour chaque infraction ou fait pour lequel l'extradition a été demandée. Par conséquent, l'État requérant ne peut poursuivre la personne extradée que pour les faits (commis avant l'extradition) pour lesquels la Suisse a confirmé la double incrimination et autorisé l'extradition (principe de spécialité, art. 38, al. 1, let. a, EIMP). S'il souhaite poursuivre d'autres infractions, il doit présenter une demande d'extradition supplémentaire. Seule la personne poursuivie peut être extradée. 29

Le principe de la double incrimination s'applique également à l'**extradition accessoire** au sens de l'art. 36, al. 2, EIMP, qui prévoit l'extradition non seulement pour les infractions donnant lieu à l'extradition, mais aussi pour les infractions qui ne le sont pas. Comme l'a précisé la jurisprudence, ces autres infractions doivent également être punissables selon le droit suisse ; la disposition mentionnée ne fait que les dispenser de l'exigence du seuil minimal prévu à l'art. 35, al. 1, let. a, EIMP. Ce point de vue correspond à la raison d'être du principe (N. 22 s.). Il en va de même pour une *extension de* la poursuite pénale après l'extradition : une demande complémentaire correspondante doit être rejetée si l'infraction n'est pas punissable selon le 30

droit suisse ; en revanche, il n'est pas nécessaire que les nouvelles infractions à poursuivre atteignent le seuil minimal prévu à l'art. 35, al. 1, let. a, EIMP.

31 En outre, diverses dispositions du **droit pénal** normalisent le principe de la double incrimination (par exemple, art. 6, al. 1, let. a, art. 7, al. 1, let. a, du code pénal suisse [CP]). Ce principe remplit toutefois une autre fonction dans ce contexte : il oblige les autorités pénales nationales à vérifier si l'infraction est punissable en vertu du droit étranger (de l'État où elle a été commise). Cela sert avant tout à empêcher toute ingérence illicite dans les affaires étrangères et à protéger l'individu, qui peut ainsi se conformer uniquement aux lois de son lieu de résidence.

32 À la **différence de** cela, le principe de la double incrimination dans le droit de l'entraide judiciaire oblige l'autorité compétente de l'État requis à vérifier avant tout si l'infraction est également punissable selon son propre droit pénal. Cette exigence sert les intérêts nationaux (N. 22 f.). En raison de ces tâches différentes, le principe ne doit pas être interprété de manière identique dans les deux domaines juridiques ; au lieu d'une reprise telle quelle des résultats d'interprétation, il convient de procéder à une interprétation propre tenant compte des particularités du domaine concerné.

2. Seuil minimal : sanction privative de liberté d'un an

33 L'art. 35, al. 1, let. a, EIMP ne se contente pas d'exiger la double incrimination, mais exige en outre que l'infraction soit passible dans les deux États d'une sanction privative de liberté d'au moins un an ou d'une sanction plus sévère. La **fonction de** ce seuil minimal ou de cette « peine maximale minimale » est de fixer une limite inférieure : ce n'est qu'à partir d'une certaine gravité de l'infraction que la Suisse est prête à assumer les frais liés à l'extradition, et ce n'est qu'alors que l'atteinte considérable aux droits de la personne concernée apparaît justifiée. À cet égard, l'art. 35, al. 1, let. a, EIMP remplit la même fonction de filtre – mais spécifiquement pour l'entraide judiciaire importante – que les art. 1, al. 3, et 4 EIMP, qui excluent l'entraide pénale pour les infractions mineures ou les procédures dans l'État requérant dans lesquelles aucun juge ne peut être saisi ; il s'agit ici comme là de respecter le principe de proportionnalité. Divers traités d'extradition prévoient un seuil minimal aussi élevé que celui de l'art. 35, al. 1, let. a, EIMP, comme par exemple l'EAÜ (art. 2, ch. 1, phrase 2) et le traité d'extradition du 29 juillet 1988 entre la Suisse et

l'Australie (RS 0.353.915.8 ; ci-après : AVAUS) dans son art. 2, ch. 1. Toutefois, le cercle des infractions qui atteignent ce seuil est large.

Il convient de rappeler ici que le seuil minimal prévu à l'art. 35, al. 1, let. a, EIMP ne s'applique pas aux extraditions liées à des demandes émanant de la Suisse en vue de la reprise de la poursuite pénale ou de l'exécution de la peine (N. 8). Cette **exception** sert les intérêts de la personne poursuivie, car une telle demande n'entre en ligne de compte que si le transfert à l'étranger laisse espérer une meilleure réinsertion sociale (cf. art. 88, let. b, et art. 100, let. b, EIMP). 34

En ce qui concerne les notions de «**sanction**», qui inclut également les mesures privatives de liberté, et de «**restriction de liberté**», qui équivaut à «privation de liberté», il convient de se référer à OK-Payer, art. 32 EIMP N. 37. 35

Les «**sanctions plus lourdes**» qu'une sanction restreignant la liberté (peine privative de liberté ou mesure privative de liberté) d'une durée maximale d'au moins un an sont la peine de mort et les peines corporelles. Si de telles sanctions sont encourues, l'extradition est exclue pour des raisons de protection des droits de l'homme ou d'ordre public (art. 2, 37, al. 3, EIMP, art. 2 s. CEDH, art. 1 du Protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif à l'abolition de la peine de mort, du 18 avril 1983 [RS 0.101.06]). Une extradition n'est envisageable qu'à la condition (art. 80p, al. 1, EIMP) que l'État requérant s'engage à renoncer à la demande, au prononcé et à l'exécution d'une telle peine. 36

Le seuil minimal prévu à l'art. 35, al. 1, let. a, EIMP est basé sur la menace (abstraite) de sanction et non sur la peine à laquelle on peut s'attendre. Mais qu'en est-il lorsqu'un jugement pénal a déjà été rendu, c'est-à-dire que l'extradition doit permettre l'**exécution de la sanction**, et que le jugement a prononcé une sanction inférieure à ce seuil ou qu'il ne reste plus qu'à exécuter une privation de liberté inférieure à ce seuil ? Qu'en est-il lorsque l'auteur a été condamné à une **peine privative de liberté avec sursis** ? Des explications sur ces questions figurent sous OK-Payer, art. 32 EIMP N. 38 s. Il convient toutefois de toujours ajouter aux durées minimales de la peine privative de liberté à exécuter qui y sont mentionnées que la menace de sanction abstraite atteint le seuil minimal de l'art. 35, al. 1, let. a, EIMP (conditions cumulatives). 37

38 Dans le cadre des travaux législatifs, le Conseil fédéral s'est expressément prononcé contre la limitation de l'extradition aux **infractions commises dans l'exercice de fonctions publiques** ou contre l'élévation de la poursuite d'office à la rang de caractéristique des infractions donnant lieu à extradition. En effet, si les infractions poursuivies sur plainte sont souvent des infractions mineures pour lesquelles une poursuite d'office ne semble pas proportionnée au regard des moyens engagés, l'exigence d'une plainte pénale peut également avoir d'autres fonctions (par exemple, protéger la relation entre l'auteur et la victime, faciliter une solution à l'amiable) et ne constitue donc pas un critère fiable pour évaluer la gravité d'une infraction.

3. Contenu et modalités de l'examen

39 L'instance chargée de statuer sur l'extradition doit d'abord déterminer selon quelles sources juridiques étrangères et nationales et dans quelle version temporelle la double incrimination et la sanction minimale maximale doivent être examinées (a.). Elle doit ensuite transposer les faits pour les examiner selon le droit suisse (b.) et être claire sur l'étendue (c.) et l'intensité (d.) de l'examen. Il convient ici de rappeler la subsidiarité de l'EIMP par rapport aux accords internationaux (cf. N. 5) ; ces derniers doivent être appliqués en premier lieu lorsqu'ils sont pertinents et peuvent imposer un examen modifié. Les explications suivantes concernent l'examen de la sanction minimale réciproque conformément à l'art. 35 EIMP.

a. Sources juridiques pertinentes

40 La **source juridique** dont découle la punissabilité ou la menace de sanction selon le droit **de l'État requérant** n'a pas d'importance. Il peut s'agir d'un code pénal, d'un décret spécial ou même – comme dans les ordres juridiques de common law – de la jurisprudence. La phrase « nullum crimen sine lege *scripta* » ne s'applique pas ici.

41 La **norme pénale** selon le droit étranger doit toutefois avoir existé déjà au **moment de** la commission de l'infraction. Cela découle du principe de non-rétroactivité garanti par les droits de l'homme (cf. art. 7, ch. 1, CEDH ; art. 15, ch. 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 [RS 0.103.2 ; ci-après : PIDCP]), dont la Suisse ne peut pas aider à violer à l'étranger (cf. art. 2 EIMP). En outre, l'infraction doit être punissable au moment de l'examen des conditions d'extradition, faute de quoi

le principe de la loi la plus clémente (art. 15, ch. 1, PIDCP), également garanti par les droits de l'homme, serait violé ou une aide serait apportée à une telle violation. C'est pourquoi l'autorité compétente pour statuer sur l'extradition doit consulter tant le droit étranger en vigueur au moment des faits que le droit étranger actuel (pour l'étendue de cette consultation, cf. N. 49).

En ce qui concerne le **moment** où la **sanction minimale maximale** était prévue par le droit étranger, il faut également exiger qu'elle existait tant au moment des faits qu'au moment de l'appréciation ou de la remise. Si une norme pénale existait au moment des faits, mais qu'elle ne prévoyait pas une peine maximale atteignant le seuil fixé à l'art. 35, al. 1, let. a, EIMP, l'extradition n'est pas non plus admissible si la peine encourue a été augmentée entre-temps et atteint ce seuil. En effet, soit il y a violation du principe de non-rétroactivité (l'État étranger voulant appliquer la nouvelle peine plus sévère), soit il s'agit d'un acte qui ne peut être poursuivi avec la sévérité prévue à l'art. 35, al. 1, let. a, EIMP (si l'État étranger souhaite appliquer l'ancienne peine). À l'inverse, si la norme pénale prévoyait une peine atteignant le seuil minimal au moment des faits, mais que celle-ci a été abaissée entre-temps, l'extradition est également irrecevable. En effet, soit il y a risque de violation du principe lex mitior (lorsque l'État étranger entend appliquer l'ancienne peine plus sévère), soit il s'agit d'un acte qui ne peut être poursuivi avec la sévérité prévue à l'art. 35, al. 1, let. a, EIMP (lorsque l'État étranger entend appliquer la nouvelle peine). 42

En ce qui concerne la punissabilité ou la menace de sanction selon le **droit suisse**, toute loi suffit comme **source juridique** ; elle ne doit donc pas nécessairement être régie par le CP, mais peut également relever du droit pénal accessoire. Cela résulte d'une décision consciente et expresse du législateur. Une ordonnance autonome du Conseil fédéral relevant du droit d'urgence (cf. art. 185, al. 3, de la Constitution fédérale suisse [Cst.]) peut également être prise en considération, pour autant qu'elle prévoie une sanction correspondante, ce qui est admissible selon la jurisprudence (pas tout à fait incontestée) en dérogation à la réserve de la loi (art. 31, al. 1, art. 36, al. 1, phrase 2, Cst.). En revanche, la punissabilité selon le droit *cantonal* (contrairement à ce qui est peut-être le cas pour la petite entraide judiciaire) ne peut suffire, car elle est limitée aux contraventions (art. 335, al. 1, CP), qui ne peuvent toutefois jamais donner lieu à une extradition. 43

44 Le **moment** déterminant auquel la punissabilité et la sanction minimale maximale doivent être établies selon le droit suisse est uniquement celui de l'appréciation des conditions d'extradition, c'est-à-dire de la décision à ce sujet. Le moment de la commission de l'infraction ou de la présentation de la demande d'extradition n'est donc pas déterminant, pas plus que, en cas d'extradition fondée sur un traité d'extradition, le moment de la conclusion ou de l'entrée en vigueur de ce traité (sous réserve de dispositions contraires). Si le droit suisse change au cours de la procédure, c'est le nouveau droit qui s'applique. Le principe de non-rétroactivité pénale n'est pas applicable ici. Les traités internationaux peuvent prévoir une disposition dérogatoire, mais le principe de faveur du Tribunal fédéral doit être respecté.

b. Adaptation des faits pour l'examen selon le droit suisse

45 Les **faits exposés** dans la demande d'extradition doivent être **adaptés** pour l'examen. Cette opération est souvent décrite comme consistant à imaginer que l'acte a été commis en Suisse. Cela est approprié lorsque l'État requérant est l'État où l'infraction a été commise. Toutefois, s'il ne se fonde pas sur le principe de territorialité pour justifier sa compétence pénale, mais par exemple sur le principe de la protection de l'État, l'acte doit être considéré comme s'il avait été commis à l'étranger, mais à l'encontre de la Suisse (au lieu de l'État requérant). La formulation plus ouverte du Tribunal fédéral en tient compte : « Pour apprécier la punissabilité selon le droit suisse, les faits exposés dans la demande d'extradition doivent être évalués comme si la Suisse avait engagé une procédure pénale pour les faits correspondants ». Mais que signifie « correspondants » ? Dans quelle mesure faut-il transposer les faits ? Voici une suggestion concrète : Dans les faits, *l'État requérant doit être remplacé par la Suisse*. Si un fonctionnaire de cet État a agi, il faut le considérer comme un fonctionnaire suisse ; si l'infraction a été commise sur le territoire de l'État requérant, il faut la considérer comme ayant été commise en Suisse ; si l'infraction a été commise à l'encontre d'un ressortissant de l'État requérant, il faut considérer la victime comme un ressortissant suisse, etc.

46 Parfois, cela ne suffit toutefois pas et une **modification ou une abstraction supplémentaire** des faits est nécessaire. C'est le cas, par exemple, lorsque la personne poursuivie est accusée d'avoir roulé à droite dans un pays où la circulation se fait à gauche (par exemple au Royaume-Uni) : il faut ici faire abstraction en limitant les faits au fait que la personne poursuivie a roulé du

mauvais côté de la route, ou modifier les faits de manière à imaginer qu'elle a roulé du côté gauche de la route dans notre pays. Une telle approche n'est toutefois possible que s'il s'agit d'un *comportement équivalent* et non si le droit de l'État requérant fixe le seuil de punissabilité (p. ex. âge de protection [cf. art. 187 CP], teneur minimale de certaines substances pour être qualifiées de stupéfiants interdits) à un niveau inférieur à celui en vigueur ici.

47 Sous l'ancien régime (loi sur l'extradition de 1892), Schultz écrivait qu'il ne devait y avoir aucune modification des **éléments factuels** qui sont **en relation directe avec le droit suisse**, tels que la nationalité suisse de la personne poursuivie ou lésée, la commission de l'infraction sur le territoire suisse ou la poursuite de l'infraction en Suisse. Cela semble également correct pour le droit actuel, mais nécessite une justification et quelques précisions. S'il existe en réalité un lien avec la compétence pénale suisse, l'infraction peut être punissable non seulement de manière hypothétique, mais aussi réellement selon le droit suisse ; il n'est donc pas nécessaire de recourir au subjonctif (« serait punissable ») ou celui-ci semble imprécis. Toutefois, dans un tel cas, le fait de ne pas recourir au subjonctif peut, en raison de l'accent mis sur la punissabilité selon le droit suisse (N. 49), le fait que l'État requérant (1.) ne dispose peut-être d'aucun point de rattachement reconnu en droit international pour sa compétence pénale (par exemple s'il poursuit un vol commis dans un autre État par un Suisse au détriment d'un ressortissant d'un autre État) ou (2.) dispose certes d'un tel point de rattachement, mais que le droit suisse ne l'utilise pas lui-même (par exemple, domicile national de l'auteur de l'infraction), ou (3.) a élargi le champ d'application de ses infractions pénales par rapport au droit suisse (par exemple en criminalisant également la complicité [cf. art. 305 CP] au détriment de la justice étrangère, en l'occurrence suisse). Dans le premier cas, l'extradition doit être refusée ne serait-ce que parce que l'art. 32 EIMP exige que l'État requérant dispose d'une compétence pénale en vertu du droit international public ; indépendamment de cela, il ne faut pas encourager une procédure pénale contraire au droit international public, d'autant plus qu'elle est engagée sans point de rattachement. Dans le deuxième cas, le principe de réciprocité s'oppose à l'extradition (qui ne fonde toutefois pas la double incrimination, cf. N. 21). Et dans le troisième cas également, il peut sembler étrange que l'infraction ne soit pas punissable en Suisse si l'on transpose les faits. Néanmoins, dans ces deux derniers cas, la double incrimination devrait être admise et l'extradition devrait être possible, car l'infraction, telle qu'elle s'est

réellement produite, *est également* punissable en droit suisse et donc punissable selon l'appréciation suisse, et il existe donc un intérêt (même particulier) de la Suisse à soutenir la procédure pénale étrangère (cf. à propos de la ratio de la double incrimination N. 22 s.). Toutefois, selon le lien entre les faits et la Suisse, il peut exister un intérêt prépondérant de la Suisse à poursuivre pénalement sur son territoire, auquel cas l'extradition doit être refusée (cf. N. 65, 67).

c. Étendue de l'examen – disposition positive

48 Comme nous l'avons vu, la double incrimination doit être examinée pour **chaque fait** pour lequel l'extradition a été demandée (N. 29). Cela vaut également pour la peine maximale minimale, qui ne peut être écartée que sur la base de l'art. 36, al. 2, EIMP (cf. N. 30).

49 Dans la pratique, l'exactitude de la subsomption au droit étranger présentée dans la demande n'est pas vérifiée de manière approfondie, même si la Suisse, en tant qu'État requis, serait tout à fait en droit de le faire. Cela s'explique par le principe de confiance (N. 12), mais aussi par la fonction de la double incrimination, qui vise à protéger l'ordre des valeurs et les intérêts nationaux (N. 22 s.) ; l'examen devrait donc **se concentrer** sur la **punissabilité selon le droit suisse**. Les praticiens du droit nationaux connaissent mieux le droit national ; c'est aussi pour cette raison qu'une certaine réserve semble de mise dans l'appréciation de la situation juridique étrangère. Toutefois, un examen sommaire devrait tout de même avoir lieu, consistant à comparer les dispositions légales étrangères jointes à la demande (N. 10) avec les faits et à déterminer si la subsomption dans la demande semble *au moins défendable*. Comme l'explique Garré, « une certaine dialectique critique [...] est nécessaire, sinon la procédure d'entraide judiciaire serait réduite à une procédure d'autorisation automatique ». Si l'absence de punissabilité selon le droit étranger est évidente, la demande semble abusive. Concernant la *compétence pénale* étrangère sur l'infraction en tant que condition préalable à l'extradition, voir en particulier OK-Payer, art. 32 EIMP N. 23 ss.

50 Concrètement, il convient d'examiner, au regard du droit suisse, si les faits modifiés (N. 45 ss) remplissent les **éléments objectifs et subjectifs de l'infraction** (ou, dans le cas d'infractions par négligence, les éléments constitutifs de l'infraction ; pour les éléments subjectifs particuliers, cf. N. 58) d'une disposition pénale locale qui prévoit une peine privative de liberté d'au

moins un an (N. 33 ss). Cela suppose que la Suisse dispose de la **compétence pénale** pour l'infraction, ce qui doit également être examiné en conséquence.

Si l'hypothèse de la constitution d'une infraction est confirmée, il convient ensuite d'examiner si un **motif justificatif** serait applicable en droit suisse. La jurisprudence actuelle voit les choses différemment et souhaite se limiter à l'examen de la constitution d'une infraction (méthode dite abstraite). Le Conseil fédéral semble également partir du principe d'une double incrimination limitée en conséquence. Le libellé allemand de l'art. 35, al. 1, let. a, EIMP, qui ne parle que de « mit einer ... Sanktion ... bedroht ist » (est passible d'une sanction), pourrait peut-être être invoqué à l'appui de ce point de vue. Mais les versions française et italienne (« est frappée d'une sanction ... », « è passibile di una sanzione ... ») semblent déjà plus larges, et l'al. 2 parle dans les trois langues officielles de « punissabilité » (« punissable », « punibilità »). C'est l'élément d'interprétation téléologique qui doit être déterminant : la double incrimination vise à préserver les valeurs et les intérêts nationaux (cf. N. 22 s.) ; ce qui serait toutefois difficilement compatible avec l'extradition d'une personne agissant en état de légitime défense, par exemple. Il convient certes de suivre la jurisprudence selon laquelle l'instance statuant sur l'entraide judiciaire n'a en principe pas à apprécier les preuves ni à reconstituer elle-même les faits (cf. N. 9 ss). Toutefois, si la présentation des faits par l'étranger fait apparaître un motif justificatif selon les critères du droit suisse (ce qui devrait être rare), il convient d'en tenir compte. Il convient par ailleurs de noter que la méthode abstraite pose également le problème de devoir trancher la controverse quant à savoir si le consentement a pour effet d'exclure les éléments constitutifs de l'infraction (et donc aussi la double incrimination) ou s'il a « simplement » un effet justificatif. 51

Les **motifs d'exclusion de la culpabilité** doivent alors être examinés (sur la base de l'exposé des faits dans la demande) en raison du principe de la double incrimination (N. 22 s.) et excluent, le cas échéant, l'extradition s'ils font obstacle à la fois à une peine et à une mesure privative de liberté. Cela vaut notamment pour l'absence de responsabilité pénale (cf. art. 3 de la loi fédérale sur le droit pénal des mineurs [LPMin] e contrario), l'erreur inévitable sur l'illicéité (art. 21, phrase 1, CP) ou les excuses prévues à l'art. 16, al. 2, et à l'art. 18, al. 2, CP, mais pas à un trouble psychique grave qui, certes, peut exclure la culpabilité (et donc la punissabilité) et donc une peine (art. 19, al. 1, CP), mais 52

qui permet une mesure privative de liberté au sens de l'art. 59 ou de l'art. 64, al. 1, let. b, CP.

53 Au sens d'une **définition**, on peut donc retenir que **la punissabilité selon le droit suisse** au sens de l'art. 35, al. 1, let. a, EIMP est donnée lorsque les faits modifiés doivent être qualifiés d'infraction, d'acte illégal et fautif ou non fautif, mais susceptible de donner lieu à une mesure privative de liberté.

d. Facteurs non à examiner. Y compris ceux expressément exclus par l'al. 2

54 Il n'y a pas lieu d'examiner si les normes pénales pertinentes des deux droits sont **identiques** ou similaires ou si elles protègent le même **bien juridique**. L'art. 35 EIMP n'exige pas de telles concordances, mais se contente que l'infraction décrite dans la demande soit punissable selon les droits des deux États (ce qu'on appelle l'*identité de l'infraction*). En conséquence, l'examen de la double incrimination ne nécessite pas de comparaison entre les normes pénales étrangères et nationales.

55 Certains auteurs ont **critiqué** cette conception et se sont prononcés en faveur de la condition plus stricte de l'*identité des normes*. Contrairement à ce que pourrait laisser supposer cette appellation, il ne s'agit pas d'exiger une désignation et une formulation identiques des dispositions, mais simplement une orientation identique ou similaire de la protection des infractions pénales respectives. D'une part, l'argument avancé est qu'une procédure étrangère ne mérite d'être soutenue que si elle poursuit les mêmes objectifs que le droit pénal national, et non pas simplement lorsqu'il existe une double incrimination fortuite. D'autre part, sans identité normative, on craint une punition excessive à l'étranger, par exemple lorsque l'insulte au chef de l'État est un simple délit d'atteinte à l'honneur selon le droit suisse, mais un crime selon le droit étranger. Le premier point semble en partie compréhensible : on peut tout à fait imaginer des cas dans lesquels les *motifs* étrangers de criminalisation et de sanction sont contraires à l'ordre des valeurs national. C'est le cas, par exemple, lorsque les blessures et les homicides ne sont pas criminalisés pour protéger la vie et l'intégrité physique des personnes concernées, mais pour protéger la « propriété » d'un dirigeant absolutiste. Toutefois, la *sanction* (en soi) de tels actes reste légitime selon les valeurs et les intérêts locaux reflétés par le droit pénal suisse (N. 22 f.). Dans un tel cas, il n'est pas rare de se

demander si la personne poursuivie bénéficiera d'une procédure conforme aux droits de l'homme dans l'État étranger (si ce n'est pas le cas, cela constitue un motif d'exclusion de l'extradition). Toutefois, les cas dans lesquels la désignation différente de l'intérêt protégé n'entre pas en conflit avec les valeurs locales et découle, par exemple, de particularités historiques de l'ordre juridique concerné ou même simplement d'un rapport de force différent dans la doctrine sont probablement plus fréquents que les cas flagrants du type décrit. En outre, cela poserait une tâche difficile à la personne chargée de statuer sur l'extradition ou l'entraide judiciaire déterminer pour chaque demande l'orientation protectrice des normes pénales pertinentes des deux États ; la détermination du bien juridique protégé par une infraction pénale suisse peut déjà être controversée. De manière générale, il serait également malvenu que les autorités suisses se prononcent sur la politique pénale de l'État requérant. Quant au deuxième argument avancé en faveur de l'identité des normes, à savoir le risque de peines excessives à l'étranger en cas de renonciation à l'identité des normes, on peut lui opposer que l'exigence d'identité des normes n'est de toute façon pas un moyen approprié pour remédier à de telles disparités de sanctions, car même si l'objectif de protection est le même, des peines beaucoup plus sévères peuvent être prononcées à l'étranger (par exemple aux États-Unis). Un moyen approprié semble plutôt être une condition (art. 80p, al. 1, EIMP) dans chaque cas particulier, selon laquelle l'État requérant doit garantir qu'il ne demandera, n'imposera ou n'exécutera aucune sanction dépassant un plafond fixé, qui correspond à ce qui est encore acceptable selon la conception juridique suisse ou la CEDH. Au vu de ce qui précède, il semble préférable de déterminer l'étendue de la double incrimination en fonction de l'identité des faits.

Ensuite, conformément à l'art. 35, al. 2, let. a, EIMP, les **formes particulières de culpabilité et les conditions de punissabilité** ne doivent pas être prises en considération dans l'appréciation de la punissabilité selon le droit suisse. Cela signifie que pour que la punissabilité soit admise selon le droit suisse, il n'est pas nécessaire que les formes particulières de culpabilité et les conditions de punissabilité requises par les éléments constitutifs d'infractions suisses soient réunies. Le critère de la double incrimination est ainsi restreint et le cercle des faits pour lesquels l'extradition est admissible élargi. 56

57 Par **conditions particulières de punissabilité**, il faut entendre les conditions objectives de la punissabilité. La doctrine propose une *différenciation* selon que la condition résulte de particularités procédurales (comme par exemple l'ouverture d'une procédure de faillite pour les infractions de faillite [art. 163 ss CP]) ou de raisons de politique criminelle et de doctrine juridique (comme par exemple dans le cas d'une rixe ou d'une agression [art. 133 s. CP], où la punissabilité ne commence qu'avec la blessure ou le meurtre d'une personne, ou dans le cas de la violation de la paix publique [art. 260 CP], qui présuppose des actes de violence). L'art. 35, al. 2, let. a, EIMP ne s'appliquerait qu'aux conditions objectives de punissabilité du premier type, tandis que celles du second type concerneraient « la définition même de l'injustice punissable » et devraient donc être prises en compte lors de l'examen de la punissabilité. Toutefois, cela va à l'encontre de la conception classique des conditions objectives de punissabilité, selon laquelle celles-ci ne concernent que la nécessité de la peine (économie pénale) et, par exemple, la bagarre ou l'agression constituent également un acte répréhensible ou punissable même en l'absence de blessure ou de décès. Cette conception classique évite le conflit avec le principe de culpabilité qui surgirait si l'on partait du principe que l'auteur est puni pour quelque chose qui n'est pas couvert par sa culpabilité (au sens ancien du terme). Au lieu de cela, selon la conception classique, l'auteur n'est puni que pour son acte fautif et la circonstance exonératoire de culpabilité – c'est-à-dire la condition objective de punissabilité – n'a pour effet que de limiter la punissabilité ou de favoriser l'auteur. L'auteur a donc déjà mérité la peine par son acte, il a seulement de la « chance » si la condition ne se réalise pas et que l'État renonce donc à intervenir. Étant donné que les conditions objectives de punissabilité ne définissent pas (ou ne contribuent pas à définir) l'injustice punissable, leur exclusion par l'art. 35, al. 2, let. a, EIMP semble justifiable et ne nécessite pas de restriction. On peut toutefois encore discuter – mais pas ici – de la question de savoir si l'attribution traditionnelle de caractéristiques individuelles aux conditions objectives de punissabilité est justifiée ou si une autre interprétation ne s'impose pas plutôt.

58 La notion de **formes particulières de culpabilité** renvoie aux intentions, motivations ou caractéristiques particulières requises dans certains cas ; elle repose donc sur la notion de culpabilité psychologique, désormais dépassée, de la théorie causale de l'action. Souvent, ces éléments subjectifs particuliers ne justifient pas la punissabilité en soi, mais seulement la qualification, le

privilège ou le remplacement d'un état de fait par un autre (cf. par exemple les art. 111 et 112 du CPP [cruauté particulière] ; art. 142, al. 1 et 2, art. 158, ch. 1, al. 1 et 3, CP [intention de s'enrichir] ; art. 141 et art. 137 CP [intention d'appropriation]). Dans ces cas, l'infraction de base ou l'infraction subsidiaire atteint généralement déjà le seuil minimal prévu à l'art. 35, al. 1, let. a, EIMP (cf. N. 33), de sorte qu'une extradition serait également admissible sans la disposition de l'art. 35, al. 2, let. a, EIMP. Il en va toutefois autrement des éléments subjectifs particuliers qui fondent la punissabilité (par exemple art. 115 CP [motifs égoïstes] ; art. 260^{quinquies} [intention de financer le terrorisme] ; art. 261, al. 2 et 3, art. 262, ch. 1, al. 2, CP [malveillance]). Si on les compte parmi les formes particulières de culpabilité au sens de l'art. 35, al. 2, EIMP, cela a pour conséquence que, lors de l'examen de la double incrimination, la punissabilité selon le droit suisse doit être admise même si ces éléments font défaut dans le cas concret. Cela contredit toutefois les appréciations et les intérêts nationaux, c'est-à-dire la raison d'être de l'exigence de double incrimination (cf. N. 22 s.). Si, par exemple, l'art. 115 CP ne criminalise l'incitation et l'assistance au suicide que lorsqu'elles sont motivées par des raisons égoïstes, ces motivations justifient alors la punissabilité ; selon l'appréciation locale, celui qui aide par compassion une personne souffrante à mettre fin à ses jours ne mérite pas d'être puni. L'extrader vers un autre État qui a criminalisé toute aide au suicide, quelle que soit la motivation de l'auteur, serait contraire à cette appréciation, et la Suisse n'aurait aucun intérêt à soutenir cette procédure étrangère. Afin d'éviter ce conflit, l'art. 35, al. 2, let. a, EIMP doit être interprété de manière téléologique et restrictive : par « formes particulières de culpabilité » au sens de cette disposition, on entend uniquement les intentions, les motivations et les caractéristiques de l'état d'esprit qui ne justifient pas la punissabilité en soi. La restriction prévue à l'art. 35, al. 2, let. a, EIMP n'a donc plus qu'une importance pratique très limitée : elle ne permet une extradition supplémentaire que lorsque l'infraction ne remplirait qu'un élément constitutif de base ou subsidiaire en dessous du seuil de l'art. 35, al. 1, let. a, EIMP, mais qu'il existe encore un élément constitutif qualifié ou alternatif qui atteint le seuil et se caractérise par un élément subjectif particulier. L'art. 35, al. 2, let. a, EIMP permet alors de confirmer la punissabilité selon cette infraction plus sévère, même si l'élément subjectif particulier qu'il présuppose fait défaut. L'interprétation proposée ici semble également admissible compte tenu du fait que la prise de position du Conseil fédéral sur l'art. 35, al. 2, let. a, EIMP remonte à longtemps

et qu'elle n'aborde pas la problématique discutée ici, mais l'a peut-être négligée.

59 Conformément à l'art. 35, al. 2, let. b, EIMP, les **conditions relatives au champ d'application personnel et temporel du CP et du code pénal militaire** (CPM) ne doivent pas être prises en considération pour apprécier la punissabilité selon le droit suisse en ce qui concerne les dispositions pénales relatives au génocide, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre. Pour ces infractions les plus graves (les trois crimes fondamentaux du droit international), des règles particulières, favorables dans la mesure du possible aux poursuites pénales et à l'entraide judiciaire, doivent s'appliquer, ce qui se traduit également par l'exclusion de l'exception de délit politique prévue à l'art. 3, al. 2, EIMP. En vertu de l'art. 35, al. 2, let. b, EIMP, il n'est notamment pas nécessaire d'examiner l'applicabilité personnelle du CPM, dont le champ d'application varie selon qu'il s'agit d'une période de paix, d'une période de service actif ou d'une période de guerre. L'exclusion des règles relatives au champ d'application temporel (art. 2 CP, art. 2 CPM) implique que le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas, ce qui n'est de toute façon pas le cas dans le cadre de l'examen de la punissabilité selon le droit suisse (en tant que droit de l'État requis) (cf. N. 44).

60 Il n'y a donc pas lieu de tenir compte des **concurrences** : si un fait remplit plusieurs éléments constitutifs d'infractions selon le droit de l'État requérant, mais n'en remplit qu'un seul ou plusieurs selon le droit suisse, dont l'un supplante toutefois les autres, il y a double incrimination et l'extradition peut être accordée pour tous les éléments constitutifs d'infractions pour autant que l'infraction suisse pertinente ou restante atteigne le seuil minimal prévu à l'art. 35, al. 1, let. a, EIMP. Si, selon le droit suisse, seule une infraction privilégiée était applicable, dont la peine encourue, contrairement à l'infraction de base, n'atteint pas ce seuil, la sanction maximale minimale requise n'est pas atteinte et l'extradition est irrecevable, à moins que l'infraction privilégiée ne soit caractérisée uniquement par des éléments subjectifs particuliers – non pertinents selon l'art. 35, al. 2, let. a, EIMP (cf. N. 58).

61 En outre, les éventuels **motifs d'atténuation de la peine** ne sont pas pertinents. En effet, un motif d'atténuation de la peine permet uniquement de descendre en dessous de la peine minimale prévue et de reconnaître une autre infraction (art. 48a CP) ; il n'impose toutefois pas, dans le cas d'un fait atteignant le seuil de l'art. 35, al. 1, let. a, EIMP, un abaissement de la peine en

dessous de ce seuil. Il n'en va autrement que si le fait est passible d'une peine privative de liberté maximale d'exactement un an ; en cas d'atténuation obligatoire de la peine, celle-ci ne peut plus être prononcée. Toutefois, dans un tel cas (rare), il semble approprié, au regard de l'art. 35, al. 2, let. a, EIMP, a maiore ad minus, d'exclure l'atténuation de la peine lors de l'examen de la punissabilité selon le droit suisse.

Enfin, il n'y a pas lieu d'examiner l'existence de **conditions de procédure** telles qu'une plainte pénale ou une autorisation. La *prescription*, dont la nature est certes controversée, n'est pas non plus examinée sous l'angle de la punissabilité ; elle fait l'objet d'une réglementation distincte (art. 5, al. 1, let. c, EIMP). 62

e. Intensité de l'examen

Selon la jurisprudence, la double incrimination ou l'examen de la punissabilité selon le droit suisse ne doit faire l'objet que d'un **examen prima facie**. Cela signifie qu'un examen minutieux et détaillé n'est pas nécessaire et que les questions juridiques difficiles peuvent être exclues. Selon l'avis défendu ici, la raison d'être de la double incrimination (N. 22 s.), qui vise à protéger les valeurs et les intérêts nationaux, ainsi que les connaissances spécialisées des autorités nationales en matière de droit national (cf. N. 49) plaident en faveur d'une évaluation plus stricte de la punissabilité selon le droit suisse que de la punissabilité selon le droit étranger, où un examen de la recevabilité suffit (cf. N. 49). Il convient donc d'exiger que le comportement *soit susceptible d'être punissable* selon le droit suisse (au sens des précisions ci-dessus [N. 50 ss]). Une incertitude résiduelle peut être acceptée compte tenu des nombreuses controverses encore en suspens quant à l'interprétation correcte des dispositions pénales et de la jurisprudence parfois lacunaire ou fluctuante du Tribunal fédéral. 63

C. Condition négative : absence de compétence judiciaire suisse (al. 1, let. b)

L'art. 35, al. 1, let. b, EIMP pose comme condition négative à l'extradition que l'infraction ne relève pas de la compétence judiciaire suisse. L'art. 36, al. 1, EIMP prévoit une **exception** importante à cette règle dans le cas où des circonstances particulières, notamment la possibilité d'une réinsertion sociale particulière, justifient l'extradition (malgré la compétence de la juridiction 64

suisse). La jurisprudence reconnaît d'autres « circonstances particulières », de sorte que, pour des raisons d'économie de procédure et afin de permettre une évaluation commune de plusieurs auteurs à l'étranger, même si la juridiction suisse est compétente.

65 La compétence de la juridiction suisse est déterminée en particulier par les art. 3 ss CP ; d'autres normes justificatives se trouvent dans la partie spéciale du CP ainsi que dans le droit pénal accessoire. Le libellé de l'art. 35, al. 1, let. b, EIMP semble exclure l'extradition pour toute compétence juridictionnelle suisse, c'est-à-dire indépendamment du fait qu'elle soit fondée sur le principe de territorialité, le principe de protection ou le principe de personnalité active, etc. Le message du Conseil fédéral précise toutefois que le terme « juridiction » désigne uniquement une juridiction fondée sur le principe de territorialité. L'art. 35, al. 1, let. b, EIMP doit donc être interprété comme étant limité **à la juridiction suisse fondée sur la territorialité** (art. 3, al. 1, en relation avec l'art. 8 CP). À l'élément d'interprétation *historique* s'ajoute en effet l'élément *téléologique* : la compétence pénale suisse fondée sur le principe de territorialité est généralement la plus importante pour le territoire national ; il serait contraire à l'esprit de l'entraide judiciaire que la Suisse ne puisse pas extrader vers l'État où l'infraction a été commise, par exemple dans le cas d'une compétence pénale nationale fondée sur le principe de la personnalité passive (art. 7, al. 1, CP). L'élément d'interprétation *systématique* plaide également en faveur de l'interprétation restrictive de l'art. 35, al. 1, let. b, EIMP. En effet, diverses dispositions pénales relatives aux infractions commises à l'étranger exigent – généralement comme condition préalable à la procédure – que l'auteur ne soit pas extradé (par exemple, art. 7, al. 1, let. c, CP). Si toutefois l'art. 35, al. 1, let. b, EIMP excluait l'extradition même en cas de compétence pénale extraterritoriale de la Suisse, il résulterait de l'interaction de ces dispositions que la Suisse devrait en principe toujours poursuivre elle-même et n'extrader qu'à titre subsidiaire. Cela ne serait ni conforme à l'intention du législateur ni compatible avec la pratique du Tribunal fédéral, qui consiste à proposer d'abord l'extradition. Et dans la mesure où les dispositions pénales concernées prévoient même la non-extradition comme condition préalable à la compétence pénale nationale (et donc à la juridiction) et non pas seulement comme condition préalable à la procédure – à savoir dans le cas de l'administration substitutive de la justice pénale (art. 7, al. 2, let. a, CP) –, ces dispositions deviendraient circulaires si l'art. 35, al. 1, let. b, EIMP visait également la compétence juridictionnelle

fondée sur l'extraterritorialité. En effet, pour justifier la compétence pénale au sens de l'art. 7, al. 2, let. a, CP, l'auteur de l'infraction ne devrait pas être extradé, ce qui n'est pas le cas selon l'art. 35, al. 1, let. b, EIMP en cas de compétence pénale au sens de l'art. 7, al. 2, let. a, CP.

66 Le fait que l'État requis puisse refuser l'extradition s'il dispose lui-même de la compétence pénale sur les faits en vertu du principe de territorialité (ce que l'on appelle le **privilège de poursuite de l'État requis**) est expressément garanti dans divers traités internationaux, par exemple à l'art. 7, ch. 1, EAÜ. Il s'agit là d'un motif de refus facultatif.

67 Dans le cas de la juridiction suisse, sur la base du **principe de la protection de l'État** (art. 4, al. 1, CP ; pour autant que l'auteur soit assez imprudent pour entrer sur le territoire national après avoir commis l'infraction) ou du **principe du pavillon ou de l'immatriculation**, similaire au principe de territorialité, le refus de l'extradition au profit d'une poursuite pénale propre peut également apparaître indiqué. Toutefois, il n'est pas nécessaire de subsumer ces cas sous l'art. 35, al. 1, let. b, EIMP, car l'extradition selon l'EIMP est de toute façon facultative (N. 7) et peut déjà être refusée dans un tel cas en se référant à l'intérêt pénal propre de la Suisse.

Remerciements :

L'auteur remercie les éditeurs du commentaire en ligne ainsi que Me Giuseppe Aufiero pour ses remarques pertinentes.

BIBLIOGRAPHIE

Arzt Gunther, Zur identischen Strafnorm beim Personalitätsprinzip und bei der Rechtshilfe, in: Jenny Guido/Kälin Walter (Hrsg.), Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, Bern 1988, S. 417–441.

Asp Petter/Hirsch Andrew von/Frände Dan, Double Criminality and Transnational Investigative Measures in EU Criminal Proceedings: Some Issues of Principle, ZIS 2006, S. 512–520.

Bantekas Ilias, International Criminal Law, 4. Aufl., Oxford et al. 2010.

Benz Wolfgang B., Das Prinzip der identischen Norm im internationalen Auslieferungsrecht, Aarau 1941.

Blakesley Christopher L., Rumination on Extradition & Human Rights, in: Donatsch Andreas/Forster Marc/Schwarzenegger Christian (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich et al. 2002, S. 191–217.

Bommer Felix, Vorbemerkungen zu Art. 19 ff. StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans/Maeder Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019.

Capus Nadja, Strafrecht und Souveränität, Das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bern 2010.

Cleric Georg Franz von, Die Bedeutung des Strafantrages im internationalen Auslieferungsrecht der Schweiz, SJZ 1921/22, S. 113–117.

Conrad Peter, Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit im Rechtshilfe- und Strafanwendungsrecht, Hamburg 2013.

Dewulf Steven, Extradition and Surrender, in: Caeiro Pedro/Gless Sabine/Mitsilegas Valsamis/Costa Miguel João/Snaijer Janneke de/Theodorakakou Georgia (Hrsg.), Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice, Cheltenham et al. 2024, S. 304–315.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2024.

Fiolka Gerhard, Das «Vertrauensprinzip» in der Rechtshilfe als organisierte Unverantwortung, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich et al. 2017, S. 605–617.

Gafner d'Aumeries Sonja, Le principe de la double incrimination, Basel 1992.

Garré Roy, Kommentierung zu Art. 35 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl., Basel 2021.

Hamaker Hendrik Jacobus, Über die Auslieferung der Inländer wegen der im Auslande begangenen Verbrechen, Archiv des öffentlichen Rechts 1886, S. 279–308.

Heimgartner Stefan, Auslieferungsrecht, Zürich et al. 2002 (zit. Heimgartner, Auslieferungsrecht).

Heimgartner Stefan, Der Fall Polanski – internationalstrafrechtliche Aspekte, in: Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Gfeller Diego R., Liber amicorum für Marcel Alexander Niggli, Basel 2010, S. 137–148 (zit. Heimgartner, Polanski).

Heimgartner Stefan, Kommentierung zu Art. 64 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Jescheck Hans-Heinrich/Weigend Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996.

Kaltchas Emmanuel, De l'extradition en cas de concours de compétences de plusieurs États, Lausanne 1934.

Kaufmann Barbara, Kommentierung zu Art. 1a IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe für Strafsachen – Version: 28.3.2025, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg1a, DOI: 10.17176/20230908-105955-0.

Keshelava Tornike/Payer Andrés, Vorbemerkungen zu Art. 3 ff. StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans/Maeder Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 5. Aufl., Basel, im Erscheinen.

Kubiciel Michael, Kommentierung zu § 3 IRG, in: Ambos Kai/König Stefan/Rackow Peter (Hrsg.), Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl., Basen-Baden et al. 2020.

Lammasch Heinrich, Auslieferungspflicht und Asylrecht, Leipzig 1887.

Langhard Johann, Das schweizerische Auslieferungsrecht nebst den Auslieferungsverträgen der Schweiz, Bern 1910.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basel 2018 (zit. Ludwiczak Glassey, Entraide).

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide internationale en matière d'exportation de biens culturels : l'obstacle de la double incrimination, fp 2020, S. 149–154 (zit. Ludwiczak Glassey, Biens culturels).

Ludwiczak Glassey Maria, La double incrimination en entraide judiciaire en matière pénale : un principe en quête de sens, in: Perrier Depeursinge Camille/Dongois Nathalie/Garbarski Andrew M./Lombardini Carlo/Macaluso Alain (Hrsg.), Cimes et Châtiments, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon, Bern 2022, S. 313–324 (zit. Ludwiczak Glassey, Double incrimination).

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 35 IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 51 IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Markees Curt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Das Bundesgesetz vom 20. März 1981 (IRSG), Schweizerische Juristische Kartothek, Karten Nr. 421 und 422, Genf 1982.

Martitz Ferdinand von, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Bd. 1, Leipzig 1888 (zit. von Martitz, Rechtshilfe I).

Martitz Ferdinand von, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Bd. 2, Leipzig 1897 (zit. von Martitz, Rechtshilfe II).

Meili Friedrich, Die Doktrin des internationalen Strafrechts und ihre heutigen Aufgaben, in: Festgabe dem Schweizer Juristenverein bei seiner 46. Jahresversammlung, 28. und 29. September 1908 in Zürich, überreicht von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Zürich 1908, S. 1–44.

Moock Merle von, Auslieferungsrechtliche Probleme an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert, Baden-Baden 2001.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale, EIMP - TEJUS - LTEJUS - TEXUS, Basel 2004.

Mörsberger Manfred, Das Prinzip der identischen Norm im Auslieferungsrecht, Berlin 1969.

Murschetz Verena, Auslieferung und Europäischer Haftbefehl, Wien 2007.

Payer Andrés, Kommentierung zu Art. 32 IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe für Strafsachen – Version: 6.1.2026, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg32, DOI: 10.17176/20230908-111231-0.

Payer Andrés, Strafrecht als Mittel zu einer diskriminierungsfreien Gesellschaft? Vorüberlegungen zu einem Kriminalstraftatbestand der Diskriminierung, Journal für Strafrecht 2025, 235–246 (zit. Payer, Diskriminierung).

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel et al. 2001.

Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Niggli Marcel Alexander, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011.

Roxin Claus/Greco Luís, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl., München 2020.

Schaffner Daniel, Das Individuum im internationalen Rechtshilferecht in Strafsachen, Basel 2013.

Schierholt Christian, Kommentierung zu § 3 IRG, in: Gless Sabine/Hackner Thomas/Trautmann Sebastian (Hrsg.), Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl., München 2020.

Schork Alexander, Das Auslieferungsverfahren in der Schweiz und in Deutschland unter Einbeziehung des Europäischen Haftbefehls, Frankfurt a.M. 2009.

Schultz Hans, Das schweizerische Auslieferungsrecht, Basel 1953 (zit. Schultz, Auslieferungsrecht).

Schultz Hans, Das Ende der Auslieferung?, in: Oehler Dietrich/Pötz Paul-Günter (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts, Heinrich Grützner zum 65. Geburtstag, Hamburg 1970, S. 138–148 (zit. Schultz, Ende).

Schultz Hans, Les principes du droit d'extradition traditionnel, in: Conseil de l'Europe (Hrsg.), Aspects juridiques de l'extradition entre États européens, Strassburg 1970, S. 7–25 (zit. Schultz, Principes).

Schwaighofer Klaus, Auslieferung und Internationales Strafrecht, Wien 1988.

Schwarzenbach Alfred, Das materielle Auslieferungsrecht der Schweiz nach dem Bundesgesetz vom 22. Januar 1892 und den geltenden Verträgen, Zürich 1901.

Shearer Ivan Anthony, Extradition in International Law, Manchester 1971.

Staffler Lukas, Reichweite und Grenzen der Sachverhaltswürdigung im Auslieferungsverfahren bei Unterstützung terroristischer Organisationen, Besprechung von BGer, Urteil vom 12.6.2020, 1C_228/2020 und 1C_261/2020, fp 2021, S. 149–155.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich et al. 2022.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 5. Aufl., Bern 2024.

Travers Maurice, L'entraide répressive internationale et la loi française du 10 mars 1927, Paris 1928.

Vogel Joachim, Abschaffung der Auslieferung? Kritische Anmerkungen zur Reform des Auslieferungsrechts in der Europäischen Union, JZ 2001, S. 937–943.

Wilt Harmen van der, The Law and Practice of Extradition, Abingdon et al. 2022.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6. Aufl., Bern 2024.

MATÉRIAUX

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, 1977, Bd. 5, Wintersession, Ständerat, Sitzung vom 29.11.1977, Geschäft Nr. 76.033, S. 612–637, abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20006302.pdf?id=20006302, besucht am 24.8.2025.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, 1979, Bd. II, Sommersession, Nationalrat, Sitzung v. 12.6.1979, Geschäft Nr. 76.033, S. 647–664, abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20007652.pdf?ID=20007652, besucht am 24.8.2025.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, 1979, Bd. II, Sommersession, Nationalrat, Sitzung v. 21.6.1979, Geschäft Nr. 76.033, S. 845–865, abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20007686.pdf?ID=20007686, besucht am 24.8.2025.

Botschaft des Bundesrathes an die Bundesversammlung zum Entwurf des Bundesgesetzes betreffend die Auslieferung gegenüber dem Ausland vom 9.6.1890, BBl 1890 III 316 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1890/3_316_193_/de, besucht am 17.8.2025.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Genehmigung von sechs Übereinkommen des Europarates vom 1.3.1966, BBl 1966 I 457 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1966/1_457__/de, besucht am 24.8.2025.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen und einem Bundesbeschluss über Vorbehalte zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen
vom 8.3.1976, BBl 1976 II 444 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1976/2_444_430_443/de, besucht am 17.8.2025.

Botschaft zur Revision der Bundesrechtspflege vom 28.2.2001, BBl 2001 4202 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/731/de, besucht am 17.8.2025.

Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG), Entwurf, BBl 1976 II 491 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1976/2_444_430_443/de, besucht am 17.8.2025.

DIRECTIVE

Bundesamt für Justiz BJ, Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 9. Aufl., Bern 2009 (Rechtsprechung Stand Mai 2010), abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/dam/rhf/de/data/strafrecht/wegleitungen/wegleitung-strafsachen-d.pdf, besucht am 20.8.2025.

COMMENTAIRE

Art. 47 EIMP

Un commentaire de Olivier Peter

PROPOSITION DE CITATION

Olivier Peter, Commentaire de l'art. 47 EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Peter, art. 47 EIMP N. XXX.

Section 3 Arrestation et saisie

Art. 47 Mandat d'arrêt et autres décisions

[1] L'OFJ décerne un mandat d'arrêt aux fins d'extradition. Il peut y renoncer notamment si:

a. il apparaît que la personne poursuivie ne se soustraira pas à l'extradition et n'entravera pas l'instruction, ou si

b. un alibi peut être fourni sans délai.

[2] Si la personne poursuivie ne peut subir l'incarcération ou si d'autres motifs le justifient, l'OFJ peut, à titre de sûreté, substituer d'autres mesures à l'arrestation.

[3] En même temps, il décide quels objets et valeurs restent saisis ou doivent l'être.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 205
II. Conditions 206
A. Demande d'extradition pas manifestement inadmissible 207
B. Risque de fuite ou d'entrave à l'instruction (Art. 47 al. 1 a EIMP) 208
C. Absence d'alibi (Art. 47 al. 1 b EIMP) 209
D. Aptitude à subir l'incarcération (Art. 47 al. 2) 212
E. Inefficacité des mesures de substitution (Art. 47 al. 2 in fine EIMP) 213
III. Saisies (Art. 47 al. 3) 215
Bibliografie 216

I. GÉNÉRALITÉS

La **détention en vue d'extradition** constitue une mesure coercitive de droit administratif[499]. Elle vise principalement à garantir les objectifs de la procédure d'extradition et, indirectement, à soutenir l'entraide judiciaire dans la procédure pénale étrangère[500]. 1

Le **mandat d'arrêt** est prononcé par l'OFJ. Il fait suite à l'arrestation provisoire mise en œuvre par la police[501]. La décision doit intervenir dans un délai de trois jours ouvrables à compter de l'arrestation, faute de quoi la mesure provisoire de contrainte devra être levée[502]. Le mandat d'arrêt peut être anticipé par fax, courriel, ou par téléphone[503], mais doit être confirmé par écrit dans le délai précité. La décision doit être notifiée à la personne poursuivie[504], à la suite de quoi l'autorité l'informe de ses droits[505] puis lui offre l'occasion de faire valoir ses motifs d'opposition au mandat d'arrêt et/ou à l'extradition[506]. 2

Selon la jurisprudence[507], reprise par la doctrine[508], le prononcé d'une mesure privative de liberté contre la personne visée par une demande d'extradition constitue « **la règle** » et cela en principe durant toute la procédure. La liberté de la personne visée durant la procédure constitue l'exception. Le Tribunal fédéral justifie cette interprétation par les obligations internationales de la Suisse de garantir la remise de la personne à l'État requérant[509]. Les conditions permettant d'ordonner une détention extraditionnelle seraient 3

499. PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 47 N. 12 et jurisprudence citée.
500. BSK-Forster, art. 47 EIMP N. 1.
501. EIMP 44.
502. EIMP 46 II.
503. L'ordonnance indique que l'OFJ peut ordonner l'arrestation « par télex ou par téléphone » (OEIMP 19). Cette formulation ancienne devrait être abandonnée pour admettre que la décision puisse être anticipée également par courriel. Cette solution est notamment proposée par Ludwiczak Glassey, N. 798.
504. OEIMP 19 ; Zimmermann, N. 348 ; Ludwiczak Glassey, N. 810.
505. EIMP 52 I.
506. EIMP 52 II.
507. ATF 117 IV 359, 359 ; Zimmermann, N. 348 ; la durée de la détention doit rester proportionnée à la peine privative de liberté encourue concrètement (cf. EIMP 50).
508. PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 47 N. 11.
509. Zimmermann, N. 348.

ainsi plus souples que celles prévues par le législateur pour le prononcé d'une détention provisoire dans la procédure pénale[510]. Dans cette dernière situation, le législateur a en effet expressément prévu que le principe est que la personne prévenue « reste en liberté » et la mise en détention constitue l'exception[511].

4 L'interprétation des conditions permettant de prononcer un mandat d'arrêt en vue d'extradition doit toutefois respecter le **droit à la liberté** personnelle, garanti par la Constitution fédérale[512] et le droit international[513]. Toute atteinte à la liberté d'une personne doit être justifiée par un intérêt public et être proportionnée au but visé, tel est le cas également pour le prononcé d'un mandat d'arrêt dans une procédure d'extradition. Comme rappelé par la Cour européenne des droits de l'homme dans une affaire concernant la Suisse, « la détention provisoire doit apparaître comme la solution ultime, qui se justifie seulement lorsque toutes les autres options disponibles s'avèrent insuffisantes »[514]. Nous sommes d'avis qu'un tel principe s'applique également à la détention extraditionnelle. L'interprétation « plus souple » proposée par le Tribunal fédéral ne libère dès lors pas l'autorité de procéder à un examen strict de la proportionnalité.

II. CONDITIONS

5 L'OFJ ne peut émettre un mandat d'arrêt aux fins d'extradition que si les **conditions cumulatives** suivantes sont remplies :

- L'autorité est saisie d'une demande d'extradition qui n'est pas manifestement inadmissible (2.1) ;
- Il existe un risque de fuite et/ou d'entrave à l'instruction (2.2) ;
- La personne ne peut pas fournir un alibi sans délai (2.3) ;
- La personne est apte à subir la détention (2.4) et

510. ATF 136 IV 20, c. 2.2. ; ATF 130 II 306, c. 2.2 ; ATF 111 IV 108, c. 2 ; ATF 109 Ib 223, c. 2c Zimmermann, N. 348.
511. CPP 212 I.
512. Cst-féd. 31 I.
513. CEDH 5 ; PIDCP 9 I.
514. CourEDH *Shabani c. Suisse*, n°29044/06, 05.11.2009, N. 62.

- Aucune mesure de substitution ne permet d'atténuer significativement le risque de fuite et/ou de collusion (2.5).

A. Demande d'extradition pas manifestement inadmissible

Un mandat d'arrêt peut être émis lorsque l'État requérant a présenté une demande d'extradition incluant des **informations suffisantes** sur l'identité de la personne poursuivie, ainsi que des faits et des infractions qui lui sont reprochées[515]. 6

Même en **l'absence d'un mandat formel**, une mesure de contrainte peut provisoirement être ordonnée lorsque l'État requis le demande expressément et communique qu'il a l'intention de présenter une demande d'extradition[516]. Des mesures peuvent aussi être prises d'office par l'OFJ s'il y a péril en la demeure[517]. 7

Les informations communiquées doivent démontrer que la demande ne sera **pas manifestement inadmissible ou inopportune**[518]. La demande d'extradition ne doit notamment pas : 8

- concerner une personne de nationalité suisse[519] ;
- émaner d'un État n'ayant à l'évidence pas la compétence de poursuivre les faits[520] ;
- aboutir à la poursuite par un tribunal d'exception ou à l'exécution d'une peine prononcée par une telle juridiction[521] ;
- porter sur une infraction dont le caractère politique, militaire ou fiscal est manifeste[522] ;
- porter sur des sanctions ou des faits qui sont à l'évidence prescrits[523] ;
- porter sur des faits manifestement non punissables selon le droit suisse[524] ;

515. EIMP 28 ; BSK-Forster, art. 47 EIMP N. 3.
516. EIMP 18 I ; BSK-Forster, art. 47 EIMP N. 1.
517. EIMP 18 II.
518. EIMP 18 I ; ATF 130 II 306, c. 2.1 ; ATF 117 IV 359, c. 2 ; Zimmermann, N. 348. Cf. aussi EIMP 51 I.
519. EIMP 44 *a contrario* ; BSK-Forster, art. 47 EIMP N. 2 ; Ludwiczak Glassey, N. 806. Font exception les personnes de nationalité suisse visées par une demande d'extradition émanant de la Cour pénale internationale.
520. EIMP 32.
521. EIMP 38 I c.

- porter sur des faits qui relèvent d'un cas bagatelle[525] et/ou encourent une peine de moins d'un an[526].

B. Risque de fuite ou d'entrave à l'instruction (Art. 47 al. 1 a EIMP)

9 Un mandat d'arrêt ne peut être prononcé que s'il existe un **risque** que la personne « se soustraira à l'extradition » ou « entravera (...) l'instruction » [527]. Ces termes correspondent au « risque de fuite » et au « risque de collusion » pouvant justifier une privation de liberté dans la procédure pénale[528], bien que la jurisprudence exige que ces risques soient admis plus largement pour prononcer une détention extraditionnelle[529]. À juste titre, la possibilité d'émettre un mandat d'arrêt en raison d'un risque de réitération n'a pas été prévue par le législateur[530].

10 Dans la pratique, c'est le **risque de fuite** qui est invoqué pour justifier le prononcé d'un mandat d'arrêt. La notion d'« entrave à l'instruction » ne fait pas l'objet de développements particuliers dans la doctrine et la jurisprudence. Il est notamment peu clair si le législateur a voulu justifier le prononcé de la mesure par le risque d'une entrave à l'instruction de la procédure administrative d'extradition ou s'il s'agit d'un risque de collusion s'agissant de la procédure pénale éventuellement ouverte dans l'État requérant. Dans cette deuxième hypothèse, le risque d'entrave ne pourrait pas être retenu s'agissant d'une demande d'extradition visant l'exécution d'une peine.

---

522. Dans plusieurs affaires récentes concernant des indépendantistes catalan·es qui faisaient l'objet de demandes de remise par l'Espagne pour des infractions politiques, aucun mandat d'arrêt n'a été émis par l'OFJ. Dans l'arrêt récent RH.2024.10, c. 3.3, le Tribunal fédéral examine et écarte le grief du caractère politique de la poursuite, pour confirmer le mandat d'arrêt.
523. EIMP 5 I c.
524. Zimmermann, N. 348 ; Ludwiczak Glassey, N.825.
525. EIMP 4.
526. EIMP 35 I a.
527. EIMP 47 I a.
528. CPP 221 I a et b.
529. ATF 130 II 306, c. 2.4. *Contra* BSK-Forster, art. 47 EIMP N. 3 qui affirme qu'en l'absence de renvoi exprès de l'EIMP au CPP, ces termes doivent être interprétés de manière autonome. Cette question ne paraît jamais avoir été tranchée par la jurisprudence.
530. EIMP 47 I a *a contrario.*

Le risque de fuite doit être **admis restrictivement** lorsque la personne a développé des attaches familiales et professionnelles étroites et de longue durée avec la Suisse[531], soit notamment la durée du séjour et d'éventuels liens familiaux étroits avec des personnes résidentes dans le pays. L'OFJ doit également tenir compte du type d'infraction reprochée[532], de la peine menace[533] et de l'existence d'une condamnation définitive[534]. Des problèmes de santé propres à entraver une fuite à l'étranger doivent également être pris en compte[535]. Un âge avancé peut être un facteur réduisant la probabilité d'une fuite[536]. 11

Le texte légal indique que, en **l'absence d'un risque de fuite et de collusion**, l'autorité *peut* renoncer à l'émission d'un mandat d'arrêt. Nous sommes de l'avis qu'une privation de liberté prononcée contre une personne qui n'entend pas se soustraire à la procédure, ni l'entraver, constituerait une mesure disproportionnée et violerait donc le droit à la liberté personnelle. En l'absence de tels risques, une privation de liberté devrait être exclue. 12

C. Absence d'alibi (Art. 47 al. 1 b EIMP)

La détention extraditionnelle ne peut pas être ordonnée lorsque la personne visée peut fournir un **alibi**[537], qui constitue un motif de refus de l'extradition[538]. Il s'agit d'une exception au principe selon lequel il appartient aux juridictions étrangères du fond de se prononcer sur la réalité des faits reprochés et la culpabilité de la personne poursuivie. Cette règle relève d'un principe général du droit extraditionnel[539]. Le but est d'épargner à une personne manifestement innocente les rigueurs d'une procédure pénale[540]. 13

Selon la jurisprudence fédérale, le terme « alibi » doit être entendu dans son **sens restrictif** traditionnel, soit au sens littéral[541]. La personne doit prouver 14

531. RH.2015.5, c. 3.1.
532. PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 47 N. 19.
533. G.69/1996, 8 août 1996, c. 8 ; 1A.41/1995, 20 février 1995 ; ATF 117 IV 359, c. 2b.
534. ATF 130 II 306, c. 2.6.
535. G.55/1993, 22 octobre 1993.
536. RR.2009.308, c. 7.3. Devant se prononcer sur le risque de fuite de Roman Polanski, le Tribunal fédéral a considéré que, même si l'âge avancé (76 ans) ne l'avait pas limité dans ses déplacements jusqu'alors, il constituait un facteur réduisant légèrement la probabilité d'une fuite.
537. EIMP 47 I b.
538. EIMP 53 II.

qu'elle ne se trouvait pas sur le lieu de commission de l'infraction au moment des faits[542], contrairement à ce qu'indique la demande d'extradition[543], alors même que sa présence est une condition de la réalisation de l'infraction reprochée et/ou de la compétence de poursuivre de l'État requérant[544].

15 Une interprétation trop restrictive quant à la preuve du caractère mal fondé des faits reprochés serait toutefois **incompatible** avec la jurisprudence de la CrEDH, qui considère que « la persistance de raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir accompli une infraction est une condition *sine qua non* de la régularité du maintien en détention »[545].

16 La jurisprudence prévoit que pour empêcher le prononcé d'un (futur) mandat d'arrêt, la preuve d'alibi doit permettre d'exclure la participation à l'ensemble des infractions reprochées dans la (future) demande d'extradition[546]. Cette position mériterait d'être nuancée. En effet, un **alibi partiel** peut tout de même avoir un impact sur la gravité des faits reprochés et la possibilité de prononcer des mesures de substitution.

17 C'est à la personne concernée d'en **apporter la preuve**, qui n'est en principe pas administrée par l'OFJ[547]. L'administration d'une preuve essentielle par l'autorité pénale n'est pas exclue par le législateur et devrait être admise dans des circonstances particulières. Tel est le cas si la personne visée par le mandat d'arrêt invoque un de risque de confusion de personne : l'OFJ devrait

---

540. ATF 123 II 279, c. 2b ; ATF 122 II 373, c. 1c ; TPF, RR.2012.117, 11 septembre 2012, c. 3.1 ; TPF, RR.2007.31, 21 mars 2007, c. 2.2.1. ; BSK-Forster, art. 47 EIMP N. 6 ; Ludwiczak Glassey, N. 812.
539. Ludwiczak Glassey, N. 812 et jurisprudence citée.
542. ATF 113 Ib 276, c. 3b ; BSK-Forster, art. 47 EIMP N. 6.
543. Ludwiczak Glassey, N. 813 et jurisprudence citée.
544. ATF 131 II 235, c. 2.14. Ludwiczak Glassey, N. 813 semble exclure la possibilité de présenter un alibi pour les reproches portant sur une participation intellectuelle ou commises par le biais de communications téléphoniques. Ludwiczak Glassey, N. 812 et jurisprudence citée. Nous sommes d'avis que, même dans de telles circonstances, la question de l'alibi demeure exceptionnellement pertinente lorsque cela peut avoir un impact sur la compétence de l'État pour poursuivre les faits.
545. CourEDH *Shabani c. Suisse*, n°29044/06, 05.11.2009, N. 57. Cet arrêt concerne une détention provisoire dans une procédure pénale nationale. Nous sommes d'avis que le principe s'applique également à la détention extraditionnelle.
546. Une preuve d'alibi partielle, c'est à dire limitée à une partie seulement de la demande d'extradition, est sans pertinence. ATF 123 II 279, c. 2b.
547. Zimmermann, N. 348 ; BSK-Forster, art. 47 EIMP N. 6.

alors pouvoir demander des renseignements complémentaires à l'autorité requérante. Il en va de même si les informations permettant de démontrer que l'accusation figurant dans la demande d'extradition est mal fondée se trouvent déjà en mains d'une autorité fédérale ou cantonale[548].

La preuve doit être **immédiate et univoque**[549], par exemple en démontrant qu'il y a erreur sur la personne[550]. La jurisprudence exige un degré élevé de preuve pour admettre l'existence d'un alibi, notamment s'agissant de la crédibilité des témoins intervenant en faveur de la personne visée par la demande d'extradition[551]. 18

La loi et la jurisprudence prévoient que la preuve doit être apportée **sans délai**, soit « sur le champ »[552] ou immédiatement[553]. Une allégation accompagnée d'une annonce de preuves à venir n'est pas suffisante pour empêcher le prononcé d'un mandat d'arrêt[554]. Nous sommes d'avis que cette position, reposant sur une jurisprudence ancienne (1983) ainsi que sur le bref délai pour confirmer l'arrestation provisoire[555], est peu adaptée à la réalité d'une procédure où la personne visée par la mesure a besoin de temps afin d'organiser sa défense et rassembler les preuves utiles, qui doivent souvent être obtenues depuis l'étranger et peuvent concerner des faits anciens[556]. La preuve par alibi pourra de toute façon être soumise successivement, dans le cadre d'une demande de mise en liberté qui peut être présentée dans la suite de la procédure[557]. 19

548. Tel est le cas par exemple si les autorités cantonales ou fédérales disposent de la preuve que la personne se trouvait sur le territoire suisse au moment où l'autorité requérante la situe à l'étranger.
549. ATF 123 II 279, c. 2b. BSK-Forster, art. 47 EIMP N. 6 parle de « *liquider Alibibeweis* ».
550. BSK-Forster, art. 47 EIMP N. 6, nbp 28.
551. C'est le cas notamment lorsqu'il est question d'attestations émanant de personnes proches à la personne visée par la demande d'extradition. ATF 123 II 279, c. 2b ; ATF 113 Ib 281 ; ATF 112 Ib 347, c. 4.
552. Ludwiczak Glassey, N. 815 ; Message EIMP, p. 468.
553. ATF 123 II 279, c. 2b.
554. Ludwiczak Glassey, N. 815 ; ATF 109 IV 174, c. 2.
555. EIMP 46 II.
556. Roman Polanski a été arrêté à Zurich en 2009 sur la base d'un mandat d'arrêt portant sur des faits qui auraient eu lieu aux Etats-Unis en 1977. TPF, RR 2009.308 ; Nekane Txapartegi a été arrêtée à Zurich en 2016 pour des faits ayant prétendument eu lieu en Espagne en 1999, 1C_385/2017.
557. EIMP 50 III.

D. Aptitude à subir l'incarcération (Art. 47 al. 2)

20 Une privation de liberté dans le cadre de l'extradition ne peut être ordonnée que si la personne est **capable de subir une détention**[558]. Cela implique de tenir compte d'une part de l'état de santé de la personne et de l'autre de l'impact de la détention sur cette dernière[559]. Selon la jurisprudence fédérale, l'âge avancé n'est en soi pas suffisant pour exclure une mise en détention[560]. Une personne est réputée incapable de subir une détention lorsqu'il faut admettre avec une grande probabilité que la détention mettrait en danger sa vie et sa santé[561]. Lorsque la personne invoque que la détention l'expose à un risque de suicide, le Tribunal pénal fédéral considère que ce risque devrait être admis « avec une grande retenue »[562]. Cela implique de tenir compte de problèmes de santé physiques mais également d'éventuels troubles psychiques nécessitant une prise en charge médicale[563].

21 En fonction des circonstances, la privation de liberté peut être exécutée dans une unité hospitalière spécialisée[564] ou la détention peut être assortie d'un traitement
ambulatoire[565]. Dans ce cadre, les autorités doivent pouvoir assurer une **prise en charge adaptée** ainsi qu'une stratégie thérapeutique globale visant à porter remède à ses problèmes de santé ou à prévenir leur aggravation plutôt qu'à traiter leurs symptômes[566].

---

558. EIMP 47 II.
559. CourEDH (Grande Chambre) *Rooman c. Belgique*, n°18052/11, 31.01.2019, N. 145.
560. Le Tribunal pénal fédéral a utilisé la notion d'âge avancé (« *höheren Alters* ») en référence à une personne de 65 ans (TPF, 8G.66/2000, c. 9c) et 68 ans (TPF, G.55/1993).
561. TPF, RH.2019.3 du 21 février 2019 c. 2.3.1 ; TPF, RR.201637 du 11 mai 2016 c. 5.2, TPF, RR. 2015.231, RR.2015.213 du 21 janvier 2016 c. 6.3.3 et les réf. citées.
562. TPF, RR.2015.231, TPF, RR.2015.213 du 21 janvier 2016, consid. 6.3.3 et les références citées. Cette jurisprudence a été ensuite reprise dans plusieurs arrêts, pour affirmer que l'autorité doit faire preuve d'une grande retenue pour apprécier tout risque à la santé de la personne détenue (arrêts du Tribunal pénal fédéral RH.2019.3 du 21 février 2019 consid. 2.3.1 ; RR. 201637 du 11 mai 2016 consid. 5.2). Il s'agit là d'une interprétation extensive et inexacte de la jurisprudence précédente, qui mériterait d'être rectifiée.
563. Les exigences de prise en charge en détention d'une personne souffrant de troubles psychiques sont évoquées dans l'arrêt CourEDH (Grande Chambre) *Rooman c. Belgique*, n°18052/11, 31.01.2019, N. 141 ss.
564. Zimmermann, N. 348, nbp 1144 et jurisprudences citées.
565. Zimmermann, N. 348, nbp 1145 et jurisprudences citées.
566. CEDH 3 ; Guide sur l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, § 57.

Lorsque la détention est **incompatible avec l'état de santé** et les besoins de prise en charge thérapeutique, un mandat d'arrêt ne peut être prononcé. 22

E. Inefficacité des mesures de substitution (Art. 47 al. 2 in fine EIMP)

Un mandat d'arrêt ne peut être émis si le prononcé de **mesures de substitution**, moins sévères que la détention, est suffisant à assurer que la personne ne prenne pas la fuite ou n'entrave illicitement la procédure. Les mesures de substitution ne doivent pas offrir une « garantie absolue » de l'absence de concrétisation du ou des risques, mais être aptes à « atténuer significativement » le risque retenu[567]. Dans une telle hypothèse, en application du principe de proportionnalité, ces mesures doivent être ordonnées, sous peine de violer la liberté personnelle de la personne visée[568]. 23

S'agissant des **sûretés**, le montant dépend de la gravité des actes reprochés et de la situation personnelle de la personne dont l'extradition est requise[569]. L'importance de la garantie doit être appréciée au regard des ressources de la personne, de ses liens avec les personnes pouvant lui servir de caution, et à la confiance qu'on peut avoir que la perspective de perdre le montant engagé agira comme un frein suffisamment puissant pour écarter toute velléité de fuite[570]. 24

Cela implique une **obligation de collaboration accrue** de la personne dont l'extradition est requise afin de permettre d'établir sa situation financière et relationnelle, la situation financière d'éventuels proches appelé·es à verser la caution[571], ainsi que l'origine des fonds proposés comme sûretés[572]. L'absence d'éléments concrets sur la situation financière de la personne ou de ses proches est un motif invoqué par le Tribunal fédéral pour se déclarer incapable de déterminer un montant approprié d'une éventuelle la garantie financière[573]. 25

567. PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 47 N. 35 ; Ludwiczak Glassey, N. 822 ; TPF, RR.2011.133, 29 juin 2011, c. 3.4.1c.
568. *Contra* PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 47 N. 34, selon laquelle « il n'existe pas un droit au prononcé de mesures de substitution ».
569. CPP 238 II par analogie.
570. 1P.429, 2002, c. 2.2.
571. Arrêt du TF, 7B_1009/2023, c. 6.3.2.
572. Arrêt du TF, 7B_1009/2023, c. 6.2.1.

26 Il est également recommandé qu'un **montant** soit articulé par la personne qui propose le versement d'une sûreté[574].

27 La **garantie** peut prendre la forme d'un dépôt en espèces ou d'une garantie fournie par une banque ou une assurance établie en Suisse[575]. Pour cette raison, le Tribunal pénal fédéral a refusé une garantie sous la forme de l'inscription au Registre foncier d'un gage sur un immeuble[576] ou la remise d'actions[577]. La question de savoir si une garantie peut prendre la forme de la remise d'un objet de valeur ne semble pas avoir été tranchée par la jurisprudence. Cette hypothèse paraît toutefois contraire à la volonté du législateur, qui a supprimé cette mention du texte légal lors de la révision des règles de procédure[578].

28 En ce qui concerne la **surveillance électronique**, il y a lieu d'envisager deux systèmes distincts. D'une part, la pose d'un bracelet électronique permettant uniquement de savoir si une personne se trouve dans un périmètre donné. Un tel dispositif ne permet que de constater *a posteriori* la fuite. Elle a un impact préventif faible sur le risque que la personne se soustraie à l'extradition et devrait donc être accompagnée d'autres mesures, comme le versement d'une caution. D'autre part, peut être envisagé un système permettant de suivre la personne « à la trace » et d'assurer une surveillance en temps réel, avec une intervention immédiate de la police. La mise en place d'un système de « *Electronic Monitoring* » est expressément recommandée par la jurisprudence fédérale depuis plusieurs années[579]. Cette mesure permet de réduire

573. RH.2024.10, 5.3. Le Tribunal pénal fédéral considère que « l'absence d'éléments concrets » fournis à l'autorité quant à la situation personnelle de la personne visée rendait « impossible » de se prononcer sur le caractère approprié de la garantie financière. RH.2023.8, 26 mai 2023, c. 4.4.2. Le Tribunal pénal fédéral relève que la situation financière des proches appelés à verser la caution « n'est pas connue » et que cela « ne permet pas d'apprécier la mesure dans laquelle chaque protagoniste serait concrètement affecté par la perte des valeurs cautionnées ».

574. RH.2023.8, 26 mai 2023, c. 4.4.2. Le Tribunal pénal fédéral retient comme élément défavorable le fait que le recourant propose le versement d'une caution par ses proches mais « n'articule aucun montant ».

575. CPP 238 III *par analogie* ; TPF, RR 2009.308 ; Zimmermann, N. 348, nbp 1149.

576. TPF, RR 2009.308, c. 7.5.3. Cette décision se fonde sur un renvoi à l'ancienne Loi fédérale sur la procédure pénale, abrogée par l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale.

577. TPF, RR.2011.133, c. 3.4.1b.

578. La possibilité de fournir une garantie sous la forme de la remise d'un objet de valeur était prévue à l'art. 54 I de l'ancienne Loi fédérale sur la procédure pénale, du 15 juin 1934.

579. Arrêt du TF, 1B_362/2019, c.3.3.1.

significativement le risque de fuite et donc de renoncer au prononcé de nombreux mandats d'arrêts.

29 La jurisprudence fédérale défend une approche très restrictive pour admettre le prononcé de mesures substitutives à la détention aptes à parer au risque de fuite et/ou de collusion[580]. Comme rappelé *supra*, la position adoptée par les juridictions suisses pourrait être **incompatible avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme,** qui rappelle que « la détention provisoire doit apparaître comme la solution ultime, qui se justifie seulement lorsque toutes les autres options disponibles s'avèrent insuffisantes »[581]. Nous sommes d'avis que le prononcé d'un mandat d'arrêt dans une procédure d'extradition n'est possible que si l'autorité démontre que le prononcé d'une ou plusieurs mesures de substitution ne permet pas de pallier les risques invoqués.

III. SAISIES (ART. 47 AL. 3)

30 En même temps qu'il décerne le mandat d'arrêt extraditionnel ou ordonne des mesures de substitution, l'OFJ rend une **décision sur les objets et valeurs saisis** par la police lors de l'arrestation de la personne poursuivie[582]. Il peut ordonner le maintien des saisies, les lever, ou ordonner des nouvelles saisies[583]. Cette décision peut également être prononcée plus tard dans la procédure[584].

31 La mesure vise à pouvoir répondre à une **éventuelle demande de remise d'objets ou de valeurs**[585], de remise de moyens de preuve[586], ou encore à l'exécution d'un jugement étranger, notamment dans le cadre d'une confiscation[587]. La jurisprudence du Tribunal fédéral prévoit également la possibilité de prononcer une saisie à des fins de couverture des frais[588].

---

580. ATF 130 II 306, c. 2.2 ; RH.2023.8 26 mai 2023, c. 4.4.
581. CourEDH *Shabani c. Suisse,* n°29044/06, 05.11.2009, N. 62.
582. La police peut saisir des objets et valeurs qui peuvent servir de moyens de preuve dans un procès à l'étranger ou qui sont le résultat de l'infraction. EIMP 45 I.
583. BSK-Forster, art. 47 EIMP N. 11.
584. Zimmermann, N. 348, nbp 1161.
585. EIMP 59, BSK-Forster, art. 47 EIMP N. 11.
586. EIMP 74, BSK-Forster, art. 47 EIMP N. 11.
587. EIMP 94 ss., BSK-Forster, art. 47 EIMP N. 11.
588. ATF 125 IV 30, 32, f. E. 1; BSK-Forster, art. 47 EIMP N. 11.

32 Si l'extradition est acceptée, l'OFJ ordonne en principe également la **remise des objets ou valeurs** trouvés sur la personne poursuivie qui peuvent servir de moyens de preuve ou qui sont le produit de l'infraction reprochée.[589]

A propos de l'auteur

Avocat au Barreau de Genève

BIBLIOGRAFIE

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle 2018.

Ludwiczak Glassey, Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire EIMP, Bâle 2024.

Forster, Marc, Commentaire de l'article 47 EIMP, in: Niggli, Marcel Alexander/Heimgarten, Stefan (édit), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Bâle 2015.

Zimmermann, Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berne 2019.

Message du Conseil federal à l'Assemblée fédérale à l'appui d'une loi sur l'entraide internationale en matière pénale et d'un arrêté sur les reserves relatives à la convention européenne d'extradition du 8 mars 1976 (ci-après: " le message du Conseil federal du 8 mars 1976"), FF 1976 II 430 ss.

Guide sur l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, Interdiction de la Torture, 31 août 2024.

589. EIMP 59.

COMMENTAIRE

Art. 48 EIMP

Un commentaire de Olivier Peter

PROPOSITION DE CITATION

Olivier Peter, Commentaire de l'art. 48 EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Peter, art. 48 EIMP N. XXX.

Art. 48 Contenu

[1] Les décisions prises en vertu de l'art. 47 contiennent:

a. les indications de l'autorité étrangère sur la personne poursuivie et sur les faits qui lui sont reprochés;

b. la désignation de l'autorité qui a présenté la demande;

c. la mention que l'extradition est demandée;

d. l'indication du droit de recours prévu à l'al. 2 et du droit à l'assistance d'un mandataire.

[2] La personne poursuivie peut interjeter un recours devant la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral dans un délai de dix jours à compter de la notification écrite du mandat d'arrêt. Les art. 379 à 397 CPP s'appliquent par analogie à la procédure de recours.

TABLE DES MATIÈRES

I. Contenu du mandat d'arrêt (art. 48 al. 1 EIMP) 219
A. Indications sur les faits (art. 48 al. 1. let. a EIMP) 219
B. Désignation de l'autorité qui présente la demande (art. 48 al. 1 let. b EIMP) 220
C. Mention que l'extradition est demandée (art. 48 al. 1 let. c EIMP) 220
D. Indications d'un droit de recours et des droits connexes (art. 48 al. 1 let. d EIMP) 221
II. Voies de recours (art. 48 al. 2 EIMP) 222
A. Recours devant le Tribunal pénal fédéral 222
B. Recours au Tribunal fédéral 225
C. Saisine d'une instance internationale 226
Bibliographie 226

I. CONTENU DU MANDAT D'ARRÊT (ART. 48 AL. 1 EIMP)

L'art. 48 EIMP dicte le contenu du mandat d'arrêt en vue d'extradition. Cette disposition concrétise, en matière de détention extraditionnelle, la garantie de l'art. 5 § 2 CEDH selon laquelle toute personne arrêtée doit savoir **pourquoi** elle a été privée de liberté. 1

Le mandat d'arrêt doit **contenir** à tout le moins les éléments suivants : 2

- des indications sur l'identité de la personne poursuivie ;
- des indications sur les faits reprochés et/ou sur la décision qu'il y a lieu d'exécuter ;
- la désignation de l'autorité qui a présenté la demande ;
- la mention que l'extradition est demandée ;
- la mention des voies de recours ;
- la mention des droits connexes.

A. Indications sur les faits (art. 48 al. 1. let. a EIMP)

L'art. 48 al. 1 let. a EIMP prévoit que le mandat d'arrêt doit contenir des indications « sur les **faits** qui lui (« l'extradable ») sont reprochés ». 3

Cette exigence est précisée à l'art. 10 al. 2 OEIMP, selon lequel la description des faits doit mentionner, à tout le moins, le lieu, la date et le mode de commission de l'infraction. 4

Ces dispositions visent à garantir la communication de toutes les informations nécessaires pour permettre à la personne visée de faire valoir son droit à une **défense effective** déjà à ce stade[590]. 5

Cela implique surtout l'obligation **d'exposer de manière succincte** les accusations sur lesquelles l'autorité étrangère fonde sa demande de coopération internationale. La jurisprudence fédérale considère qu'une description incomplète des infractions dans le mandat d'arrêt n'aurait pas de conséquence sur la légalité de la détention[591], ce qui correspond à la position 6

590. PC-Ludwiczack Glassey, art. 48 EIMP N 2 ; arrêt du TPF RH.2013.7 du 1.10.2013, consid. 2.1.1.

adoptée par la CourEDH[592]. Cela s'explique en particulier par le fait que la personne concernée et son conseil disposent du droit d'avoir accès au dossier, où figurent des documents faisant état des informations manquantes[593].

7 Nous sommes d'avis que le texte de l'art. 48 al. 1 let. a EIMP contient une **lacune**, puisque son texte ne vise que l'extradition en vue de la poursuite de « faits qui lui sont reprochés » et non celle concernant l'exécution d'une peine (art. 2 § 1 CEExt). Dans cette deuxième hypothèse, afin d'assurer le droit à une défense effective, nous sommes d'avis que le mandat d'arrêt doit mentionner avec précision la décision dont l'exécution est requise.

B. Désignation de l'autorité qui présente la demande (art. 48 al. 1 let. b EIMP)

8 Les décisions fondées sur l'art. 47 EIMP doivent indiquer **l'autorité étrangère** qui est à l'origine de la demande de coopération.

C. Mention que l'extradition est demandée (art. 48 al. 1 let. c EIMP)

9 Selon l'art. 5 § 1 let. f CEDH, une privation de liberté en vue d'une extradition ne peut se justifier que par le fait qu'une **procédure est en cours**.

10 Un mandat d'arrêt ne peut donc être prononcé qu'en présence d'une demande formelle d'extradition de l'État requérant ou, à tout le moins, d'une demande de recherche ou d'arrestation au sens de l'art. 42 EIMP, dans laquelle l'autorité étrangère a exprimé son intention de déposer ultérieurement une demande d'extradition[594]. Ce point doit être précisé dans le mandat d'arrêt.

591. Arrêt du TPF RH.2013.7 du 1.10.2013, consid. 2.1.1.
592. CourEDH *Bordovski c. Russie*, n° 4941/99, 08.02.2005, N. 56 ; CourEDH *Nowak c. Ukraine*, n° 60846/10, 31.5.2011, N. 63 ; CourEDH *Gasiņš c. Lettonie*, n° 69458/01, 19.4.2011, N. 53.
593. ATF 111 Ib 147 consid. 1 ; arrêt du TPF RH.2013.7 du 01.10.2013, consid. 2.1.1. CourEDH, *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, n°36378/02, 12.4.2005, N. 427.
594. BSK-Forster, art. 48 IRSG N 4.

D. Indications d'un droit de recours et des droits connexes (art. 48 al. 1 let. d EIMP)

Le législateur a indiqué que le mandat d'arrêt doit mentionner l'existence d'un **droit de recours** – soit la voie de recours, l'autorité de recours et le délai pour recourir -[595] et le droit d'être assisté·e par un·e mandataire. 11

L'utilisation du terme « mandataire » (*Rechtsbeistand)* confirme qu'il n'existe **pas de monopole de représentation** pour les avocat·es dans le domaine de l'extradition[596], au même titre que pour l'asile[597] . La personne visée par un mandat d'arrêt peut donc être représentée dans la procédure d'extradition par une personne de son choix. 12

L'art. 48 al. 1 EIMP présente une lacune en raison de l'absence de mention dans la décision du **droit de la personne concernée d'être assistée d'un·e interprète** ainsi que du droit à ce que **la décision soit communiquée dans une langue qu'elle comprend**. Ces garanties découlent du droit international[598]. Elles constituent des éléments essentiels à l'exercice effectif des droits procéduraux, au même titre que le droit à l'assistance d'un·e mandataire, et devraient donc être mentionnés dans le mandat d'arrêt. À noter que les dispositions complémentaires de droit suisse prévoient la désignation d'un interprète mais uniquement lors de la première audition[599], occasion lors de laquelle « la personne poursuivie reçoit un exposé de la procédure d'extradition dans une langue qu'elle comprend. »[600]. 13

Le droit de faire avertir son poste consulaire et de communiquer avec lui (art. 16 OEIMP) constitue une autre garantie d'information essentielle qui fait défaut dans l'énumération de l'art. 48 al. 1 EIMP, mais qui doit être garantit. 14

595. Art. 22 EIMP.
596. Art. 21 al. 1 EIMP.
597. Art. 102m LAsi.
598. Art. 5 par. 2 CEDH applicable par analogie en matière d'extradition, en ce qui concerne le droit d'obtenir une communication dans une langue comprise, CourEDH *Zokhidov c. Russie*, n° 67286/10, 5.2.2013, N. 164-175. Lorsqu'il est fait appel à des traducteur·ices, les autorités doivent s'assurer que les demandes de traduction soient formulées avec soin et diligence CourEDH, *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie,* n°36378/02, 12.4.2005, N. 425.
599. Art. 18 al. 1 let. a OEIMP.
600. Art. 17 OEIMP.

15 Nous sommes d'avis que ces droits devraient être **expressément mentionnés** dans le mandat d'extradition et garantis pour l'ensemble de la procédure, afin que la personne puisse prendre connaissance des documents et de la procédure relative à l'extradition, et ce avant son éventuelle audition, en appliquant par analogie l'art. 68 CPP.

II. VOIES DE RECOURS (ART. 48 AL. 2 EIMP)

16 L'art. 5 § 4 CEDH prévoit le droit de toute personne privée de liberté de faire promptement **contrôler sa détention** par un tribunal. Ce droit s'applique également en matière de détention extraditionnelle et est rappelé à l'art. 48 al. 2 EIMP.

17 Le corollaire de cette contestation est la demande de mise en liberté immédiate : si le mandat d'arrêt est annulé faute de base légale ou de motifs suffisants, **l'élargissement** de la personne doit être ordonnée sans délai.

18 En cas de refus d'une demande d'élargissement par l'OFJ (art. 50 al. 3 EIMP), la personne dispose d'une voie de recours sur la base de l'art. 48 al. 2 EIMP.

A. Recours devant le Tribunal pénal fédéral

19 L'émission d'un mandat d'arrêt ou le refus de la demande d'élargissement peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la **Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral**[601].

20 Le recours n'a pas d'effet suspensif[602].

21 Le délai de recours est **de 10 jours** dès la notification écrite du mandat d'arrêt, laquelle intervient généralement au moment de l'audition de la personne par l'OFJ[603]. Ce délai court même lorsque la notification intervient alors que la personne se trouve déjà en détention provisoire ou en exécution de peine, pour autant que celle-ci se voit communiquer la décision de manière effective[604]. Le délai de 10 jours est le même en cas de décision de saisie, et cela, même si elle intervient après le mandat d'arrêt[605]. En cas

601. Art. 37 al. 2 let. a ch. 1 LOAP *cum* 19 al. 2 ROTPF; art. 25 et 80e EIMP.
602. Art. 21 al. 4 EIMP.
603. PC-Ludwiczack Glassey, art. 48 EIMP N. 7.
604. PC-Ludwiczack Glassey, art. 50 EIMP N. 4.
605. ATF 125 IV 30, JdT 2001 IV 37, consid. 2 ; arrêt du TPF RR.2016.236, 21.12.2016, consid. 1.3.

d'écoulement du délai, une décision de saisie ne peut être attaquée que conjointement avec la décision sur l'extradition[606].

La personne privée de liberté a le droit d'obtenir « à bref délai » une décision concernant la régularité de la détention extraditionnelle[607]. La procédure de contrôle de la légalité d'une détention doit être conduite avec une **célérité particulière**[608], d'autant plus que le mandat d'arrêt a été rendu par une autorité administrative (OFJ) et non par un tribunal[609]. La Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral devra statuer rapidement[610], en refusant d'éventuelles demandes de prolongation provenant de l'autorité, sauf circonstances exceptionnelles. 22

Dans le cadre du recours, la jurisprudence de la CourEDH impose aux autorités de permettre un **accès au dossier**. Si ce dernier ne doit pas nécessairement être complet, il doit contenir les informations suffisantes pour pouvoir exercer un recours effectif[611]. 23

Selon le texte légal, seule la personne poursuivie disposerait de la qualité pour recourir contre le mandat d'arrêt. La **qualité pour recourir des proches** n'est pas mentionnée. Sur ce point, une interprétation littérale de l'art. 48 al. 2 EIMP ne paraît pas conforme au droit à un recours effectif (art. 13 CEDH). En effet, la décision de priver une personne de liberté peut porter directement atteinte au droit à la vie familiale (art. 8 CEDH) de ses proches, en particulier à celle d'éventuels enfants mineurs, du concubin ou de la concubine, ainsi 24

606. ATF 110 IV 118, consid. 1 ; arrêt du TPF RR.2016.236, 21.12.2016, consid. 1.3 ; Ludwiczak Glassey, N. 1034.
607. CourEDH (Grande Chambre) *Idalov c. Russie*, n° 5826/03, 22.5.2012, N. 154.
608. CourEDH *Karachentsev c. Russie*, n° 23229/11, 17.4.2018, N. 52.
609. CourEDH *Shcherbina c. Russie*, n°41970/11, 26.6.2014, N. 65-70 : où un délai de seize jours pour faire contrôler par un·e juge une décision d'un·e procureur·e ordonnant la détention du requérant a été jugé excessif.
610. Art. 5 par. 4 CEDH. L'exigence de célérité est d'autant plus importante que la mesure de privation de liberté est ordonnée par une autorité non judiciaire, telle que l'OFJ. Voir CourEDH *Shcherbina c. Russie*, n° 41970/11, 26.6.2014, N. 65-70 : dans cette affaire, un délai de seize jours pour faire contrôler à un·e juge la décision du Ministère public ordonnant la détention du requérant a été jugé excessif et contraire à la Convention. Dans d'autres affaires, ne concernant pas des procédures d'extradition, la Cour a jugé excessif un délai de dix-sept jours pour statuer sur la régularité d'une détention (CourEDH *Kadem c. Malte*, n° 55263/00, 09.1.2003, N. 44-45) ou de vingt-six jours pour le prononcé d'une décision d'appel (CourEDH *Mamedova c. Russie*, n° 7064/05, 01.6.2006, N 96).
611. CourEDH *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, n°36378/02, 12.4.2005, N. 427.

qu'à celle de personnes à charge. La CourEDH a notamment reconnu que « pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale (...). [D]es mesures internes qui les en empêchent constituent une ingérence dans le droit protégé par l'article 8 de la Convention »[612]. Les proches directement affecté·e·s par un mandat doivent ainsi bénéficier d'un recours effectif pour contester la mesure et en obtenir l'annulation ou la modification (art. 13 CEDH). Cela implique de leur reconnaître un intérêt juridique protégé pour contester la décision ainsi que la qualité pour recourir[613].

25 La procédure de recours est en général écrite, bien que la loi n'exclue pas la tenue d'une audience. En cas de recours, si la Cour des plaintes doit se prononcer sur des éléments touchant à la personnalité de la personne visée, cette dernière devrait pouvoir être **entendue personnellement**[614]. Il n'existe pas de droit absolu à ce que l'audience soit publique[615], mais la publicité de l'audience pourrait s'imposer dans des circonstances particulières[616].

26 L'autorité de recours n'a pas à se prononcer sur le fond de l'extradition, mais uniquement sur la légalité et l'opportunité du prononcé d'une mesure privative de liberté[617]. Par conséquent, les griefs invocables devant cette juridiction sont limités. Dans ce sens, le fait de soulever **des griefs sur le bien-fondé** de la demande d'extradition (p.e la violation du principe de la double incrimination ou la prescription) n'oblige pas la Cour d'en faire un

612. Voir parmi d'autres : CourEDH, *Monory c. Romanie et Hongrie,* n° 71099/01, 05.4.2005, N 70.

613. Il sera précisé qu'en 2019, le Tribunal fédéral a tranché la question de la qualité pour recourir des membres de la famille d'un prévenu dont une expulsion pénale a été prononcé, en considérant que la compagne et l'enfant n'avaient pas un intérêt juridique protégé au motif que la mesure ne les touchait qu'indirectement (ATF 145 IV 161). Cette position est en contradiction avec la jurisprudence postérieure de la CourEDH, qui a reconnu que l'épouse d'une personne visée par une expulsion pénale revêt la qualité de victime d'une violation du droit à la vie familiale et dispose donc de la qualité pour agir (CourEDH, *P.J. et R.J. c. Suisse,* n° 52232/20, 17.9.2024, N. 30). La question de la qualité pour agir des enfants pour contester une décision d'expulsion à l'égard de leur père est actuellement à l'examen du Comité des droits de l'enfant (CDE, *D.C. et. Al. c. Suisse*, 261/2025).

614. Ce droit découle de l'art. 5 par. 4 CEDH et de l'art. 31 al. 1 Cst-féd. qui prévoient que la personne privée de liberté a le droit d'être aussitôt traduite devant un·e juge. Le droit d'être entendu personnellement doit ainsi pouvoir être exercé non seulement devant l'OFJ, mais également devant l'autorité judiciaire de recours.

615. Art. 5 par. 4 CEDH *a contrario* ; CourEDH *D.C. c. Belgique*, n° 82087/17, 30.3.2021, N. 125.

616. CourEDH *D.C. c. Belgique*, n° 82087/17, 30.3.2021, N. 126.

617. ATF 130 II 306, consid. 2.3 ; voir aussi ATF 111 IV 108, consid. 3.

examen anticipé à ce stade[618], sous réserve d'éléments particulièrement graves, propres à rendre la détention illicite. Tel est le cas si la personne peut démontrer que l'extradition est manifestement inadmissible (art. 51 al. 1 EIMP), dans la mesure où l'une des hypothèses prévues aux art. 2 à 5 EIMP est sans aucun doute réalisée[619].

Selon la jurisprudence fédérale, **les vices de nature formelle** susceptibles d'entacher le mandat d'arrêt, comme la violation du droit d'être entendu dans la procédure, ne constituent pas un motif de libération[620]. Cette interprétation stricte devrait être adaptée à la position adoptée par la CourEDH, selon laquelle une détention régulière implique l'absence d'arbitraire. Ainsi, un vice formel particulièrement grave devrait conduire à l'annulation de la décision et à la mise en liberté de la personne[621]. 27

B. Recours au Tribunal fédéral

La décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral portant sur la détention extraditionnelle peut faire l'objet d'un recours au **Tribunal fédéral**, malgré son caractère incident[622], lorsque l'affaire présente une importance particulière[623]. 28

Tel est le cas lorsque la personne peut alléguer de manière crédible que la procédure viole ses droits fondamentaux[624] ou lorsque l'affaire pose une **question juridique de principe**[625]. Dans cette deuxième hypothèse 29

618. Voir notamment PC-Ludwiczak, art. 48 EIMP N. 15 ; ATF 109 Ib 223, consid. 3b ; arrêt du TPF RH.2013.7 du 01.10.2013, consid. 2.2.1-2.1.2 ; arrêt du TPF RR.2007.185 du 7.1.2008, consid. 4.2.
619. ATF 111 IV 108, consid. 3, repris par la jurisprudence récente.
620. *Cf.* Nbp 31.
621. CourEDH *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, n° 36378/02, 12.4.2005, N. 396.
622. Art. 93 al. 1 let a, al. 2 LTF ; ATF 136 IV 20, consid. 1.1 : lorsqu'une détention extraditionnelle est ordonnée, même si l'extradition est finalement refusée, cette décision ne permet pas d'annuler les conséquences de la détention et provoque donc un préjudice irréparable.
623. Art. 84 al. 1 LTF. Sur la notion de « cas particulièrement important », voir Aubry Girardin, art. 84 N. 17-25.
624. ATF 136 IV 20, consid 1.2.
625. Art. 82 al. 2 LTF ; ATF 136 IV 20, consid. 1.2 : il a été admis qu'un recours présentait une question juridique de principe alors qu'il s'agissait de trancher pour la première fois la question de savoir si le « *Electronic Monitoring* » peut être envisagé comme mesure de substitution à la détention en vue d'extradition.

uniquement, un recours au Tribunal fédéral peut être déposé également par l'OFJ[626].

30 Le Tribunal fédéral doit également statuer dans le respect de l'exigence de **célérité**, cette dernière étant toutefois moins stricte, dans la mesure où il s'agira d'un recours contre une décision rendue par une instance judiciaire, dans une procédure offrant des garanties adéquates d'un procès équitable[627].

C. Saisine d'une instance internationale

31 Contre la décision du Tribunal fédéral, il est possible de saisir une **instance internationale**.

32 La CourEDH pourra notamment être saisie pour violation de l'interdiction du traitement inhumain et dégradant (art. 3 CEDH) - en lien avec les conditions de détention -, violation du droit à la liberté et à la sûreté (art. 5 CEDH) [628], du droit à la protection de la vie familiale (art. 8 CEDH) ou du droit à un recours effectif (art. 13 CEDH).

33 Pourra également être saisi le Comité contre la torture, par exemple lorsque la détention extraditionnelle est prononcée sur la base d'éléments remis par l'État requérant qui auraient été obtenus par la torture (art. 15 CAT).

34 Il est aussi possible de soumettre le cas au Comité des droits de l'enfant, lorsque la privation de liberté d'un parent est ordonnée sans accorder une « considération primordiale » à « l'intérêt supérieur du mineur » (art. 3 CDE).

BIBLIOGRAPHIE

Aubry Girardin Florence, Commentaire de l'art. 84 LTF, in: Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice (édit.), Commentaire de la Loi sur le Tribunal fédéral, Berne 2022.

626. ATF 130 II 306, consid.1.2.2 ; arrêt du TF 1C_146/2012 du 23.3.2012, consid. 1.1.

627. CourEDH *Abdulkhanov c. Russie*, n°14743/11, 2.10.2012, N.198 ; CourEDH (Grande Chambre) *Ilnseher c. Allemagne*, n°s 10211/12 et 27505/14, 4.12.2018, N. 255).

628. Art. 34 CEDH ; CourEDH *Shabani c. Suisse*, n° 29044/06, 5.11.2009.

Forster Marc, Commentaire de l'art. 48 EIMP, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgarten Stefan (édit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Bâle 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Bâle 2018.

Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (édit.), Petit commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Bâle 2024.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berne 2019.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en italien. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 54 EIMP

Un commentaire de Giacomo Respini

PROPOSITION DE CITATION

Giacomo Respini, Commentaire de l'art. 54 EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Respini, art. 54 EIMP N. XXX.

Art. 54 Extradition simplifiée

[1] À moins que des considérations particulières ne s'y opposent, l'OFJ autorise la remise si la personne poursuivie accepte de renoncer à la procédure d'extradition, selon procès-verbal dressé par une autorité judiciaire.

[2] La renonciation peut être révoquée tant que l'OFJ n'a pas autorisé la remise.

[3] L'extradition simplifiée a les mêmes effets que l'extradition et est soumise aux mêmes restrictions. L'État requérant doit y être rendu attentif.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction 231
A. Généralités 231
B. Objet et genèse de la norme 231
II. Commentaire de l'article 232
A. Renonciation à l'application de la procédure d'extradition ordinaire (al. 1) 232
1. Consentement à l'extradition simplifiée 232
2. Autorisation de remise 233
3. Motifs de refus de l'extradition simplifiée 233
B. Révocation de la renonciation à l'application de la procédure d'extradition ordinaire (al. 2) 234
C. Effets et conditions de l'extradition simplifiée (al. 3) 235
1. Principe de spécialité 235
2. Recours contre l'autorisation de remise 236
3. Demande d'extradition ultérieure 236
4. Frais de procédure 236
Bibliographie 237
Matériaux 237

I. INTRODUCTION

A. Généralités

L'article 54 de la LIPC régit l'extradition simplifiée (également appelée « **remise sans formalités** »), c'est-à-dire la remise de la personne poursuivie à l'État requérant avec son consentement. Dans ce cas, la remise de la personne recherchée s'effectue sans qu'une procédure formelle d'extradition soit engagée. 1

La possibilité d'opter pour l'extradition simplifiée est une **faculté** accordée à la personne recherchée. Toutefois, si l'extradition est demandée simultanément par plusieurs États pour des infractions différentes (concours de demandes), la procédure simplifiée ne confère pas à la personne recherchée le droit de choisir l'État auquel elle souhaite être remise. 2

Étant donné que les personnes de nationalité suisse ne peuvent être extradées vers une autorité étrangère sans leur consentement (art. 25, al. 1, in fine, Cst. et art. 7, al. 1, AIMP ; voir également la réserve de la Suisse à l'art. 6 de la Convention européenne d'extradition), l'extradition simplifiée constitue le seul moyen par lequel un **citoyen suisse** peut être remis à un État étranger. Dans ce cas, toutefois, l'OFE se limite à informer par écrit le ressortissant suisse de l'existence d'une demande d'extradition présentée à son encontre et à le consulter quant à son éventuel consentement à l'extradition (art. 7, al. 1, AIMP). 3

Sur le plan du **droit conventionnel**, l'extradition simplifiée est notamment prévue par le troisième protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition du 10 novembre 2010 et par l'art. 18 du Traité d'extradition entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique du 14 novembre 1990. 4

B. Objet et genèse de la norme

L'article 54 AIMP a pour objectif d'**accélérer considérablement l'extradition** de la personne recherchée. En effet, en règle générale, dans le cadre d'une procédure simplifiée, la remise de la personne extradée intervient en l'espace de quelques jours. Cela tient au fait que la procédure simplifiée permet de procéder à l'extradition de l'intéressé sans attendre que l'État requérant présente une demande formelle d'extradition. Par conséquent, 5

étant donné que la détention de la personne poursuivie constitue la règle tout au long de la procédure d'extradition, tandis que sa remise en liberté reste l'exception, le choix de l'extradition par la voie simplifiée permet à l'intéressé d'éviter une longue période de détention aux fins de l'extradition.

6 La procédure accélérée était déjà prévue dans la loi fédérale sur l'extradition vers les États étrangers du 22 janvier 1892. Elle a été transposée dans l'AIMP pour répondre à un**besoin pratique**, car il n'est pas rare que la personne poursuivie exprime clairement, dès le premier interrogatoire, sa volonté d'être remise sans délai à l'État requérant et de renoncer en conséquence à la mise en œuvre de la procédure formelle. Lors de l'entrée en vigueur de l'AIMP, le 1er janvier 1983, l'art. 54 était intitulé «*remise sans formalités*». Le nouveau titre de la norme («*extradition simplifiée*»), ainsi que certaines précisions terminologiques aux alinéas 1 et 2, ont été introduits lors de la révision du 29 mars 1995, entrée en vigueur le 1er février 1997. Depuis lors, la norme n'a plus été modifiée.

II. COMMENTAIRE DE L'ARTICLE

A. Renonciation à l'application de la procédure d'extradition ordinaire (al. 1)

7 L'art. 54, al. 1, AIMP prévoit que si, selon le procès-verbal dressé par une autorité judiciaire, la personne poursuivie **renonce explicitement** à l'application de la procédure d'extradition, l'OFJ autorise la remise, sauf si des considérations particulières s'y opposent.

1. Consentement à l'extradition simplifiée

8 L'autorité judiciaire, sur mandat du Secteur des extraditions de l'OFE, **interroge la personne poursuivie** d'abord lors de son arrestation (audition au sens de l'art. 54 AIMP), puis une fois que l'État requérant a transmis la demande formelle d'extradition (audition au sens des art. 52 ss AIMP). Au cours de ces deux auditions, l'autorité judiciaire informe la personne poursuivie de la possibilité de renoncer à la procédure d'extradition ordinaire et l'invite à se prononcer sur son éventuel consentement à l'extradition simplifiée.

Le consentement à l'extradition simplifiée doit être **libre et éclairé**, en ce sens que la personne poursuivie doit prendre sa décision sans subir de pressions et être informée, dans une langue qu'elle comprend, des effets et de la portée de son consentement. Un consentement implicite est exclu. Le consentement d'un ressortissant suisse à l'extradition doit dans tous les cas être donné par écrit (art. 7, al. 1, AIMP). 9

Si elle consent à l'extradition simplifiée, la personne poursuivie doit être informée de la **possibilité de révoquer** son consentement et du délai qui lui est accordé à cette fin (art. 6, 1e phrase, OAIMP). Cette information est mentionnée dans le procès-verbal (art. 6, 2e phrase, OAIMP). 10

2. Autorisation de remise

Si, au cours de l'interrogatoire, l'intéressé exprime son consentement à l'extradition simplifiée, l'OFJ doit autoriser **immédiatement** l'extradition, conformément au principe de célérité prévu à l'art. 17a, al. 1, AIMP, selon lequel l'autorité compétente traite les demandes avec célérité et statue sans délai. L'autorisation de remise intervient en l'espace de quelques jours, voire le jour même. 11

L'OFJ autorise la remise de la personne poursuivie par un **écrit adressé au ministère de la Justice de l'État requérant**, sans rendre de décision susceptible de recours. Une copie de l'autorisation sera remise ultérieurement à la personne extradée et/ou à son conseil. 12

3. Motifs de refus de l'extradition simplifiée

L'art. 54, al. 1, *in fine*, de la LIA prévoit que des considérations particulières peuvent exceptionnellement s'opposer à l'octroi de l'autorisation de remise de la personne extradée par l'OFE. Étant donné que même l'extradition avec le consentement de la personne poursuivie constitue un acte de souveraineté de la Suisse, elle n'est possible que si elle n'est pas **contraire à l'ordre public** suisse. 13

C'est pourquoi, avant d'autoriser la remise en extradition sur la base du consentement de l'intéressé, l'OFE est néanmoins tenu de vérifier que les autres **conditions formelles et matérielles** de l'extradition sont remplies, notamment l'exigence de la double incrimination – selon laquelle l'infraction reprochée à la personne poursuivie doit également être punissable en droit 14

suisse – et la prescription. L'OFE ne se limite donc pas à vérifier l'existence d'une déclaration valable de renonciation à la procédure d'extradition ordinaire, mais est également tenu de procéder à un examen matériel sommaire. La remise de la personne poursuivie à l'État requérant n'est autorisée que s'il n'existe pas de motifs particuliers s'opposant à l'extradition.

15 Le législateur a renoncé à fournir une liste indicative des **considérations particulières** susceptibles de faire obstacle à l'octroi de l'autorisation de remise. La doctrine identifie parmi les causes d'empêchement possibles, par exemple, les motifs de refus absolu de l'entraide judiciaire au sens des art. 2 et 3 AIMP, l'impunité du fait en Suisse ou, dans certaines circonstances, des considérations de nature politique. Des vices de procédure ou le risque de mauvais traitements dans l'État requérant peuvent également être pris en considération. Enfin, l'existence de doutes fondés quant au libre consentement de la personne poursuivie, ou quant à sa renonciation à la mise en œuvre de la procédure formelle d'extradition, peut faire obstacle à l'autorisation de remise, étant entendu que, dans ce cas, on ne pourrait même pas considérer qu'il existe une déclaration de renonciation juridiquement valable.

16 En ce qui concerne les **motifs d'irrecevabilité de la demande d'extradition** au sens des articles 2 et 3 de la CEEJ, il s'agit notamment des cas où la procédure à l'étranger ne respecte pas les principes de la Convention européenne des droits de l'homme ou vise à poursuivre ou à punir une personne en raison de ses opinions politiques ou de son appartenance à un groupe social, ethnique, religieux ou national déterminé (art. 2 AIMP). L'extradition est également exclue lorsque la procédure pénale étrangère est motivée par une persécution politique à l'encontre de la personne recherchée (art. 3, al. 1, AIMP) ; cette protection ne s'applique toutefois pas en cas de génocide, de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre ou d'autres actes particulièrement répréhensibles, notamment en cas de terrorisme (art. 3, al. 2, AIMP).

B. Révocation de la renonciation à l'application de la procédure d'extradition ordinaire (al. 2)

17 Conformément à l'art. 54, al. 2, AIMP, la renonciation à l'application de la procédure d'extradition ordinaire peut être **révoquée tant que l'OFJ n'a pas autorisé la remise**. Le moment déterminant est celui où l'autorisation de

remise en vue de l'extradition est adressée au ministère de la Justice de l'État requérant.

Étant donné que l'autorisation de remise en vue de l'extradition intervient sans délai, la personne poursuivie dispose donc, en règle générale, de peu de temps pour révoquer son consentement à l'extradition par la voie simplifiée. C'est pourquoi la personne recherchée peut demander, lors de son audition devant l'autorité judiciaire, qu'un **délai de réflexion** lui soit accordé pour confirmer la renonciation à la procédure formelle d'extradition. Si, dans ce délai, la personne concernée n'a pas révoqué son consentement à l'extradition simplifiée, l'OFJ pourra autoriser sa remise en extradition à l'État requérant. 18

La révocation de la renonciation à la mise en œuvre de la procédure formelle est **définitive**. Si la personne poursuivie retire son consentement à l'extradition simplifiée, la procédure ordinaire reprend son cours. Dans ce cas, l'OFJ délivre en règle générale un mandat d'arrêt en vue de l'extradition susceptible de recours et invite simultanément l'État requérant à présenter une demande formelle d'extradition. 19

C. Effets et conditions de l'extradition simplifiée (al. 3)

Conformément à l'art. 54, al. 3, AIMP, l'extradition simplifiée a les **mêmes effets** qu'une extradition et est soumise aux **mêmes conditions**. L'État requérant doit en être informé. 20

1. Principe de spécialité

L'autorisation d'extradition simplifiée adressée au ministère de la Justice de l'État requérant doit contenir une **référence aux conditions énumérées à l'art. 38 AIMP**, qui consacre la réserve de spécialité (art. 21 OAIMP), selon lequel la personne extradée ne peut être poursuivie, placée en détention ou réextradée vers un État tiers pour un acte commis avant sa remise et pour lequel l'extradition n'a pas été autorisée. 21

Toutefois, lors de son audition devant l'autorité judiciaire, il est demandé à la personne poursuivie **si elle renonce au bénéfice du principe de spécialité** (cf. art. 38, al. 2, let. a, AIMP). Cette renonciation n'est pas un scénario inhabituel dans la pratique, car souvent, la personne poursuivie qui consent à l'extradition simplifiée souhaite régler « une fois pour toutes » et rapidement les procédures pénales dont elle fait l'objet dans l'État requérant. 22

23 Une particularité relative au principe de spécialité apparaît dans les relations d'**extradition avec les États-Unis** : l'art. 18 *in fine* du traité correspondant prévoit que, si l'extradition simplifiée est accordée par la Suisse, le principe de spécialité s'applique. La précision contenue dans la dernière phrase de l'art. 18 du traité implique, *a contrario*, que lorsque l'extradition simplifiée est accordée par les États-Unis, la règle de la spécialité ne s'applique pas. Toutefois, étant donné que l'art. 16, al. 4, let. b, du traité permet en tout état de cause à l'autorité américaine de renoncer au principe de spécialité, le consentement de la personne poursuivie à son extradition simplifiée n'entraîne pas une aggravation de sa situation.

2. Recours contre l'autorisation de remise

24 En règle générale, l'octroi de l'extradition simplifiée ne peut faire l'objet d'un recours, car la personne extradée n'a pas d'intérêt juridiquement protégé ni de qualité pour agir, puisqu'elle a elle-même donné son consentement à sa remise à l'État requérant. À titre exceptionnel, un recours contre l'autorisation de remise délivrée par l'OFE est possible lorsque la personne à extrader invoque *a posteriori* l'**absence de son consentement**, notamment en cas d'erreur. Dans ce cas, l'autorité de recours doit déterminer si l'OFE a agi en violation du principe de la bonne foi.

3. Demande d'extradition ultérieure

25 Lorsque l'exécution de la décision d'extradition par la voie simplifiée – c'est-à-dire la remise de la personne poursuivie – est suspendue en vertu de l'art. 58, al. 1, AIMP parce que l'intéressé fait l'objet d'une procédure pénale en Suisse pour d'autres infractions, rien n'empêche l'OFE, saisi ultérieurement d'une demande d'extradition concurrente, d'**accorder la priorité** à l'extradition vers l'autre État requérant.

4. Frais de procédure

26 La procédure d'extradition ordinaire donne lieu à des frais et les biens privés de la personne poursuivie peuvent être utilisés pour couvrir ces frais, pour autant qu'ils ne doivent pas être remis à l'État requérant (art. 62, al. 2, AIMP). Toutefois, si la personne poursuivie donne son consentement à l'extradition simplifiée immédiatement après son arrestation, **l'OFE peut renoncer**, pour

des raisons de proportionnalité, à percevoir les frais occasionnés par la procédure d'extradition.

L'auteur est procureur fédéral adjoint au Ministère public de la Confédération à Berne. Il exprime son opinion personnelle, qui n'engage pas l'autorité au sein de laquelle il exerce ses fonctions.

BIBLIOGRAPHIE

Bomio Giorgio/Glassey David, La qualité pour recourir dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Jusletter 13 dicembre 2010.

Heimgartner Stefan, Auslieferungsrecht, Zurigo 2002.

Knodel Tanja/Glenck Johannes, Commento dell'art. 54 AIMP, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (edit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basilea 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basilea 2018.

Ludwiczak Glassey Maria, Commento dell'art. 54 AIMP, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (edit.), Petit commentaire, Loi fédérale sur l'entraide pénale internationale en matière pénale, Basilea 2024.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basilea 2000.

Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Niggli Marcel Alexander, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basilea 2011.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6ª ediz., Berna 2024.

MATÉRIAUX

Messaggio del Consiglio federale all'Assemblea federale per una legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale e per un decreto federale sulle riserve alla convenzione europea di estradizione dell'8 marzo 1976, FF 1976 II 443 (citato: Messaggio 1976).

Messaggio sul trattato di estradizione con gli Stati Uniti d'America del 21.11.1990, FF 1991 I 81 (citato: Messaggio 1990).

Messaggio concernente la modificazione della legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale e della legge federale relativa al Trattato conchiuso con gli Stati Uniti d'America sull'assistenza giudiziaria in materia penale nonché un decreto federale concernente una riserva alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 29.3.1995, FF 1995 III 1 (citato: Messaggio 1995).

Ufficio federale di giustizia, Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 10ª ediz., 2025, disponibile sul sito dell'UFG: https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/strafrecht/wegleitungen.html (citato: UFG, Wegleitung).

Ufficio federale di giustizia, Esposto sulla procedura svizzera in materia d'estradizione del 25.5.2016, disponibile sul sito dell'UFG: https://www.bj.admin.ch/bj/it/home/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen/auslieferung.html (citato: UFG, Esposto).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en italien. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 56 EIMP

Un commentaire de Giacomo Respini

PROPOSITION DE CITATION

Giacomo Respini, Commentaire de l'art. 56 EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Respini, art. 56 EIMP N. XXX.

Section 6 Exécution

Art. 56 Caractère exécutoire

[1] L'extradition est exécutoire:

a. si la personne poursuivie demande expressément à être remise sans délai ou

b. si, dans les cinq jours qui suivent la notification de la décision, la personne poursuivie n'a pas déclaré vouloir recourir.

[2] Si l'extradition est refusée, l'OFJ met fin à la détention ordonnée pour l'extradition.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction 241
A. Généralités 241
B. Conditions matérielles d'exécution de l'extradition 241
II. Commentaire de l'article 242
A. Demande d'exécution immédiate (al. 1, let. a) 242
B. Volonté de former un recours contre la décision d'extradition (al. 1, let. b) 243
1. Forme et délai de la déclaration de recours 243
2. Conséquences de l'absence de déclaration de recours 243
3. Respect du délai de recours 244
4. Critique doctrinale de l'art. 56, al. 1, let. b, EIMP 244
C. Conséquences en cas de refus de l'extradition (al. 2) 245
Bibliographie 246
Matériaux 246

I. INTRODUCTION

A. Généralités

L'article 56 de l'EIMP fixe le moment à partir duquel l'extradition peut être exécutée (al. 1) et régit les conséquences en cas de rejet de la demande d'extradition (al. 2). 1

D'un point de vue juridique, sous réserve du cas de l'extradition simplifiée, l'exécution d'une extradition présuppose une décision ordonnant la remise de la personne poursuivie à l'État requérant. Par rapport à d'autres codes de procédure, l'article 56 EIMP impose des exigences moins strictes en matière de force exécutoire, **permettant l'exécution de décisions qui n'ont pas encore acquis force de chose jugée**. 2

Cette disposition a été conçue pour répondre au besoin d'une **procédure d'extradition accélérée**. C'est pourquoi l'article 56, alinéa 1, de l'EIMP prévoit que la décision d'extradition devient exécutoire, sans qu'il soit nécessaire d'attendre l'expiration du délai de recours, si la personne poursuivie en fait la demande expresse (lettre a) ou si elle ne fait pas part, dans les cinq jours suivant la notification de la décision, de son intention de former un recours (lettre b). 3

La réglementation découlant de l'art. 56, al. 1, let. b, EIMP a pour conséquence que, dans la pratique, la personne faisant l'objet de la demande d'extradition annonce souvent son intention de former un recours contre la décision d'extradition rendue par l'Office fédéral de la justice (OFJ), afin d'en suspendre temporairement l'exécution et de disposer ainsi de plus de temps pour **évaluer les chances de succès d'un éventuel recours** devant la Cour des plaintes pénales du Tribunal pénal fédéral (TPF). 4

B. Conditions matérielles d'exécution de l'extradition

Selon une jurisprudence constante, la détention de la personne poursuivie constitue la règle tout au long de la procédure d'extradition, tandis que sa remise en liberté reste l'exception. L'OFE peut s'abstenir de délivrer un mandat d'arrêt en vue de l'extradition notamment si la personne poursuivie ne risque vraisemblablement pas de se soustraire à l'extradition ni de compromettre l'instruction pénale (art. 47, al. 1, let. a, EIMP). En l'absence de 5

risque de fuite et de collusion, l'OFJ peut, en lieu et place de la détention, décider d'autres mesures de sûreté, en particulier les mesures de substitution prévues à l'art. 237 CPP (art. 47, al. 2, EIMP). Lorsqu'une mesure de substitution à la détention a été ordonnée aux fins de l'extradition, la personne poursuivie doit en règle générale être **placée en détention en vue de l'exécution de l'extradition**.

6 Si la personne à extrader ne peut être localisée parce qu'elle s'est enfuie, notamment malgré l'adoption de mesures de substitution, la décision d'extradition ne peut être exécutée pour **absence d'objet de la procédure** ; si la personne poursuivie s'est enfuie avant le prononcé de la décision d'extradition, la procédure d'extradition est en règle générale classée sans suite pour absence d'objet.

7 L'exécution de l'extradition doit être **reportée** si la personne à extrader ne peut temporairement pas être transportée en raison de son état de santé.

II. COMMENTAIRE DE L'ARTICLE

A. Demande d'exécution immédiate (al. 1, let. a)

8 Conformément à l'art. 56, al. 1, let. a, de l'EIMP, l'extradition peut être exécutée si la personne poursuivie **demande expressément l'exécution immédiate**.

9 En règle générale, la demande d'exécution immédiate s'accompagne d'une **renonciation aux voies de recours**. Dans ce cas, c'est-à-dire si l'intéressé renonce au recours en tant que voie de droit ordinaire (cf. art. 437, al. 1, let. b, CPP), il y a lieu de considérer que la décision d'extradition est passée en force de chose jugée et peut être exécutée sans autre formalité.

10 D'un point de vue formel, il serait souhaitable que tant la déclaration relative à l'exécution immédiate que la renonciation au recours soient expressément formulées **par écrit**.

11 Aux fins de l'exécution immédiate, la décision d'extradition ne doit contenir ni **conditions** soumises à acceptation au sens de l'art. 80p EIMP, ni obligations que l'État requérant est tenu de remplir au préalable.

B. Volonté de former un recours contre la décision d'extradition (al. 1, let. b)

Conformément à l'art. 56, al. 1, let. b, de l'EIMP, l'extradition peut être exécutée si la personne poursuivie ne **déclare** pas, dans les cinq jours suivant la notification de la décision, **qu'elle entend former un recours**. 12

1. Forme et délai de la déclaration de recours

La déclaration d'intention de former un recours contre la décision d'extradition doit être adressée **à l'OFJ**, c'est-à-dire à l'autorité qui a rendu la décision que la personne devant être extradée entend contester. 13

Il s'agit d'une **déclaration unilatérale de volonté**, qui ne doit pas être motivée et n'est soumise à aucune exigence particulière. 14

La déclaration de recours doit être déposée dans un délai de **5 jours** à compter de la notification de la décision d'extradition. 15

L'exigence posée par l'art. 56, al. 1, let. b, de l'EIMP **ne constitue pas un formalisme excessif**, mais une exigence expressément prévue par le législateur pour tenir compte des spécificités de la procédure d'extradition. Il s'agit d'ailleurs d'une exigence qui ressort de la simple lecture du texte légal et qui est également mentionnée expressément par l'OFJ dans la liste des voies de recours contre la décision d'extradition. 16

2. Conséquences de l'absence de déclaration de recours

Si la déclaration d'intention d'introduire un recours n'est pas formulée dans le délai de cinq jours à compter de la notification de la décision d'extradition, celle-ci devient exécutoire et l'OFJ**peut procéder à la remise de la personne extradée** à l'État requérant, sans attendre l'expiration du délai de recours. 17

Un éventuel recours contre la décision d'extradition formé dans le délai de 30 jours à compter de sa notification produit un **effet suspensif automatique** (cf. art. 21, al. 4, EIMP), de sorte que, si l'extradition n'a pas encore eu lieu au moment du dépôt du recours, son exécution est suspendue. 18

Une fois que la personne poursuivie a été remise à l'État requérant, le recours contre la décision d'extradition **n'est plus recevable**. 19

3. Respect du délai de recours

20 L'extradition devient exécutoire lorsque **le délai de recours a expiré sans avoir été utilisé**. Cela signifie que l'extradition peut être exécutée, malgré la déclaration d'intention d'introduire un recours, si la personne poursuivie ne conteste pas la décision d'extradition devant la Cour des plaintes pénales du TPF dans le délai de 30 jours à compter de sa notification (art. 50, al. 1, PA). La même conclusion s'impose lorsque l'intéressé ne forme pas de recours contre l'arrêt du TPF devant le Tribunal fédéral dans le délai de 10 jours à compter de la notification du texte intégral de la décision (art. 100, al. 1 et 2, let. b, LTF). De même, l'extradition devient exécutoire dès lors qu'**un éventuel recours a été définitivement rejeté**. Dans tous ces cas, outre le fait d'être exécutoire, la décision d'extradition acquiert force de chose jugée.

4. Critique doctrinale de l'art. 56, al. 1, let. b, EIMP

21 **Une opinion doctrinale critique la réglementation prévue à l'art. 56, al. 1, let. b, EIMP**. *Tout d'abord*, parce que la personne poursuivie pourrait former un recours en temps utile devant le TPF dès le 6e jour suivant la notification de la décision d'extradition, raison pour laquelle l'absence de déclaration d'intention de former un recours ne permettrait pas de déduire une renonciation définitive à l'introduction d'un recours dans le respect du délai de 30 jours. Selon l'auteur, il manquerait donc dans l'EIMP une disposition qui, par analogie avec les dispositions de l'article 399, alinéa 1, du CPP relatives à l'annonce et à la déclaration d'appel, fixerait un délai de 5 jours comme condition de validité pour former un recours contre la décision d'extradition. Selon l'auteur, avant de procéder à la remise de la personne poursuivie, il faudrait attendre l'expiration infructueuse du délai de recours, à moins que la personne à extrader n'ait présenté une déclaration de renonciation à ce recours. Afin de tenir compte de la nécessité d'une procédure d'extradition accélérée, l'auteur suggère de réduire le délai de recours.

22 Le Tribunal fédéral ne partage pas ces critiques. Tout d'abord, **selon la Haute Cour, une analogie avec l'art. 399, al. 1, CPP ne se justifie pas**. Contrairement à la décision motivée d'extradition de l'OFJ, l'arrêt pénal de première instance n'est notifié dans un premier temps que dans son dispositif (cf. art. 84, al. 2, CPP) . Le délai de 10 jours pour interjeter appel devant le

tribunal de première instance, prévu à l'art. 399, al. 1, CPP, court à compter de la notification du dispositif écrit du jugement (art. 384, let. a, CPP).

La partie qui a interjeté appel doit ensuite déposer une déclaration écrite d'appel auprès de la cour d'appel dans un délai de 20 jours à compter de la notification du jugement motivé (art. 399, al. 3, CPP). Toutefois, dans le cas où – contrairement au système prévu par le CPP – le tribunal de première instance ne communiquerait ni oralement ni par écrit le dispositif aux parties, mais leur notifierait directement le jugement motivé, l'obligation d'annoncer l'appel tombe. Quant à la nécessité d'attendre dans tous les cas l'expiration du délai de recours de 30 jours, selon le Tribunal fédéral, cela **viderait de toute substance le sens et les objectifs clairs et justifiés de l'art. 56, al. 1, let. b, EIMP**, allant ainsi à l'encontre de la volonté claire du législateur fédéral.

23 La solution adoptée par le Tribunal fédéral semble justifiée. Tout d'abord, il ne constitue pas une charge particulièrement lourde pour la personne faisant l'objet d'une demande d'extradition de faire connaître en temps utile son intention de former un recours – par une simple déclaration non motivée – dès qu'elle a pris connaissance de la décision et, au moins sommairement, des motifs sur lesquels l'OFE s'est fondé pour accorder l'extradition. En outre, cette jurisprudence est conforme à la garantie du recours juridictionnel consacrée par l'article 29a de la Constitution (ainsi que par l'article 13 de la CEDH), dans la mesure où l'exigence prévue par le législateur à l'article 56, alinéa 1, lettre b, de la loi sur l'entraide pénale internationale (EIMP) ne constitue pas un obstacle procédural à la protection juridictionnelle garantie par l'article 29a de la Constitution, mais une simple formalité justifiée par l'exigence de rapidité qui caractérise la procédure d'extradition. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a observé que la disposition litigieuse a rarement fait l'objet d'un examen par les tribunaux, étant donné que son respect par les personnes faisant l'objet d'une demande d'extradition, souvent représentées par un avocat, ne pose aucun problème dès lors qu'elles agissent avec la diligence requise.

C. Conséquences en cas de refus de l'extradition (al. 2)

24 L'art. 56, al. 2, de la Convention EIMP dispose que, si l'extradition est refusée, l'OFJ **met fin à la détention en vue de l'extradition**.

25 L'extradition est refusée si l'OFE refuse de remettre la personne poursuivie à l'État requérant ou si un recours contre la décision accordant l'extradition est admis par la Cour des plaintes pénales du TPF ou par le Tribunal fédéral.

26 En cas de refus d'extradition, l'OFJ **ordonne la remise en liberté** de la personne poursuivie **ou met fin aux mesures de substitution** ordonnées à son encontre.

27 Si l'extradition vers l'État requérant est refusée, la personne poursuivie peut faire valoir un droit à une **indemnité** pour détention injustifiée au sens de l'art. 15 EIMP ; les articles 429 et 431 du CPP s'appliquent par analogie.

L'auteur est procureur fédéral adjoint au Ministère public de la Confédération à Berne. Il exprime son opinion personnelle, qui n'engage pas l'autorité au sein de laquelle il exerce ses fonctions.

BIBLIOGRAPHIE

Heimgartner Stefan, Auslieferungsrecht, Zurigo 2002.

Heimgartner Stefan, Commento dell'art. 56 AIMP, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (edit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basilea 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basilea 2018.

Ludwiczak Glassey Maria, Commento dell'art. 56 AIMP, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (edit.), Petit commentaire, Loi fédérale sur l'entraide pénale internationale en matière pénale, Basilea 2024.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6ª ediz., Berna 2024.

MATÉRIAUX

Messaggio del Consiglio federale all'Assemblea federale per una legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale e per un decreto federale sulle riserve alla convenzione europea di estradizione dell'8 marzo 1976, FF 1976 II 443 (citato: Messaggio 1976).

COMMENTAIRE

Art. 55a EIMP

Un commentaire de Giuseppe Aufiero

PROPOSITION DE CITATION

Giuseppe Aufiero, Commentaire de l'art. 55a EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Aufiero, art. 55a EIMP N. XXX.

Art. 55*a* Coordination avec la procédure d'asile

Lorsque la personne poursuivie a déposé une demande d'asile au sens de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile, l'OFJ et les autorités de recours prennent en considération le dossier relatif à la procédure d'asile pour statuer sur la demande d'extradition.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse 249
II. Contexte 251
III. Commentaire proprement dit 252
A. Généralités 252
B. Modalités de la coordination 255
IV. Critique 261
Bibliographie 261
Documents officiels 262

I. GENÈSE

L'article 55a EIMP est une nouvelle norme en vigueur depuis le 1er avril 2011. Il a été introduit dans l'EIMP lors de l'adoption de la **Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition du 1er octobre 2010**. 1

L'adoption de cette loi faisait suite à des affaires impliquant des demandes d'extradition de requérants d'asile qui avaient défrayé la chronique. En effet, suite à la reconnaissance du statut de réfugiés, respectivement l'octroi de l'asile, l'extradition de prétendus dangereux criminels avait dû être refusée après coup[629]. 2

Face aux problèmes dus à l'existence de procédures d'extradition et d'asile pendantes simultanément qui avaient ainsi donné lieu à des **décisions contradictoires**, l'ancienne Cheffe du Département fédéral de justice et police, Madame la Conseillère fédérale Eveline Widmer-Schlumpf, instituait le 25 août 2008 un groupe de travail chargé d'étudier des solutions propres à améliorer la coordination entre ces deux procédures et à éviter des décisions contradictoires au regard du **principe de non-refoulement**[630]. Ce groupe de travail formé de représentants du Tribunal pénal fédéral (TPF), du Tribunal administratif fédéral (TAF), de la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) et du Département fédéral de justice et police (Secrétariat d'Etat aux migrations [SEM] et Office fédéral de la justice [OFJ]) et placé sous la direction de l'OFJ remettait le 18 février 2009 son rapport final assorti de propositions[631]. 3

629. Il s'agissait notamment d'une affaire où l'Albanie demandait l'extradition de deux de ses ressortissants pour brigandage. Par arrêts 1A.129/2004 et 1A.131/2004 du 8.7.2004, le TF avait admis les recours contre les décisions d'extradition, invitant l'OFJ à procéder à des vérifications auprès des autorités albanaises. Par arrêts du 13.9.2004, l'ancienne Commission de recours en matière d'asile admettait les recours contre le refus de l'asile. Ces deux cas avaient été particulièrement médiatisés suite notamment à l'intervention de l'ancien Conseiller fédéral Christoph Blocher à la réunion de l'Albisgüetli de l'Union démocratique du centre (UDC) zurichoise le 20.1.2006 où il avait critiqué l'octroi par la Suisse de l'asile à ces deux ressortissants albanais, qu'il avait qualifiés de dangereux criminels au mépris de la présomption d'innocence.

630. BSK-Heimgartner, art. 55a EIMP N 1.

631. FF 2010 1333, p. 1336, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2010/264/fr (lien vérifié le 16.1.2026).

4 En vue de remédier aux défauts de coordination entre les procédures d'asile et d'extradition (lorsqu'elles se déroulent parallèlement) et aux décisions contradictoires, le groupe de travail proposa **d'ouvrir l'accès au Tribunal fédéral (TF) en matière d'asile**. Il suggérait également de soumettre la procédure d'asile à la **maxime de célérité** et d'imposer à l'autorité concernée par une procédure **l'obligation de prendre en considération le dossier traité par l'autorité compétente dans la seconde procédure** en vue d'assurer une **meilleure coordination** tant en première instance (entre le SEM et l'OFJ) qu'au stade de la procédure de recours (entre le TAF et le TPF)[632].

5 Le 29 juin 2009, la Conseillère fédérale Eveline Widmer-Schlumpf ouvrait la consultation relative à l'avant-projet de loi sous la forme d'une audition, dont le terme avait été fixé au 28 août 2009. Cette consultation ne modifia pas l'avant-projet de loi. Le 24 février 2010, le Conseil fédéral (CF) soumit au Parlement le projet de loi qui fut adopté sans modification. La stratégie proposée par le groupe de travail déboucha ainsi sur l'adoption le 1er octobre 2010 de la Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition[633], laquelle entra en vigueur le 1er avril 2011.

6 Cette loi a pour buts d'accélérer les procédures d'asile et d'extradition quand les demandes d'extradition et d'asile sont pendantes simultanément, d'optimiser l'échange d'informations entre l'OFJ et le SEM et d'éviter des décisions contradictoires en permettant la réunification des procédures au niveau du TF. La novelle a conduit à l'introduction dans l'EIMP du nouvel article 55a ainsi qu'à la modification de la Loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi) avec l'introduction des nouveaux articles 41a et 108a qui sont les pendants dans la LAsi de l'article 55a EIMP[634], ainsi que des nouveaux alinéas 4 de l'article 37 et 5 de l'article 109 « qui impose[nt] le traitement « rapide» des décisions en matière d'asile en cas de détention en vue de l'extradition du requérant[635]. La novelle a également conduit à la modification de la Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)[636]: l'article 83 lettre d chiffre 1 qui ouvre la voie au recours de droit public contre les décisions en matière d'asile

632. FF 2010 1333, pp. 1336ss, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2010/264/fr.
633. RO 2011 925.
634. BSK-Heimgartner, art. 55a EIMP N 3.
635. BSK-Heimgartner, art. 55a EIMP N 3.
636. RS 142.513 du 15.3.2011.

rendues par le TAF lorsqu'elles concernent des personnes visées par une demande d'extradition déposée par l'État dont ces personnes cherchent à se protéger; l'article 93 alinéa 2 1re phrase qui dispose qu'en matière d'entraide pénale internationale et en matière d'asile, les décisions préjudicielles et incidentes ne peuvent pas faire l'objet d'un recours; enfin l'article 107 alinéa 3 qui délie le TF de l'obligation de rendre une décision de non-entrée en matière dans les quinze jours qui suivent la fin d'un éventuel échange d'écritures lorsque la procédure d'extradition concerne une personne dont la demande d'asile n'a pas encore fait l'objet d'une décision finale entrée en force.

Par souci d'exhaustivité, mentionnons **d'autres dispositions pertinentes en matière de coordination asile-extradition** comme les articles 11a alinéa 3 EIMP et 9 lettre c chiffre 1 de l'Ordonnance sur le système d'information central sur la migration (Ordonnance SYMIC) du 12 avril 2006[637] qui garantissent au SEM l'accès aux données personnelles enregistrées dans le système de gestion des données de l'OFJ pour le domaine de l'entraide judiciaire et à l'OFJ l'accès aux données pertinentes de la base de données SYMIC du SEM. Une autre réglementation spéciale concernant les requérants d'asile s'applique à la transmission spontanée au sens de l'article 67a EIMP, qui ne peut être effectuée en cas d'infractions incriminées commises par ce groupe de personnes[638]. 7

II. CONTEXTE

Dans la systématique de l'EIMP, l'article 55a se trouve dans la deuxième partie réservée à l'extradition, plus précisément dans la 5ème section du chapitre 2 consacrée à la décision sur l'extradition dans le cadre de la procédure d'extradition. Ainsi, si l'on s'en tient uniquement à la systématique de la loi, ce ne serait qu'au stade de la décision d'extradition que l'OFJ devrait appliquer l'article 55a EIMP et donc prendre en compte le dossier de l'asile. Toutefois, l'article 43 EIMP impose à l'OFJ de procéder à un examen d'office de la demande de recherche et d'arrestation étrangère. Cet examen porte sur les conditions formelles et matérielles ainsi que sur les motifs d'irrecevabilité de la demande. Ainsi, en vertu de la **maxime d'office**, l'OFJ doit examiner 8

637. RS 173.110.
638. BSK-Heimgartner, art. 55a EIMP N 2.

d'office si des motifs d'**inadmissibilité manifeste** de l'extradition s'opposent à l'arrestation et à l'extradition (art. 2 à 5 EIMP), et ce indépendamment des griefs soulevés par l'extradable. L'article 55a EIMP concrétise ainsi le principe de la maxime d'office et doit être appliqué également lorsque l'OFJ est saisi d'une demande d'arrestation et non seulement au stade de la décision sur l'extradition (cf. aussi ci-après N. 11 et N. 19).

III. COMMENTAIRE PROPREMENT DIT

A. Généralités

9 En vertu du **principe de non-refoulement** ancré à l'article 33 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut de réfugié (CR)[639], la Suisse ne peut pas refouler, renvoyer ou extrader une personne sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. En d'autres termes, aussi bien le SEM que l'OFJ doivent s'assurer que la personne concernée n'est pas victime d'une **persécution** ou qu'elle ne risque pas une aggravation de sa peine en cas de jugement (**polit malus**) pour l'un des motifs mentionnés ci-dessus dans son pays d'origine. Ainsi, lorsque les procédures d'asile et d'extradition sont pendantes simultanément ou parallèlement et que l'extradition est demandée par l'État d'origine de la personne, le **principe de non-refoulement**, découlant de l'article 33 CR, impose à l'OFJ et au SEM, comme autorités de première instance, puis au TPF et au TAF, en tant qu'autorités de recours, d'examiner les mêmes questions lorsqu'elles doivent statuer sur un refoulement au sens large. Si les questions sont identiques, les autorités concernées vont néanmoins les examiner avec **des points de vue et des moyens d'instruction qui diffèrent sur certains points**[640]. Ainsi en matière d'extradition, l'État requérant bénéficiera des **principes de bonne foi et de confiance** avec pour conséquence que l'OFJ ne remettra en question les affirmations de l'État requérant que de manière exceptionnelle et que l'OFJ pourra accorder l'extradition moyennant des **garanties** en cas notamment de **risque de torture**. En outre, en matière d'extradition, les questions de fait et de culpabilité ne seront pas examinées, sauf en présence

639. RS 0.142.30.
640. Aufiero, N 1602.

d'erreurs, de lacunes ou de contradictions manifestes. Enfin, la **procédure d'extradition est écrite et non orale**, dans le sens que la personne concernée ne sera pas entendue sur les faits par l'OFJ ou le TPF, sans oublier que l'OFJ ne dispose ni des connaissances spécifiques, ni directement de moyens d'investigation du SEM. Le risque existe donc qu'au terme des procédures, le SEM et l'OFJ parviennent à des conclusions diamétralement opposées et rendent des **décisions contradictoires**. Mais ce risque de décisions contradictoires existe aussi au niveau des instances de recours. Il est ainsi arrivé à plusieurs reprises que l'OFJ et le SEM concluent à l'absence de risque de persécution, mais que l'autorité de recours en matière d'asile estime que le **statut de réfugié** doit être reconnu à la personne concernée. « La coordination entre les deux procédures s'impose [donc] puisque les mêmes éléments, à savoir les **risques encourus** par la personne en cas d'extradition, respectivement de refoulement, sont analysés par [lesdites] autorités [...] »[641]. C'est dans la perspective d'éviter ce risque de décisions contradictoires et ainsi de mieux coordonner les deux procédures que l'article 55a EIMP a été élaboré. **Le principe de non-refoulement ou clause de non-discrimination au sens de l'article 33 CR est également consacré dans le droit de l'extradition à l'article 2 lettre b et à l'article 37 alinéa 3 EIMP**[642].

Mais le principe de non-refoulement ne se limite pas au risque de persécution 10
au sens de l'article 33 CR. L'interdiction du refoulement est ainsi également garantie en cas de **risques de torture ou de mauvais traitements** et ce indépendamment de **toute situation de persécution et à l'égard de tout État**. Il en va ainsi des articles 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984[643], 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH)[644], 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II)[645]) et 25 alinéa 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.)[646]. Dans de tels cas de figure, alors que le SEM

641. PC-EIMP, art. 55a N 3.
642. Cf. à ce sujet Vena, p. 3-17; cf. également FF 2010 1333, pp. 1470 et 1472.
643. RS 0.105.
644. RS 0.101.
645. RS 0.102.
646. RS 101.

rejettera la demande d'asile en l'absence de persécution, l'OFJ pourra de son côté refuser l'extradition. En outre, alors qu'en matière d'asile le principe de non-refoulement découlant de l'article 33 CR protège la personne uniquement à l'égard de son État d'origine, en matière d'extradition ce principe protègera la personne concernée vis-à-vis de tout État. Enfin, l'EIMP prévoit d'autres cas de figure où l'OFJ refusera l'extradition et ce notamment si la personne concernée risque d'être condamnée à la **peine de mort** (art. 37 al. 3 EIMP) ou si elle risque d'être jugée par un **tribunal d'exception** dans l'État requérant (art. 38 al. 1 let. c EIMP). L'examen opéré par l'OFJ du point de vue du principe de non-refoulement va donc au-delà de celui effectué par le SEM, lorsque ce dernier conclut à l'inexistence d'une **persécution** mais que des **risques de torture ou de mauvais traitements** subsistent ou que l'extradition n'est pas demandée par l'État d'origine de la personne.

11 L'article 55a EIMP prévoit la coordination avec la procédure d'asile lorsque la personne poursuivie a déposé une **demande d'asile** au sens de la LAsi. Comme nous le verrons ci-après, cette disposition pose **l'obligation de coordination** lorsque les deux procédures sont conduites en parallèle et que l'extradition est demandée par l'État dont l'extradable cherche à se protéger. **Cette obligation découle de la maxime d'office ou maxime inquisitoire**[647].

Cette disposition poursuit non seulement le but d'assurer une **coordination** en vue d'éviter des décisions contradictoires, mais aussi d'**accélérer les procédures**[648] et de concilier les obligations de la Suisse découlant du droit de l'extradition respectivement de la CR. Mais le principe de coordination a également pour but d'assurer le respect du principe de non-refoulement garanti par d'autres normes du droit international. Ainsi, lorsque l'extradition est refusée pour des motifs qui peuvent avoir une incidence sur la demande d'asile, la question des risques encourus dans l'État requérant doit être examinée de manière coordonnée par les autorités administratives puis judiciaires qui sont successivement saisies[649]. Le SEM respectivement l'autorité de recours compétente devront ainsi également prendre en compte le dossier d'extradition en cas de refus de l'extradition, afin d'examiner le droit

647. Aufiero, N 1586ss.

648. FF 2010 1333, p. 1334; arrêt du TF 1C_610/2015 du 4.1.2016, consid. 2.1 ; voir aussi Aufiero, N 60 et Vena.

649. Arrêt du TF 1C_246/2017 du 29.1.2018, consid. 2.1.

de la personne concernée à l'**admission provisoire** ou à l'octroi d'un permis de séjour, voire éventuellement l'expulsion vers un autre État.

B. Modalités de la coordination

L'article 55a EIMP vise, comme son titre l'indique, la coordination avec la procédure d'asile lorsque la personne poursuivie a déposé une demande d'asile au sens de la LAsi. L'OFJ et les autorités de recours prennent alors en considération le dossier relatif à la procédure d'asile pour statuer sur la demande d'extradition. 12

Même si la disposition ne l'indique pas explicitement, elle impose une **obligation** « aux autorités compétentes en matière d'extradition de prendre en considération le dossier relatif à la procédure d'asile pour statuer sur la demande d'extradition »[650] et par la même l'article 55a EIMP leur impose une obligation de coordination avec les autorités compétentes en matière d'asile. Cette **obligation de coordination** intervient lorsque les deux procédures sont conduites en parallèle et que l'extradition est demandée par l'État dont l'extradable cherche à se protéger. Elle découle des engagements internationaux pris par la Suisse en matière d'extradition, respectivement d'asile (cf. art. 33 CR). Ces obligations imposées aux autorités doivent être conciliées[651]. Pour Ludwiczak Glassey, **cette coordination s'imposerait également lorsque l'extradition est demandée par un autre État**[652], car, lorsque l'OFJ refuse l'extradition, les autorités compétentes en matière de droit des étrangers devront aussi examiner si la personne pourra demeurer en Suisse. Selon nous, il y a lieu néanmoins de vérifier si cette obligation est prévue dans les normes que doivent appliquer les autorités compétentes en matière de droit des étrangers, car l'article 55a EIMP ne s'applique qu'aux autorités compétentes en matière d'extradition. 13

L'article 55a EIMP énonce expressément comme forme de coordination l'**échange des dossiers** entre le SEM et l'OFJ[653]. Cet échange doit permettre d'éviter des décisions contradictoires. Ainsi, l'article 55a permet uniquement de déduire, sur la base de son libellé, que les autorités d'entraide judiciaire 14

650. PC-EIMP, art. 55a N 1.
651. PC-EIMP, art. 55a N 2 et les renvois.
652. PC-EIMP, art. 55a N 2.
653. PC-EIMP, art. 55a N 4.

(administratives et judiciaires) doivent se procurer les dossiers d'une éventuelle procédure parallèle auprès d[u SEM] ou du [TAF][654].

15 Pour certains auteurs de doctrine, la « coordination » souhaitée entre la procédure d'extradition et la procédure d'asile n'est pas optimale lorsqu'elle se limite à un simple « échange de dossiers ». Cela tiendrait d'une part au fait que la communication au niveau judiciaire de première instance (TPF/TAF) se limite à la consultation des dossiers et que la prise de décision ne peut être coordonnée ni sur le plan temporel ni sur le plan matériel. En règle générale, la décision en matière d'extradition (malgré l'art. 37, al. 4, LAsi, qui exige le règlement rapide des décisions d'asile en cas de procédures parallèles) est prise en priorité, mais elle ne peut préjuger de la décision en matière d'asile sur le fond[655]. Cela vaut bien sûr aussi vice versa. Dans certaines circonstances, l'absence d'unité de procédure peut, malgré la disposition de l'article 55a, conduire à des jugements de dernière instance matériellement incompatibles, alors même que les procédures devraient être réunies et tranchées de manière uniforme au niveau du TF sur la base de l'article 83 lettre d chiffre 1 LTF. En vertu de l'article 84 alinéa 1 LTF, les cas d'extradition ne sont toutefois susceptibles de recours en matière de droit public que dans des cas particulièrement importants, de sorte que le TF ne « peut »[656], dans certaines circonstances, examiner que le fond des cas d'asile et qu'il ne saurait donc être question de coordination[657]. Les documents et les notes marginales permettent toutefois de dégager la maxime pratique suivante: les autorités d'entraide judiciaire et les tribunaux saisis de tels cas, ainsi que les autorités parallèles concernées, à savoir le [SEM] et le [TAF], doivent, dans la mesure du possible, coordonner les procédures en cours[658]. Il serait donc nécessaire de mettre en place un échange d'informations entre les offices fédéraux chargés du dossier (OFJ et SEM) ou les tribunaux (TPF et TAF)[659]. On peut ainsi déduire de l'article 55a EIMP une obligation de communication dans le sens où les autorités et les tribunaux chargés de la procédure d'extradition (TPF/TF) doivent communiquer les décisions d'extradition rendues dans le cadre de procédures d'asile connexes au SEM ou au TAF. En effet, « [s]i l'asile

654. Ainsi implicitement arrêt du TF 1C_698/2013 du 23.9.2014, consid. 1.
655. BSK-Heimgartner, art. 55a EIMP N 3.
656. BSK-Heimgartner, art. 55a EIMP N 3.
657. BSK-Heimgartner, art. 55a EIMP N 3.
658. BSK-Heimgartner, art. 55a EIMP N 5.
659. BSK-Heimgartner, art. 55a EIMP N 6.

a été préalablement refusé par une décision entrée en force, l'autorité d'extradition saisie d'une objection relative au délit politique ne peut faire abstraction de cette décision dès lors que les conditions de reconnaissance du statut de réfugié (art. 3 LAsi) dépendent des mêmes critères[660]. Ceci vaut même s'il s'agit d'une décision de non-entrée en matière qui met fin à la procédure d'asile sans se prononcer sur la qualité de réfugié »[661]. Cette prise en compte devrait également avoir lieu, si l'autorité d'extradition doit statuer sur des allégations de mauvais traitements, de tortures ou de risque de torture. L'OFJ consultera le dossier relevant du droit de l'asile et statuera librement sur l'existence d'un motif de refus de l'extradition fondé sur le principe de non-refoulement, puis communiquera sa décision (au SEM). Cette décision peut, dans certaines circonstances, entraîner une révision de la décision en matière d'asile[662]. En outre, si des indices le laissent supposer, l'OFJ ou le TPF doit vérifier dans la base de données pertinente du SEM ou se renseigner auprès de celui-ci pour savoir si une procédure en matière d'asile est en cours[663].

16 La jurisprudence et la doctrine ont également déduit de l'article 55a EIMP le **principe de célérité** : la coordination viserait également à accélérer les procédures[664]. Pour Ludwiczak Glassey, cette coordination impliquerait même la **suspension de la procédure d'extradition** jusqu'à droit connu sur la procédure d'asile[665]. Si dans certains cas, la suspension a été ordonnée, le TF n'a pas toujours considéré qu'une telle suspension était justifiée[666] et qu'elle risquerait même d'entrer en conflit avec le principe de célérité. Ainsi, dans un cas d'espèce, le TF s'était enquis de l'état d'avancement de la procédure d'extradition. Celle-ci était, au jour du rendu de l'arrêt, au stade de l'instruction auprès de l'OFJ. Obligé par le principe de célérité, le TF n'avait pas attendu l'achèvement de la procédure d'extradition pour statuer sur le recours en matière d'asile. En effet, l'instruction de la cause était achevée et les questions portant sur l'octroi de l'asile et du statut de réfugié ainsi que celles ayant trait, en application de la LAsi, au renvoi, étaient prêtes à être tranchées, si bien qu'aucune suspension ne se justifiait[667].

660. PC-EIMP, art. 55a N 7.
661. PC-EIMP, art. 55a N 7.
662. BSK-Heimgartner, art. 55a EIMP N 8.
663. BSK-Heimgartner, art. 55a EIMP N 4.
664. FF 2010 1333, p. 1334; arrêt du TF 1C_610/2015 , 4.1.2016, consid. 2.1 ; voir Aufiero, N 60.
665. PC-EIMP, art. 55a N 4.
666. Arrêt du TF 1C_218/2014 du 16.6.2014.

17 Une suspension d'une des procédures se justifie d'autant moins que, « [l]orsqu'une procédure d'asile est en cours, l'extradition ne peut être accordée que sous réserve de l'issue de celle-ci »[668]. Dans les faits, l'[OFJ] accordera l'extradition **sous réserve de la reconnaissance du statut de réfugié, respectivement de l'octroi de l'asile**[669]. En outre, pour les cas où le TPF est compétent en application de l'article 55 alinéa 2 EIMP, l'OFJ devra aussi **réserver la décision dudit tribunal sur le grief de délit politique**. Enfin, « [s]i la qualité de réfugié est accordée à la personne recherchée, la décision [définitive] lie les autorités d'extradition. L'extradition ne peut alors être prononcée[670], à moins que la personne ne bénéficie que d'une **protection provisoire**[671]». En d'autres termes, l'extradition peut être prononcée, mais son exécution suspendue jusqu'à la décision définitive en matière d'asile. Quoi qu'il en soit, même si l'OFJ et le SEM sont tenus d'échanger leurs dossiers, rien n'empêche l'une de ses autorités d'avoir une opinion différente sur le cas d'espèce[672], vu que les points de vue et les moyens d'investigation diffèrent.

18 Même si une coordination dans le temps ne semble pas possible, il convient de s'assurer, lors de la décision d'extradition, qu'une procédure d'asile ou de recours pendante ne soit pas compromise. Si une procédure d'asile est pendante concernant la personne poursuivie, **l'extradition n'est autorisée qu'à la condition que la demande d'asile ou le recours y relatif ait été définitivement rejeté par le TAF**[673]. II en va de même si la personne poursuivie dépose une demande d'asile au cours de la procédure d'extradition. Cela n'exempte toutefois pas l'OFJ ou le TPF d'examiner également l'existence d'un obstacle à l'extradition sous la forme d'une **persécution politique**[674].

---

667. Arrêt du TAF E-7557/2016 du 27.3.2017.
668. PC-EIMP, art. 55a N 5.
669. cf. arrêt du TPF RR.202.127 et RP.202.34 du 20.7.2020 consid. 6.2 où le TPF a modifié d'office le dispositif de la décision attaquée à ce sujet, en ce sens que l'extradition du recourant est accordée sous réserve de l'octroi du statut de réfugié par les autorités helvétiques compétentes en matière de migrations. Voir pour un cas similaire RR.2015.296 du 21.4.2016, consid. 6.
670. PC-EIMP, art. 55a N 6.
671. PC-EIMP, art. 55a N 6.
672. PC-EIMP, art. 55a N 6.
673. Cf. ATF 122 II 373, ch. 6 du dispositif; cf. aussi Heimgartner Stefan, Auslieferungsrecht, Zurich-Bâle-Genève 2002, p. 106.

Ce qui a été dit ci-dessus vaut mutatis mutandis lorsque l'OFJ est amené à examiner une **demande d'arrestation**. En effet, même si selon la systématique de l'EIMP, l'article 55a se trouve dans la deuxième partie réservée à l'extradition, plus précisément dans la 5ème section du chapitre 2 consacrée à la décision sur l'extradition, l'OFJ devra s'enquérir d'office de l'existence d'un motif d'inadmissibilité manifeste de l'extradition et notamment de consulter le **SYMIC** pour vérifier si la personne concernée n'a pas déposé une demande d'asile où n'a pas le statut de réfugié en Suisse. 19

Enfin, **en vue d'assurer une jurisprudence unifiée et d'éviter des décisions contradictoires**, une **voie de recours au TF** a été instaurée, ce qui est **exceptionnel en droit d'asile.** Le CF a souligné que l'introduction de cette nouvelle voie de recours permettra à la fois d'opérer, à l'échelon de la juridiction suprême, la jonction de la procédure d'asile et de la procédure d'extradition lorsqu'elles se déroulent en parallèle et de tenir dûment compte du principe de non-refoulement[675]. L'article 83 lettre d chiffre 1 LTF permet l'élimination des éventuelles contradictions qui persisteraient encore au stade du recours au TF et donc d'assurer cette coordination[676]. « Ainsi, bien que le recours en matière de droit public soit généralement exclu contre les décisions en matière d'asile rendues par le TAF, cette voie de droit est ouverte lorsque le cas concerne une personne visée par une demande d'extradition déposée par l'État dont la personne cherche à se protéger »[677]. Le recours au TF a pour but de garantir une jurisprudence exempte de toute contradiction concernant le **principe de non-refoulement**[678]. Le TF statue dans une seule décision sur les recours en matière d'extradition et d'asile. Pour tous ces motifs, une **suspension** de l'une des procédures ne se justifie donc pas. 20

A titre d'exhaustivité, il y a lieu encore de mentionner qu'en matière d'extradition, il n'y a pas de **féries** (art. 46 al. 1 let. b LTF)[679] contrairement à 21

674. BSK-Heimgartner, art. 55a EIMP N 9.
675. Arrêt du TAF E-7557/2016 du 27.3.2017.
676. FF 2010 1333, pp. 1338ss; Aubry Girardin Florence, Commentaire de l'article 83 LTF, in: Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice (éd.), Commentaire de la LTF, 3ème éd., Berne 2024, p. 1196-1311, N 64. Forster Marc, Kommentar des Art. 84 BGG, in Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Auf., Basel 2018, N 20.
677. PC-EIMP, art. 55a N 8.
678. Arrêt du TF 1C_314/2014 du 23.9.2014.

ce qui est prévu en matière d'asile. Une coordination sur ce point serait également la bienvenue, notamment du point de vue du principe de célérité.

22 D'autres dispositions prévoient également une forme de coordination entre les autorités pour éviter des décisions contradictoires. Ainsi, l'article 32 de l'ordonnance I sur l'asile du 11 août 1999 (OA I)[680] prévoit qu'il n'y a **pas d'examen ni de décision de renvoi de Suisse lorsqu'une décision de remise à la frontière a déjà été rendue à l'encontre du requérant à l'asile**. Le TAF a ainsi estimé, en se référant notamment à l'article 32 OA I et compte tenu de l'appréciation par le tribunal d'un éventuel renvoi ou d'éventuels obstacles à l'exécution du renvoi, qu'il convient, dans un souci de coordination efficace, de suspendre provisoirement la procédure de recours jusqu'à ce que l'OFJ ait statué en première instance sur la demande de renvoi[681].

23 **Lorsque l'extradition est demandée par un État tiers, le statut de réfugié ne fait pas obstacle à l'extradition vers ledit pays, pour autant qu'il n'y ait pas de risque de refoulement vers le pays d'origine**. L'article 15 CEExtr constitue une garantie valable que la personne poursuivie ne sera pas extradée vers son pays d'origine sans le consentement de la Suisse. Au plus tard lors de l'exécution de l'extradition, les autorités étrangères devront être informées de la procédure d'asile en cours en Suisse[682]. En effet, l'extradition doit être refusée, au regard de l'article 3 paragraphe 2 CEExtr, lorsque la personne recherchée remplit les conditions posées à la reconnaissance du statut de réfugié[683]. Néanmoins, le principe ancré à l'article 33 CR n'empêche pas l'État requis d'extrader une personne à laquelle il a accordé le statut de réfugié à l'État requérant dont elle n'est pas ressortissante et dans lequel elle n'a à redouter aucune discrimination, étant rappelé que l'État requérant auquel la personne est **extradée n'est pas autorisé à la réextrader à un État tiers, sans le consentement de l'État requis**. Ainsi, ce dernier pourra s'assurer, conformément au **principe de non-refoulement**, que la personne dont l'extradition est requise ne sera pas

679. Arrêt du TF 1C_409/2017 et 1C_452/2017 du 28.9.2017.
680. RS 142.311.
681. Arrêt du TAF E-5237/2014 du 14.8.2014 consid. 3.3.
682. RR.2021.82 du 1.7.2021 consid. 4.2.1-4.2.3.
683. Arrêt du TPF RR.2013.175 du 23.10.2013 consid. 6.2

renvoyée dans son pays d'origine qu'elle avait quitté pour se réfugier dans l'État requis[684].

IV. CRITIQUE

Si l'article 55a EIMP fournit une base légale pour l'échange des dossiers, cet échange doit permettre avant tout aux autorités concernées de se baser sur un état de fait uniformisé pour examiner les mêmes questions. Néanmoins, cela ne suffit pas toujours à éviter des décisions contradictoires compte tenu des points de vue et des moyens à disposition des différentes autorités. En outre, si la réunification des procédures au niveau du TF doit être saluée, ce dernier n'examine que rarement voire exceptionnellement des recours en matière d'asile et ne bénéficie ainsi pas de toute l'expertise du TAF. Enfin, dans les cas où l'asile sera accordé et l'extradition autorisée, soit un cas de figure où des décisions contradictoires sont rendues, le TF ne pourra pas lever cette contradiction s'il n'est saisi d'aucun recours contre l'octroi de l'asile. 24

A propos de l'auteur :

Giuseppe Aufiero, Dr. iur., Avocat, lic. en psychologie et photographe diplômé ; Juriste au sein de l'Unité extradition de l'OFJ ; Etude d'avocat Aufiero Legal à 3178 Bösingen, spécialisé en droit de l'image et en droit d'auteur ; aufieroavocat@bluewin.ch.

BIBLIOGRAPHIE

Aubry Girardin Florence, Commentaire de l'article 83 LTF, in: Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice (éd.), Commentaire de la LTF, 3ème éd., Berne 2024, p. 1196-1311.

Aufiero Giuseppe, Asile-extradition : de la coordination à l'unification, Bâle 2018 (cité : Aufiero).

Forster Marc, Kommentar des Art. 84 BGG, in Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Auf., Basel 2018.

Heimgartner Stefan, Auslieferungsrecht, Zurich-Bâle-Genève 2002.

684. Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6ème éd. 2024, N 883; arrêt du TPF RR.2022.151+ RP.2022.36 consid. 3.6 et références citées.

Heimgartner Stefan, Kommentar des Art. 55a IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht – IRSG – GwÜ, Basel 2015 (cité : BSK-Heimgartner, art. 55a EIMP).

Ludwiczak Glassey Maria, Commentaire de l'article 55a EIMP, in : Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit Commentaire, EIMP, Loi sur l'entraide pénale internationale, Bâle 2024 (cité : PC-EIMP, art. 55a N 3.).

Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Auf., Basel 2018.

Vena Mario, Parallele Asyl- und Auslieferungsverfahren, Asyl 2007/2, p. 3-17 (cité: Vena).

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6ème éd., Berne 2024.

DOCUMENTS OFFICIELS

Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition du 24 février 2010, FF 2010 1333 (cité: FF 2010 1333).

Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition du 1er octobre 2010 (RO 2011 925) (cité: RO 2011 925).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 63 EIMP

Un commentaire de Marta Stelzer-Wieckowska

PROPOSITION DE CITATION

Marta Stelzer-Wieckowska, Commentaire de l'art. 63 EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Stelzer-Wieckowska, art. 63 EIMP N. XXX.

Troisième partie Autres actes d'entraide

Chapitre 1 Conditions

Section 1 Généralités

Art. 63 Principe

[1] L'entraide au sens de la troisième partie de la présente loi comprend la communication de renseignements, ainsi que les actes de procédure et les autres actes officiels admis en droit suisse, lorsqu'ils paraissent nécessaires à la procédure menée à l'étranger et liée à une cause pénale, ou pour récupérer le produit de l'infraction.

[2] Les actes d'entraide comprennent notamment:

a. la notification de documents;

b. la recherche de moyens de preuve, en particulier la perquisition, la fouille, la saisie, l'ordre de production, l'expertise, l'audition et la confrontation de personnes;

c. la remise de dossiers et de documents;

d. la remise d'objets ou de valeurs en vue de confiscation ou de restitution à l'ayant droit.

[3] Par procédure liée à une cause pénale, il faut entendre notamment:

a. la poursuite d'infractions, au sens de l'art. 1, al. 3;

b. les mesures administratives à l'égard de l'auteur d'une infraction;

c. l'exécution de jugements pénaux et la grâce;

d. la réparation pour détention injustifiée.

[4] L'entraide peut aussi être accordée à la Cour européenne des droits de l'homme et à la Commission européenne des droits de l'homme, dans les procédures qui concernent la garantie des droits de l'homme et des libertés fondamentales en matière pénale.

[5] L'entraide visant à décharger la personne poursuivie peut être accordée nonobstant l'existence de motifs d'irrecevabilité au sens des art. 3 à 5.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 266
A. Historique de la norme 266
B. Signification de la norme et lien avec d'autres dispositions 266
II. Notion de petite entraide judiciaire et condition de nécessité, art. 63 al. 1 EIMP . 267
A. Contenu 267
1. Renseignements 268
2. Actes de procédure et autres actes officiels 268
B. Nécessité pour la procédure étrangère 269
1. Lien avec l'infraction 269
2. Obligation de coopérer lors de l'examen de la proportionnalité 270
3. Principe de proportionnalité 271
III. Mesures de petite assistance judiciaire, art. 63 al. 2 EIMP 271
A. Généralités 271
B. Notification de documents (art. 63 al. 2 let. a EIMP) 272
C. Obtention de preuves (art. 63, al. 2, let. b, EIMP) 273
1. Généralités 273
2. Auditions 273
3. Perquisitions 275
4. Saisies d'objets et de valeurs patrimoniales 277
5. Mesures de surveillance secrètes 278
D. Remise de dossiers et de documents (art. 63 al. 2 let. c EIMP) 279
E. Remise de biens ou de valeurs patrimoniales en vue de leur confiscation ou de leur restitution à l'ayant droit (art. 63 al. 2 let. d EIMP) 279
IV. « Procédure en matière pénale », art. 63 al. 3 EIMP 279
V. Destinataires de l'entraide judiciaire mineure, art. 63, al. 4, EIMP 280
VI. Entraide judiciaire en vue de la décharge de la personne poursuivie, art. 63, al. 5, EIMP 280
Bibliographie 281
Matériaux 284

I. GÉNÉRALITÉS

A. Historique de la norme

1 L'art. 63 EIMP n'a **pas été modifié de manière significative** depuis l'entrée en vigueur de la loi. Dans le cadre de la révision de l'EIMP de 1995, les exemples de mesures d'entraide judiciaire prévus à l'al. 2 ont été classés et complétés afin de mieux refléter l'activité des autorités d'exécution. Certaines formes d'obtention de preuves ont été expressément mentionnées (al. 2 let. b). La remise d'objets ou de valeurs patrimoniales en vue de leur confiscation ou de leur restitution, désormais réglée à l'art. 74*a* EIMP, a été mentionnée à l'art. 63, al. 2, let. d, EIMP. Pour des raisons de systématique, la remise a été déplacée à un autre endroit de l'EIMP (art. 20*a* EIMP).

2 Le projet EIMP contenait en outre une norme visant à réglementer plus précisément la **protection de la sphère secrète**, en particulier celle des tiers (art. 61 E-EIMP). C'est probablement pour cette raison que le message ne précisait pas la condition de la nécessité de l'acte d'entraide (art. 63 al. 1 EIMP), bien que l'interprétation de cette notion soit importante pour la protection de la sphère privée des personnes concernées par l'entraide. Dans la version de la loi entrée en vigueur, l'art. 61 P-EIMP ou une norme correspondante. L'interprétation de la notion de nécessité de l'acte d'entraide a donc été laissée à la jurisprudence (cf. principe de proportionnalité ci-dessous n. 17 ss).

B. Signification de la norme et lien avec d'autres dispositions

3 L'art. 63 EIMP définit la notion de **petite** entraide judiciaire (également appelée entraide **accessoire**). L'al. 1 contient également un ancrage important du principe de la **proportionnalité** de la mesure d'entraide judiciaire/de l'entraide judiciaire (cf. ci-dessous N. 17 ss).

4 L'art. 63 EIMP et l'ensemble de la troisième partie de l'EIMP ne contiennent que peu d'indications sur les mesures d'entraide judiciaire concrètes. Les actes de procédure doivent être accomplis conformément au **droit de procédure pénale** applicable, en vertu de l'art. 12, al. 1, EIMP. Les règles détaillées relatives à l'exécution des mesures concrètes (par ex. auditions, perquisitions) se trouvent donc en règle générale dans le CPP (autorité

d'exécution : ministère public) ou dans la DPA (autorité d'exécution : autorité administrative fédérale).

Certaines mesures sont réglées plus en détail dans d'autres dispositions de l'EIMP et de l'OEIMP (par ex. notifications, art. 68 s. EIMP, art. 29 s. OEIMP ; remise de moyens de preuve, art. 74 EIMP ; saisie et remise en vue de la confiscation ou de la restitution, art. 74*a* EIMP, art. 33*a* OEIMP). 5

L'art. 75 EIMP précise qui peut présenter une demande de petite entraide judiciaire au sens de l'art. 63 EIMP («les autorités chargées de poursuivre les infractions ou de statuer dans d'autres procédures auxquelles la présente loi est applicable»). 6

En vertu de l'**art. 75a EIMP**, les autorités supérieures de police de la Confédération et des cantons peuvent également présenter en leur propre nom des demandes de petite entraide judiciaire lorsqu'il s'agit de mesures n'impliquant pas l'usage de la contrainte procédurale (art. 75*a* al. 2 let. a EIMP, cf. art. 35 OEIMP) et s'il ne s'agit pas de la remise de décisions pénales ou de dossiers pénaux (art. 75*a* al. 2 let. c EIMP). Ces cas relèvent systématiquement de la coopération de police. Si une autorité de police suisse est sollicitée, l'entraide est accordée sans décision finale (cf. art. 35 OEIMP). La personne éventuellement concernée par la mesure ne dispose d'aucun moyen de recours et la condition de la double incrimination n'est pas applicable. 7

En vertu de l'art. 63 al. 3 let. a EIMP, la petite entraide judiciaire est accordée pour la poursuite d'infractions visées à l'**art. 1 al. 3 EIMP**, c'est-à-dire dans les affaires pénales pour lesquelles le juge peut être saisi selon le droit de l'État requérant. L'art. 63 al. 3 let. b à d EIMP précise ce qu'il faut entendre par là et énumère des exemples de procédures liées à une procédure pénale dans lesquelles la petite entraide judiciaire peut être accordée (mesures administratives à l'encontre d'un délinquant, exécution de jugements pénaux, grâce et réparation pour détention injustifiée). 8

II. NOTION DE PETITE ENTRAIDE JUDICIAIRE ET CONDITION DE NÉCESSITÉ, ART. 63 AL. 1 EIMP

A. Contenu

L'art. 63 al. 1 EIMP précise l'**étendue et le but** de la petite entraide judiciaire. 9

1. Renseignements

10 La petite entraide judiciaire peut notamment consister en la communication de **renseignements** qui sont déjà à la disposition des autorités ou qui peuvent être obtenus sans recours à la contrainte. Il s'agit par exemple des informations figurant au casier judiciaire ou des informations sur l'identité ou le séjour d'une personne (cf. également art. 77, al. 2, EIMP). La communication de telles informations n'entraîne en règle générale aucune atteinte aux droits fondamentaux, ou seulement une atteinte minime. La communication d'informations sur le droit pénal ou la procédure pénale ne relève pas de la petite entraide judiciaire.

11 La communication de certains documents et informations peut également avoir lieu dans le cadre de la **coopération policière** mentionnée à l'art. 75*a* EIMP (cf. N. 7 ci-dessus).

2. Actes de procédure et autres actes officiels

12 En vertu de l'art. 63, al. 1, EIMP, l'entraide judiciaire restreinte comprend les **actes de procédure** admissibles selon le droit suisse. Entrent en ligne de compte diverses mesures qui ne sont pas mentionnées individuellement dans l'EIMP et auxquelles le droit de procédure pénale s'applique (cf. également art. 12, al. 1, EIMP). Il peut s'agir aussi bien de mesures de contrainte (par ex. perquisitions, cf. art. 196 ss et art. 241 ss CPP) que d'actes non coercitifs (notifications, cf. art. 68 et art. 69 al. 2 EIMP ; éditions).

13 Malgré ces éléments de procédure pénale, on considère que la procédure d'entraide judiciaire en général, et la procédure d'entraide judiciaire mineure en particulier, sont des procédures de nature **administrative**, dans lesquelles les règles de procédure pénale ne s'appliquent que lors de l'exécution de mesures de procédure pénale.

14 Les actes qui sont admissibles selon le droit de l'État requis ou en vertu d'un accord international, mais qui ne sont pas prévus par le droit pénal suisse, ne peuvent **être accomplis**.

15 Les «**autres actes administratifs**» n'ont pas été définis dans l'EIMP. En vertu de l'art. 25 OEIMP, la surveillance de personnes condamnées avec sursis ou libérées de leur peine avec sursis est également considérée comme un acte officiel. L'art. 271 CP est pertinent pour déterminer la notion d'« acte officiel ».

Il punit l'exécution sur le territoire suisse, sans autorisation, d'actes destinés à un État étranger, lorsque ces actes sont destinés à une autorité ou à un fonctionnaire. Cela détermine indirectement quels actes de souveraineté doivent être accomplis dans le cadre de l'entraide judiciaire en vertu des principes de souveraineté et de territorialité.

B. Nécessité pour la procédure étrangère

Conformément à l'art. 63, al. 1, EIMP, les mesures doivent apparaître **nécessaires à** la procédure à l'étranger ou servir à la restitution du produit du crime. 16

La nécessité de la petite entraide judiciaire pour la procédure étrangère ou pour la remise du produit du crime détermine l'étendue de l'entraide judiciaire à fournir et est considérée comme l'expression du **principe de proportionnalité**. La mesure demandée doit tout d'abord être appropriée, nécessaire et proportionnée au sens strict. Deuxièmement, il doit exister un lien de connexité suffisant entre la mesure et la procédure pénale étrangère (interdiction de la recherche illicite de preuves/« fishing expeditions »). 17

Il n'est pas requis que l'autorité requérante ait épuisé ses propres possibilités d'obtenir des preuves (**pas de subsidiarité** de la petite entraide judiciaire en tant que telle). 18

1. Lien avec l'infraction

La demande d'entraide judiciaire, en particulier les faits exposés (cf. art. 28, al. 3, let. a, EIMP), doit permettre de constater l'existence d'un **lien entre les mesures demandées et la procédure pénale étrangère**. 19

L'autorité requérante doit être soutenue dans l'élucidation des faits par la prestation d'entraide judiciaire. Pour cette raison, il n'est **pas exigé** qu'elle expose les faits de manière exhaustive et sans aucune contradiction dans la demande d'entraide judiciaire. 20

L'autorité suisse requise est en principe liée par l'exposé des faits figurant dans la demande, à moins que ceux-ci ne soient « immédiatement réfutés par des erreurs manifestes, des lacunes ou des contradictions ». Une grande **confiance** est accordée à l'ensemble du contenu de la demande d'entraide judiciaire et aux descriptions fournies par l'État requérant. 21

22 Sur la base des informations contenues dans la demande d'entraide judiciaire, l'autorité requise doit être en mesure de vérifier la condition de la double incrimination si des mesures de contrainte au sens de l'art. 64 al. 1 EIMP ont été demandées et de vérifier s'il s'agit d'une infraction pour laquelle l'entraide judiciaire est admissible (cf. en particulier l'art. 3 EIMP).

23 Le lien de connexité fait défaut lorsque les mesures demandées « n'ont aucun rapport avec l'infraction poursuivie et sont manifestement inappropriées pour faire avancer l'enquête » et qu'elles ne sont « certainement pas pertinentes » pour la procédure à l'étranger. La pertinence **potentielle** des mesures pour la procédure à l'étranger suffit en principe.

24 L'**appréciation** des preuves, la constatation des faits et la décision sur la culpabilité de la personne poursuivie relèvent de la compétence du tribunal étranger compétent et non de l'autorité requise. L'État requis ne peut « se substituer à l'autorité chargée de l'enquête pour apprécier les preuves », car il « ne dispose pas des moyens qui lui permettraient de se prononcer sur l'utilité de certaines preuves dans la procédure étrangère ». ne dispose pas des moyens qui lui permettraient de se prononcer sur l'utilité de certaines preuves dans la procédure étrangère ». La décision quant à la nécessité des preuves demandées pour la procédure pénale est donc généralement laissée à l'État requérant et n'est remise en cause que dans des cas exceptionnels.

2. Obligation de coopérer lors de l'examen de la proportionnalité

25 Il appartient en principe à l'État requis de vérifier s'il existe un lien entre les mesures d'entraide judiciaire demandées et la procédure à l'étranger. La personne concernée par la mesure d'entraide judiciaire est également tenue de **coopérer**, en particulier dans le cas d'enquêtes complexes et de pièces à conviction volumineuses, car l'autorité requise n'a que des possibilités limitées de déterminer quelles pièces à conviction ne sont pas pertinentes pour la procédure dans l'État requérant. Selon le TF, l'obligation de collaborer découle de l'art. 5, al. 3, Cst. (les organes de l'État et les particuliers agissent selon les règles de la bonne foi).

26 La personne concernée doit formuler ses **objections** à la transmission de preuves en temps utile (dès le stade de l'exécution de la demande) et les motiver de manière suffisante. Elle est tenue « d'indiquer clairement et précisément en quoi les documents et renseignements à transmettre excèdent

le cadre de la demande ou ne présentent aucun intérêt pour la procédure étrangère ». Les objections insuffisamment motivées peuvent être considérées comme une contestation irrecevable des faits et ne sont pas prises en considération.

Selon le TF, la méconnaissance de la langue officielle ne dispense pas la personne concernée de son **obligation de collaborer**. Si la personne concernée n'a pas formulé d'objections en première instance alors qu'elle en avait la possibilité, elle ne peut le faire dans la procédure de recours. Si la formulation d'objections n'était pas possible en première instance, la personne concernée est tenue de les formuler dans la procédure de recours. 27

L'obligation de collaborer de la personne concernée ne dispense toutefois pas l'autorité d'exécution de l'obligation de procéder à un **triage** des documents saisis. 28

3. Principe de proportionnalité

L'État requis ne peut accorder l'entraide judiciaire à l'État requérant que dans la mesure où celle-ci a été demandée (**principe de proportionnalité**). 29

Selon la jurisprudence, la demande d'entraide judiciaire doit toutefois être interprétée de manière généreuse en faveur de l'État requérant afin d'éviter des demandes complémentaires et des retards inutiles. Conformément au **principe de célérité et de facilité de l'entraide judiciaire**, des éléments de preuve qui ne présentent pas de lien direct avec les faits exposés dans la demande d'entraide judiciaire peuvent également être transmis. 30

L'interdiction de l'excès est également atténuée par le fait que les informations qui ne sont pas directement pertinentes peuvent, dans certaines circonstances, être transmises en tant qu'éléments potentiellement **à décharge**. 31

III. MESURES DE PETITE ASSISTANCE JUDICIAIRE, ART. 63 AL. 2 EIMP

A. Généralités

L'art. 63 al. 2 EIMP contient une énumération **non exhaustive** des actes d'entraide judiciaire. Les mesures qui y sont expressément mentionnées, à 32

savoir les notifications, les perquisitions, les saisies, les auditions, la remise de dossiers, de documents, d'objets et de valeurs patrimoniales, font partie des mesures fréquentes d'entraide judiciaire accessoire et sont également prévues dans la procédure pénale nationale.

33 Les mesures plus modernes d'obtention de preuves ou les mesures qui n'entrent en ligne de compte que dans des situations transfrontalières n'ont pas été mentionnées à l'art. 63 EIMP. Certaines **nouvelles mesures** d'obtention de preuves ont été partiellement réglementées à d'autres endroits de l'EIMP (surveillance de la correspondance postale et des télécommunications, art. 18*a* EIMP ; surveillance en temps réel et transmission de données de trafic électroniques, art. 18*b* EIMP).

34 **D'autres mesures** figurent dans des accords internationaux (par ex. l'audition par vidéoconférence, art. 9 AP II de la CEEJ ; la sauvegarde immédiate des données informatiques, art. 29 CCC ; la collecte en temps réel de données relatives au trafic et au contenu, art. 33 s. CCC ; la livraison surveillée, art. 18 ZP II EÜR ; l'investigation discrète, art. 19 ZP II EÜR).

35 L'**observation transfrontalière** (art. 17 AP II EEA) et les **équipes communes d'enquête** (art. 80*d*^{ter} ss EIMP et art. 20 AP II EEA) font également partie de l'entraide judiciaire restreinte.

36 En vertu de l'art. 63 al. 1 EIMP, d'autres mesures prévues dans le CPP sont également admissibles, même si elles ne sont pas régies par l'EIMP (par exemple la surveillance des relations bancaires, art. 284 s. CPP, analyses d'ADN, art. 255 ss CPP, enregistrement des signes distinctifs, échantillons d'écriture et d'empreintes vocales, art. 260 ss CPP). En vertu du **principe de la clémence** en matière d'entraide judiciaire, les mesures prévues dans l'EIMP et dans le CPP sont également admissibles dans le cadre de l'entraide judiciaire contractuelle, même si elles ne sont pas prévues dans le traité concret.

B. Notification de documents (art. 63 al. 2 let. a EIMP)

37 La condition de la double incrimination n'a pas à être remplie pour la notification de documents, car la mesure est prise **sans recours à la contrainte** (cf. art. 64 al. 1 EIMP).

D'autres règles concernant les notifications, en particulier les citations à comparaître, figurent aux **art. 68 et 69 EIMP**. La personne qui reçoit une citation à comparaître n'est pas tenue d'y donner suite (art. 69, al. 1, EIMP). 38

Les citations à comparaître assorties de **menaces de mesures de contrainte** ne sont pas notifiées (art. 63, al. 2, EIMP). Les décisions et les ordonnances pénales sont des décisions pénales qui doivent en principe être notifiées par la voie d'entraide judiciaire. 39

À l'exception des citations à comparaître, les documents peuvent être notifiés **directement** par la poste aux personnes qui ne sont pas elles-mêmes poursuivies dans la procédure étrangère (art. 30, al. 1, OEIMP). Les documents au sens de l'art. 30, al. 1, OEIMP comprennent les dossiers judiciaires et autres documents de la procédure étrangère. La notification directe par la poste de documents en matière pénale est admissible en cas d'infractions à la circulation routière (art. 30, al. 2, OEIMP). La notification directe est également admissible si cela a été convenu entre la Suisse et l'État étranger en vertu du droit international (multilatéral ou bilatéral). Au sein de l'Europe, certains actes judiciaires peuvent être notifiés directement en vertu de l'art. 52, al. 1, CAAS. 40

C. Obtention de preuves (art. 63, al. 2, let. b, EIMP)

1. Généralités

L'art. 63 al. 2 let. b EIMP contient une liste non exhaustive des mesures d'entraide en matière de preuve. Comme indiqué plus haut (N. 32 ss), les mesures d'obtention de preuves prévues par le droit suisse de procédure pénale ou par des traités d'entraide multilatéraux ou bilatéraux sont admissibles. Elles sont généralement ordonnées dans une **décision incidente**. 41

Certaines mesures d'obtention de preuves, notamment la sauvegarde de moyens de preuve menacés, peuvent être ordonnées à titre de **mesures provisoires** en vertu de l'art. 18 EIMP. 42

2. Auditions

En vertu de l'art. 12 al. 1 EIMP, les art. 142 ss CPP (les règles générales) s'appliquent aux auditions, ainsi que les dispositions régissant l'audition du 43

prévenu (art. 157 ss CPP), du témoin (art. 162 ss CPP) et de la personne appelée à fournir des renseignements (art. 178 ss CPP).

44 Le **rôle dans lequel** la personne doit être entendue devrait en règle générale ressortir de la demande d'entraide judiciaire (cf. art. 28 EIMP). En cas de doute à ce sujet ou de contradictions manifestes dans la demande d'entraide judiciaire, il convient que l'État requis complète ou rectifie sa demande au sens de l'art. 78, al. 3, ou de l'art. 80*o* EIMP.

45 La personne entendue bénéficie des **droits de refuser de témoigner** prévus par le droit suisse (art. 9 EIMP). Les droits de refuser de témoigner prévus par le droit de l'État requérant s'appliquent également (art. 65, al. 3, EIMP).

46 En vertu de l'**art. 65 al. 3 EIMP**, la personne entendue peut également refuser de témoigner si, selon le droit de l'État requérant ou de l'État dans lequel elle réside, .

47 Sur demande expresse de l'État étranger, des **formes de confirmation** prévues par le droit de l'État requérant peuvent être respectées lors de l'audition de témoins et d'experts (art. 65, al. 1, let. a, EIMP). Cela à condition qu'elles soient compatibles avec le droit suisse et qu'elles ne causent pas de désavantages importants pour les parties (art. 65 al. 2 EIMP).

48 Parmi les mesures d'entraide judiciaire mineures, on peut envisager l'audition **classique** d'une personne sur place, mais aussi sous forme de vidéoconférence (art. 144 CPP en relation avec l'art. 12, al. 1, EIMP, cf. également art. 9, ZP II EÜR).

49 L'audition par **vidéoconférence** est effectuée, conformément à l'art. 9, al. 5, let. c, ZP II ad EÜR, par l'autorité de l'État requérant selon son droit. Elle se distingue en cela de l'audition classique sur place. L'autorité requise établit un procès-verbal et doit intervenir si l'audition viole les principes fondamentaux de l'ordre juridique de l'État requis (art. 9 al. 5 let. c et al. 6 ZP II EÜR).

50 Étant donné que l'autorité requérante pose directement les questions et obtient les informations immédiatement avant la clôture de la procédure d'entraide judiciaire, les conditions de présence des parties étrangères à la procédure prévues à l'art. 65a EIMP doivent être remplies selon la jurisprudence.M., les conditions requises pour la présence des parties étrangères à la procédure selon **l'art. 65*a* EIMP** doivent être remplies. Il convient de prendre les mêmes **mesures de précaution** qui seraient

nécessaires en cas de présence de l'autorité étrangère sur place (par exemple, l'obligation pour l'autorité requise de ne pas utiliser les informations avant que la procédure d'entraide judiciaire ne soit définitivement close).

Une **audition téléphonique** dans le cadre de l'entraide judiciaire est considérée comme irrecevable en Suisse selon la doctrine dominante, car elle n'est pas réglementée par le droit pénal suisse. Et ce, bien qu'elle soit prévue à l'art. 10 ZP II EÜR. 51

3. Perquisitions

La perquisition dans le cadre de l'entraide judiciaire sert à trouver les objets, documents ou valeurs patrimoniales qui doivent être **remis à** l'État requérant soit comme moyens de preuve, soit en vue de leur confiscation ou de leur restitution en vertu des art. 74 et 74*a* EIMP. 52

L'EIMP ne contient pas de dispositions particulières concernant l'exécution de la perquisition. Conformément à l'art. 12, al. 1, EIMP, les dispositions générales sur les perquisitions et les investigations (art. 241 ss CPP), sur la perquisition des maisons, des appartements et des locaux non accessibles au public (art. 244 s. CPP) et sur la perquisition de documents (art. 246 ss CPP) sont applicables. Il convient également de respecter les conditions générales des mesures de contrainte (art. 197 ss CPP), en particulier les exigences relatives à la **proportionnalité** de la mesure (art. 197 CPP). 53

L'art. 9, al. 2, EIMP souligne que les dispositions pertinentes du CPP (art. 246 à 248 CPP) s'appliquent par analogie à la **perquisition de documents**. Il n'est pas rare que l'autorité requise ait à traiter un volume important de documents. Dans certaines circonstances, il peut donc être nécessaire de procéder d'abord à un tri sommaire, puis au tri proprement dit des documents ou des données. 54

L'autorité requise trie les éléments de preuve qui ne sont pas pertinents pour la procédure étrangère (voir ci-dessus N. 25 ss et N. 29 ss). Le **triage** peut être effectué selon des « mots-clés » déterminés. Il est également possible de faire appel à des personnes qui assistent l'autorité requise dans le tri effectif (cf. art. 65a EIMP). La personne qui bénéficie d'un droit de participation en vertu de l'art. 80*b* EIMP n'a toutefois pas le droit d'être présente lors du tri. 55

56 L'art. 9*a* let. b OEIMP précise que lors des **perquisitions domiciliaires**, le propriétaire ou le locataire est considéré comme personnellement et directement concerné au sens des art. 21 al. 3 et 80h EIMP. Seule la personne qui a la maîtrise effective des locaux perquis est donc en principe légitimée à former un recours.

57 La possibilité de **mettre sous scellés** les enregistrements et les objets en vertu de l'art. 248 CPP revêt une importance pratique dans la procédure d'entraide judiciaire. La mise sous scellés vise à empêcher l'autorité d'exécution de prendre connaissance d'informations qui ne sont pas pertinentes pour la procédure dans l'État requérant.

58 La question de savoir si seul le **titulaire effectif** des enregistrements est habilité à demander la mise sous scellés ou si d'autres personnes ayant un intérêt juridiquement protégé à ces enregistrements peuvent également le faire est en partie controversée. On postule toutefois que le droit de sceller revient également, dans certaines circonstances, à d'autres personnes intéressées, même si elles ne sont pas légitimées à former un recours au sens de l'art. 80*h* let. b EIMP. Le TF a laissé ouverte la question de savoir dans quelle mesure la mise sous scellés permet non seulement de protéger le droit de refuser de témoigner afin de préserver la sphère secrète, mais aussi, par exemple, d'invoquer des obstacles à l'entraide judiciaire. des obstacles à l'entraide judiciaire.

59 La décision de levée du scellement est prise par le **tribunal des mesures de contrainte** cantonal compétent (lorsque l'autorité d'exécution est une autorité cantonale ou le Ministère public de la Confédération) ou par la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (lorsque la mesure d'entraide judiciaire est exécutée par une autorité administrative fédérale).

60 La décision relative à la levée des scellés est traitée comme une décision incidente du tribunal des mesures de contrainte dans la procédure d'entraide judiciaire et **aucun recours pénal** ne peut être formé.

61 Selon l'art. 80*e* al. 2 EIMP, une décision relative à la levée des scellés sur des documents n'est en principe **pas susceptible de recours**, car la prise de connaissance du contenu des enregistrements par l'autorité d'exécution n'entraîne pas de « préjudice irréparable » ; le préjudice éventuel ne survient qu'au moment de la remise des enregistrements à l'autorité requérante et ne fait l'objet d'une décision que dans la décision finale. La décision de lever les

scellés ne peut donc en principe être contestée qu'avec la décision finale (cf. art. 80*e* al. 1 EIMP).

En vertu de l'art. 76 let. c EIMP, l'État qui demande la perquisition doit joindre à sa demande une **confirmation de la recevabilité** de la mesure. Le mandat de perquisition ou de saisie joint à la demande vaut confirmation suffisante (art. 31 al. 2 OEIMP). 62

4. Saisies d'objets et de valeurs patrimoniales

Conformément à l'art. 12 al. 1 EIMP, les dispositions de procédure pénale relatives à la saisie sont applicables (art. 263 ss CPP). Peuvent être saisis les **objets et valeurs patrimoniales** qui servent de moyens de preuve (art. 263 al. 1 let. a CPP ; voir aussi art. 74 EIMP), la saisie en vue de la confiscation à titre de garantie et la saisie en vue de la confiscation du patrimoine (art. 263 al. 1 let. d CPP) et la saisie en vue de la restitution à la victime (art. 263 al. 1 let. c CPP). 63

Selon le TF, la remise en vue du remboursement de **créances de substitution** (et également la saisie de valeurs patrimoniales à cette fin) n'est pas possible dans le cadre de l'entraide judiciaire mineure. Dans de tels cas, l'entraide en matière d'exécution au sens des art. 94 ss EIMP peut toutefois être envisagée. 64

L'art. 33*a* OEIMP mentionne la **durée maximale** de la saisie de biens ou de valeurs patrimoniales qui doivent être remis sur la base d'une décision exécutoire de l'État requis (cf. art. 74*a* al. 3 EIMP). Ces objets restent saisis jusqu'à ce que la décision soit rendue ou que l'État requérant communique qu'une telle décision ne peut plus être rendue (notamment en raison de la prescription). 65

Le **blocage secret de comptes**, qui n'est pas réglementé par la loi, fait partie des mesures d'entraide judiciaire fréquentes. La base légale de cette mesure est constituée par l'art. 80*n* EIMP et l'art. 8, al. 2, LF-EIMP. 66

La saisie peut prendre plus de temps dans le cadre de l'entraide judiciaire mineure au sens de l'art. 74a EIMP, car il faut en principe une décision exécutoire de l'État requérant (cf. art. 74, al. 3, EIMP) ou que les conditions pour une **early release** soient remplies. 67

68 La question de savoir si la durée de la saisie est encore proportionnée dépend des circonstances du cas d'espèce. Une saisie d'une durée d'un à **deux ans** est en principe considérée comme proportionnée. Pour des mesures de plus longue durée, il est notamment tenu compte de la complexité de la procédure et de l'activité ou de l'inaction de l'autorité requérante et de l'autorité requise. Il n'est toutefois pas possible de fixer une limite à partir de laquelle une saisie de plus longue durée serait disproportionnée.

5. Mesures de surveillance secrètes

69 En ce qui concerne les mesures de surveillance, il n'est pas rare que, pour des raisons tactiques liées à l'enquête, il soit nécessaire de transmettre les preuves recueillies aux fins de la procédure étrangère avant la clôture de la procédure d'entraide judiciaire (cf. art. 80*d*^{bis} EIMP, dite **entraide judiciaire dynamique**).

70 La **surveillance de la correspondance postale et des télécommunications** (art. 18*a* al. 2 ss EIMP) est une mesure d'entraide judiciaire mineure qui peut être envisagée. Il est en principe incontesté que ces mesures sont admissibles dans le cadre de l'entraide judiciaire. Outre les conditions prévues par le droit de l'entraide judiciaire, les conditions cumulatives des art. 269 ss CPP doivent toutefois être remplies (cf. art. 18*a* al. 4 EIMP).

71 L'art. 18*b* EIMP prévoit la transmission de **données de trafic** électroniques. Il ne s'agit pas ici de données de contenu, mais d'autres données collectées dans le cadre de la surveillance. La possibilité de transmettre prématurément des données de contenu est donc régie par l'art. 80*d*^{bis} EIMP.

72 La **surveillance au moyen d'appareils techniques** (art. 280 s. CPP) est mentionnée à l'art. 18*b* al. 1 let. b EIMP. Les appareils de surveillance au sens de l'art. 280 CPP comprennent par exemple les micros, les caméras, les traceurs GPS et les méthodes de surveillance des appareils électroniques (p. ex. les enregistreurs de frappe). La question de savoir si l'art. 18*b* al. 1 let. b EIMP constitue une base légale suffisante pour ordonner ces mesures dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire est en partie controversée.

73 Les **investigations secrètes** et **l'observation transfrontière** dans le cadre de la petite entraide judiciaire n'ont pas été prévues dans l'EIMP et ne sont donc admissibles que si un traité international les autorise. L'investigation

secrète est donc possible en vertu de l'art. 19 AP II EEA, et l'observation transfrontière est régie par l'art. 17 AP II EEA, ainsi que dans le cadre de la coopération policière prévue à l'art. 40 CAAS et dans des accords conclus avec certains pays européens.

D. Remise de dossiers et de documents (art. 63 al. 2 let. c EIMP)

L'art. 74
63 al. 2 let. c EIMP vise la remise à des fins de preuve (art. 74 al. 1 EIMP). **L'art. 74 al. 1 EIMP** règle les aspects supplémentaires de la remise de moyens de preuve (notamment les droits des tiers de bonne foi, art. 71 al. 2 EIMP, et le sursis à la remise, art. 74 al. 3 EIMP).

L'art. 63 al. 2 let. c EIMP ne mentionne que les dossiers et les documents 75
écrits. D'**autres moyens de preuve** (objets, valeurs patrimoniales) peuvent toutefois être remis (cf. art. 74 al. 1 EIMP).

Il peut s'agir de pièces à conviction qui se trouvent déjà entre les mains de 76
l'autorité requise ou qui peuvent être obtenues sans recours à la contrainte (par exemple dossiers, procès-verbaux d'audition provenant d'autres procédures). Entrent également en ligne de compte les moyens de preuve que l'autorité d'exécution doit d'abord recueillir (cf. art. 63, al. 2, let. b, EIMP).

E. Remise de biens ou de valeurs patrimoniales en vue de leur confiscation ou de leur restitution à l'ayant droit (art. 63 al. 2 let. d EIMP)

La remise de biens ou de valeurs patrimoniales en vue de leur confiscation ou 77
de leur restitution est régie par l'**art. 74*a* EIMP**.

Cet article précise également quels objets ou valeurs patrimoniales peuvent 78
être remis (art. 74*a* al. 2 let. a à c EIMP) ainsi que les conditions dans lesquelles la remise peut avoir lieu (art. 74*a* al. 3 à 7 EIMP).

IV. « PROCÉDURE EN MATIÈRE PÉNALE », ART. 63 AL. 3 EIMP

L'art. 63, al. 3, EIMP énumère **des exemples** de procédures en « matière 79
pénale » au sens de l'art. 1, al. 3, EIMP pour lesquelles la petite entraide

judiciaire peut être accordée. Il s'agit notamment de la poursuite d'infractions au sens de l'art. 1, al. 3, EIMP (art. 63, al. 3, let. a, EIMP), les mesures administratives à l'encontre d'un délinquant (art. 63 al. 3 let. b EIMP), l'exécution de jugements pénaux, la grâce (art. 63 al. 3 let. c EIMP) et la réparation pour détention injustifiée (art. 63 al. 3 let. d EIMP).

80 Il ne s'agit pas d'une énumération exhaustive (« notamment »).

81 La notion de procédure en matière pénale doit être interprétée **au sens large**. Elle peut également englober des procédures étroitement liées à la procédure pénale. Pour déterminer s'il s'agit d'une procédure en matière pénale, il convient, conformément au principe de la coopération judiciaire, de tenir compte du fait que les procédures et les compétences des autorités peuvent être différentes dans l'État requis et en Suisse.

V. DESTINATAIRES DE L'ENTRAIDE JUDICIAIRE MINEURE, ART. 63, AL. 4, EIMP

82 L'entraide judiciaire mineure en matière pénale, tout comme l'entraide judiciaire internationale en matière pénale en général, est en principe accordée aux **États étrangers**.

83 L'art. 63, al. 4, EIMP prévoit une exception à cette règle. L'entraide judiciaire mineure peut également être accordée à la **Cour européenne des droits de l'homme**. D'autres exceptions figurent à l'art. 1, al. 3bis (entraide judiciaire aux tribunaux internationaux ou à d'autres institutions interétatiques ou supranationales ayant des fonctions de puissance pénale) et al. 3ter EIMP (jusqu'à présent, sur la base de cette norme : l'entraide judiciaire au Parquet européen). La réglementation de la coopération avec la Cour pénale internationale fait l'objet d'une loi distincte.

VI. ENTRAIDE JUDICIAIRE EN VUE DE LA DÉCHARGE DE LA PERSONNE POURSUIVIE, ART. 63, AL. 5, EIMP

84 En vertu de l'art. 63, al. 5, EIMP, l'entraide judiciaire restreinte peut **à titre exceptionnel** être accordée même en présence des motifs d'exclusion prévus aux art. 3 à 5 EIMP, si elle vise à la décharge de la personne poursuivie.

Dans des cas complexes ou lorsque les éléments de preuve sont nombreux, il peut être difficile, voire impossible, pour l'autorité requise d'apprécier si l'entraide judiciaire à fournir est réellement **désintéressée** pour la personne poursuivie. Un problème supplémentaire réside dans le fait que l'entraide judiciaire à fournir peut potentiellement incriminer d'autres personnes et que la transmission des preuves peut permettre de contourner les motifs d'exclusion prévus aux art. 3 à 5 EIMP. 85

Tant la jurisprudence que la doctrine soulignent que cette disposition doit être appliquée de manière restrictive, un effet **potentiellement** disculpatoire n'étant pas suffisant. L'entraide judiciaire au sens de l'art. 63, al. 5, EIMP ne doit être possible que si la personne poursuivie y consent. L'effet à décharge de l'entraide judiciaire doit être nié lorsque la personne poursuivie s'oppose expressément à l'entraide. 86

Selon l'EIMP, l'octroi d'une entraide judiciaire restreinte à des fins de décharge de la personne poursuivie est également admissible à titre exceptionnel dans certaines autres situations. En vertu de l'**art. 64 al. 2 let. a EIMP**, la condition de la double incrimination n'est pas requise pour de telles mesures et, selon l'**art. 66 al. 2 EIMP**, l'entraide judiciaire peut être accordée dans de tels cas même si une procédure est pendante en Suisse contre la personne poursuivie pour les mêmes faits. 87

BIBLIOGRAPHIE

Aepli Michael, Kommentierung zu Art. 74a IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht IRSG GwÜ, Basel 2015.

Bommer Felix/Goldschmidt Peter, Kommentierung zu Art. 266 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023.

Corminboeuf Harari Corinne, Kommentierung zu Art. 74 IRSG, in: Staffler Lukas/Ludwiczak Glassey Maria (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 2.4.2024: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg74, besucht am 7.7.2025, DOI: 10.17176/20240402-171818-0).

Dangubic Miro/Clerc Yves, Art. 80dbis IRSG – ein Überblick, forumpoenale 2022, S. 287–292.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2024.

Eymann Stephanie, Die strafprozessuale Kontosperre, Basel 2009.

Eymann Stephanie, Kommentierung zu Art. 80n IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht IRSG GwÜ, Basel 2015.

Fabbri, Alberto/Furger, Andrea, Geheime Überwachungsmassnahmen in der internationalen Kooperation in Strafsachen: Ermittlungserfolg im Ausland versus Rechtsgüterschutz in der Schweiz?, ZStrR 2010, S. 394–416.

Frei, Lionel, Beschlagnahme und Einziehung als Rechtshilfemassnahmen, ZStrR 1988, S. 312 ff.

Giroud Sandrine/Aellen Louise, Kommentierung zu Art. 74a IRSG, in: Staffler Lukas/Ludwiczak Glassey Maria (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 08.01.2025: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg74a, besucht am 7.7.2025, DOI: 10.17176/20240402-171818-0).

Glutz Alexander M., Kommentierung zu Art. 9 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht IRSG GwÜ, Basel 2015.

Godenzi Gunhild, Kommentierung zu Art. 144 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Victor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich 2020.

Graf Damian, Aspekte der strafprozessualen Siegelung, AJP 2017, S. 553–568.

Heimgartner Stefan, Kommentierung zu Art. 63 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht IRSG GwÜ, Basel 2015.

Inglese Nicola, Das Beweisausforschungsverbot: Das Verbot sog. fishing expeditions und seine nationalen und grenzüberschreitenden Bezüge, Basel 2017.

Inglese Ramon, Teilnahme ausländischer Prozessbeteiligter am Verfahren der internationalen Rechtshilfe, Basel 2015.

Keller Andreas J., Kommentierung zu Art. 246 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Victor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich 2020.

Keller Andreas J., Kommentierung zu Art. 247 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Victor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich 2020.

Kuster Susanne/Mauro Raphaël, Aktuelle Herausforderungen der Beweisrechtshilfe, in: Breitenmoser Stephan/Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Internationale Amts- und Rechtshilfe in Steuer- und Finanzmarktsachen, Zürich 2017, S. 43 ff.

Mieli Gaelle, Kommentierung zu Art. 1 IRSG, in: Staffler Lukas/Ludwiczak Glassey Maria (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 08.09.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg1, besucht am 7.7.2025, DOI: 10.17176/20230908-105008-0).

Ludwiczak Maria, La proportionnalité en entraide internationale en matière pénale, AJP 2017, S. 608–612 (zit. Ludwiczak, La proportionnalité).

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 63 IRSG, in: Ludwiczak Glassey, Maria/Moreillon, Laurent (Hrsg.), Petit Commentaire EIMP: Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Ludwiczak Glassey Maria, Mesures de surveillance suisses et résultats obtenus à l'étranger, Remarques à propos de l'ATF 146 IV 36, forumpoenale 2020, S. 410–413 (zit. Ludwiczak Glassey, Mesures).

Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Niggli Marcel Alexander, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürcher Studien zum Strafrecht Bd. 113, Zürich 2022.

Thormann Olivier/Brechbühl Beat, Kommentierung zu Art. 247 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler

Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023.

Thormann Olivier/Brechbühl Beat, Kommentierung zu Art. 248 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023.

Walder Jacqueline, In dubio pro dynamische Rechtshilfe? Die vorzeitige Übermittlung nach Art. 80dbis IRSG am Beispiel geheimer Überwachungsmassnahmen und ihre Vereinbarkeit mit dem Konventionsrecht, AJP 2024, S. 824–844.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6. Aufl., Bern 2024.

MATÉRIAUX

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen und einem Bundesbeschluss über Vorbehalte zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen vom 8.3.1976 BBl 1976 II 444, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1976/2_444_430_443/de, besucht am 7.7.2025 (zit. Botschaft IRSG I).

Botschaft betreffend Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, BBl 1995 III 1, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/3_1_1_1/de, besucht am 7.7.2025 (zit. Botschaft IRSG II).

Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Entwurf, BBl 1976 II 491, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1976/2_444_430_443/de, besucht am 7.7.2025.

Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen Wegleitung, 9. Aufl. 2009 (Rechtsprechung
Stand Mai 2010) (zit. Wegleitung Rechtshilfe), abrufbar unter https://

www.rhf.admin.ch/dam/rhf/de/data/strafrecht/wegleitungen/wegleitung-strafsachen-d.pdf, besucht am 7.7.2025.

COMMENTAIRE

Art. 67 EIMP

Un commentaire de Francesca Bonzanigo

PROPOSITION DE CITATION

Francesca Bonzanigo, Commentaire de l'art. 67 EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler(édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Bonzanigo, art. 67 EIMP N. XXX.

Art. 67 Règle de la spécialité

[1] Les renseignements et les documents obtenus par voie d'entraide ne peuvent, dans l'État requérant, ni être utilisés aux fins d'investigations ni être produits comme moyens de preuve dans une procédure pénale visant une infraction pour laquelle l'entraide est exclue.

[2] Toute autre utilisation est subordonnée à l'approbation de l'office fédéral. Cette approbation n'est pas nécessaire lorsque:

a. les faits à l'origine de la demande constituent une autre infraction pour laquelle l'entraide est susceptible d'être accordée, ou

b. la procédure pénale étrangère est dirigée contre d'autres personnes ayant participé à la commission de l'infraction.

[3] L'autorisation d'assister aux actes d'entraide et de consulter le dossier (art. 65*a*, al. 1) est soumise aux mêmes conditions.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse de l'art. 67 EIMP 289
II. L'interdiction absolue d'utilisation (al. 1) 294
A. L'étendue de l'interdiction 295
B. L'infraction « pour laquelle l'entraide est exclue » 296
1. L'infraction de nature politique, militaire ou fiscale 296
2. Les faits pour lesquels la condition de la double incrimination n'est pas réalisée 298
III. L'utilisation supplémentaire des renseignements transmis (al. 2) 299
A. L'utilisation subordonnée à l'approbation de l'Office fédéral de la justice (al. 2 1ère ph.) 299
1. L'entraide dite « secondaire » 300
2. La transmission des renseignements à un État tiers 302
3. L'utilisation des renseignements dans une autre procédure pénale (controverse) 304
B. L'utilisation non subordonnée à l'approbation de l'Office fédéral de la justice .. 306
1. La nouvelle qualification juridique des faits (al. 2 let. a) 307
2. L'utilisation des renseignements à l'encontre d'autres personnes ayant participé à l'infraction (al. 2 let. b) 308
IV. Spécialité et accès anticipé aux renseignements par l'État requérant 309
A. Dans le cadre de la présence de personnes qui participent à la procédure étrangère (art. 65a EIMP) (al. 3) 309
B. Dans le cadre de la transmission spontanée (art. 67a EIMP) 311
V. Contestation judiciaire 312
Lectures complémentaires 313
Bibliographie 314

I. GENÈSE DE L'ART. 67 EIMP

L'art. 67 EIMP régit, en matière de petite entraide, le principe de la spécialité, qui prend sa source dans le droit de l'extradition[685]. Tandis que le principe de la spécialité est bien ancré parmi les principes qui régissent l'extradition, au point d'y être considéré comme un « principe du droit des gens »[686], sa consécration en matière de petite entraide est plus rare et la Suisse a initialement fait figure d'exception en transposant ce principe dans le domaine de la petite entraide[687]. 1

Le principe de la spécialité revêt le rôle d'un garde-fou des règles du droit de la petite entraide. Il vise à garantir que les renseignements transmis soient utilisés uniquement dans les limites autorisées par les autorités suisses, et ce en conformité avec les conditions auxquelles est soumise la coopération[688]. Il permet de garantir la souveraineté de l'État requis mais aussi les droits des personnes concernées par la procédure d'entraide[689]. 2

En droit suisse, la consécration du principe de la spécialité en matière de petite entraide est liée au principe de la double incrimination[690]. À la fin de la seconde Guerre mondiale, de nombreux États ont introduit des restrictions au libre trafic des paiements, tout en incriminant les comportements qui leur étaient contraires. La Suisse ne connaissait pas de telles restrictions[691] et elle 3

685. Markees, FJS 423c.

686. Schmid et al., p. 306. Voir aussi en ce sens ATF 123 IV 42, cons. 3b.

687. Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'une loi sur l'entraide internationale en matière pénale et d'un arrêté fédéral sur les réserves relatives à la convention européenne d'extradition du 8.3.1976, FF 1976 II p. 430 ss, p. 431 s. ; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le Traité d'entraide judiciaire en matière pénale conclu avec les Etats-Unis d'Amérique du 28.8.1974, FF 1974 II p. 582 ss, p. 585 ; Markees, RPS 1978, p. 131 ; Markees, RPS 1973, p. 245 ; Schultz, Secret bancaire, p. 45. Voir aussi Neyroud, p. 37 ; De Capitani, p. 404.

688. BSK IRSG-Fiolka, Art. 67 N. 1 ; Donatsch *et al.*, p. 116 ; Popp, N. 289.

689. ATF 123 IV 42, cons. 3b ; Donatsch *et al.*, 117; Unseld, p. 220 ; Zimmermann, Coopération, N. 727. Voir en ce sens aussi Schmid *et al.*, p. 307 s.

690. JAAC Ciurleo, du 23.9.1957, cons. 6d. Voir aussi en particulier Markees, RPS 1973, p. 246 s, qui retient que : « *Sinn une Zweck der Anwendung des Spezialitätsgrundsatzes bei der Rechtshilfe ist also, dass der ersuchte Staat weder direkt noch indirekt gezwungen sein soll, seine Machmittel zugunsten eines fremden Strafverfahrens einzusetzen, wenn er selbst wegen der Handlungen, die Gegenstand des fremden Verfahrens sind, überhaupt kein Strafverfahren durchführen könnte* ». Voir aussi De Capitani, p. 404 ; BSK IRSG-Fiolka, Art. 67 N. 30.

subordonnait à l'époque systématiquement l'octroi de la petite entraide au principe de la double incrimination[692]. Ces comportements se combinant souvent avec des infractions de droit commun, une solution s'imposait afin que la Suisse puisse, d'une part respecter les engagements qu'elle avait pris à l'égard des États tiers s'agissant de la coopération internationale en matière pénale et, d'autre part, garantir que les renseignements transmis ne soient pas utilisés, en sus, à des fins pour lesquelles l'entraide n'aurait pas été accordée[693]. Par la suite, la coopération internationale en matière pénale s'est développée de telle sorte que la portée du principe de la double incrimination en matière de petite entraide a été restreinte. En effet, la Convention européenne d'entraide judiciaire (CEEJ) du Conseil de l'Europe ne subordonne pas l'octroi de la petite entraide à la double incrimination. Lors de la signature de cette convention, la Suisse a néanmoins souhaité maintenir la condition de la double incrimination en matière de petite entraide, mais uniquement pour le cas où l'exécution de la demande exige la mise en œuvre de mesures de contrainte. Une réserve en ce sens a donc été émise à l'art. 5 par. 1 let. a CEEJ[694]. L'art. 64 EIMP reprend en droit interne la réserve émise à l'art. 5 par. 1 let. a CEEJ. Aujourd'hui la raison d'être du principe de la spécialité ne réside plus tant dans le principe de la double incrimination, mais plutôt dans le fait que la Suisse n'est pas disposée à coopérer à l'égard de certaines infractions[695], en particulier s'agissant des infractions de nature fiscale.

4 Avant de figurer dans l'EIMP, le principe de la spécialité en matière de petite entraide a été introduit d'abord par la pratique des autorités suisses[696], puis de manière expresse dans les conventions antérieures à la loi, signées et ratifiées par la Suisse. La réserve émise à l'art. 2 CEEJ constitue la première apparition du principe dans un texte de loi[697]. Au moment de la signature de cette

691. Markees, FJS 423c ; FF 1976 II 430 ss, p. 434. En ce sens aussi Neyroud, p. 36 s.
692. Markees, FJS 423c. En ce sens s'agissant aussi de la raison d'être du refus de la coopération pour les infractions de nature fiscale, voir Schmid *et al.*, p. 301.
693. JAAC Ciurleo, du 23.9.1957, cons. 6c. Voir aussi Schmid *et al.*, p. 309 ss ; Markees, FJS 423c.
694. Sur l'opportunité de soumettre l'octroi de la petite entraide à la condition de la double incrimination lorsque doivent être mises en œuvre des mesures de contrainte, voir Message du conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à l'approbation de six conventions du Conseil de l'Europe du 1.3.1966, FF 1966 I p. 645 ss, p. 485 ss.
695. Semblant aller en ce sens Markees, FJS 423c. *Contra* Popp, N. 289.
696. JAAC Ciurleo, du 23.9.1957.
697. Schmid *et al.*, p. 312 ; En ce sens aussi Markees, RPS 1978, p. 131.

Convention, la réserve apportée par la Suisse avait la teneur suivante : « [l]a Suisse se réserve en outre le droit, dans des cas spéciaux, de n'accorder l'entraide judiciaire en vertu de la convention qu'à la condition expresse que les résultats des investigations faites en Suisse et les renseignements contenus dans les documents ou dossiers transmis soient utilisés exclusivement pour instruire et juger les infractions à raison desquelles l'entraide est fournie »[698].

Une disposition relative au principe de la spécialité en matière de petite entraide a ensuite été introduite à l'art. 5 du Traité d'entraide judiciaire conclu avec les Etats-Unis (TEJUS). Elle prévoit que « [l]es témoignages, déclarations, pièces, dossiers, moyens de preuve ou autres objets, y compris les renseignements qu'ils contiennent, obtenus de l'Etat requis par l'Etat requérant sur la base du présent Traité ne peuvent, dans l'Etat requérant, ni être utilisés aux fins d'investigations, ni être produits comme moyens de preuve dans une procédure relative à une infraction autre que celle pour laquelle l'entraide judiciaire a été accordée »[699]. Malgré le fait qu'elle semble être plus contraignante que la réserve émise à l'art. 2 CEEJ, la doctrine considère que sa portée ne diverge pas de celle-ci[700]. L'art. 5 TEJUS a la particularité d'être plus détaillé que la réserve émise à l'art. 2 CEEJ, puisqu'il précise aux par. 2 et 3 l'utilisation que peut faire l'État requérant des renseignements transmis, lorsqu'elle s'écarte de celle pour laquelle l'entraide a été accordée, et cas échéant, à quelle(s) condition(s) est soumise cette utilisation. 5

S'inspirant en particulier de l'art. 5 TEJUS[701], le principe de la spécialité a été ancré à l'art. 67 EIMP lors de l'adoption de cette loi. Il était composé initialement de deux seuls alinéas, dont le premier prévoyait que « [l]es renseignements obtenus par voie d'entraide ne peuvent, dans l'Etat requérant, ni être utilisés aux fins d'investigation, ni être produits comme moyens de preuve dans une procédure pour laquelle l'entraide est exclue. Toute autre utilisation est subordonnée à l'approbation de l'office fédéral ». L'art. 67 EIMP a été modifié lors de la révision de l'EIMP de 1997. L'enjeu de la révision résidait dans la définition de la « toute autre utilisation » qui était subordonnée à l'approbation de l'OFJ[702]. C'est ainsi que la deuxième phrase de l'art. 67 al. 1 6

698. Nous soulignons.
699. Nous soulignons.
700. Markees, RPS 1978, p. 132 ; Schmid *et al.*, p. 318.
701. FF 1976 II p. 430 ss, p. 451 s.

aEIMP a basculé à l'art. 67 al. 2 EIMP et a été complétée par deux lettres précisant les situations dans lesquelles l'approbation de l'OFJ n'est pas nécessaire pour une utilisation s'écartant de celle pour laquelle l'entraide a initialement été accordée. Quant à l'art. 67 al. 2 aEIMP, il régissait, avant la révision, l'application du principe de la spécialité à la prise de connaissance, par un État étranger, d'informations, dans le cadre d'une procédure pénale suisse[703] . À teneur du Message du Conseil fédéral, il semblerait que le législateur a simplement voulu le reporter à l'art. 67 al. 3 EIMP, sans modifier sa substance et en adaptant son libellé pour « tenir compte de l'ensemble des personnes autorisées à prendre part à une procédure pénale en Suisse en tant que lésées »[704]. En réalité, tel n'est pas ce qui ressort de la lettre de la loi. En effet, la disposition renvoie désormais à l'art. 65*a* EIMP et ne traite plus de la situation dans laquelle une personne est autorisée à consulter le dossier d'une procédure pénale nationale suisse, mais celle dans laquelle la consultation a lieu dans la procédure d'entraide[705]. Le titre marginal de l'art. 67 EIMP a également été modifié lors de la révision, passant de « [u]tilisation des renseignements » à « [r]ègle de la spécialité ».

7 À l'occasion de cette révision, le législateur a aussi modifié la réserve émise à l'art. 2 CEEJ, afin que sa teneur corresponde à l'art. 67 EIMP. C'est ainsi qu'a été ajoutée une let. c à la réserve, reprenant les hypothèses prévues par l'art. 67 al. 2 let. a et b EIMP pour lesquelles le principe de la spécialité ne s'oppose pas à une utilisation des renseignements transmis. La mention des « cas spéciaux » à la let. b de la réserve, critiquée par la doctrine en tant que non définie et superflue[706], a également été supprimée.

8 Qu'il s'agisse de son introduction initiale à l'art. 67 EIMP en 1981 ou de la révision de cette disposition en 1997, le principe de la spécialité n'a pas fait

702. Message concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de la loi fédérale relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 29.3.1995, FF 1995 III p. 1 ss, p. 24.

703. Selon l'art. 67 al. 2 aEIMP : « [l']autorisation de consulter le dossier, conférée à un Etat étranger qui prend part, à titre de lésé, à une procédure pénale en Suisse, est soumise aux mêmes conditions » (nous soulignons).

704. FF 1995 III p. 1 ss, p. 25. Nous soulignons.

705. Voir TPF 2016 155, cons. 2.2.4, d'où il ressort que « [l]a restriction que prévoit l'art. 67 al. 3 EIMP s'applique donc pour les procédures d'entraide, mais pas pour la procédure pénale suisse proprement dite ». Sur cet alinéa, voir *infra* N. 44 ss.

l'objet de discussions au Parlement, de sorte que la disposition a été adoptée, puis modifiée, selon la version proposée par le Conseil fédéral[707].

La difficulté de formuler le principe de la spécialité en matière de petite entraide, relevée notamment par la commission d'experts chargée d'élaborer l'EIMP[708], se constate dans le fait que la teneur de ces trois premières consécrations diverge, bien que la substance se veuille la même[709]. L'on peut également constater une différence dans les termes utilisés parmi les versions linguistiques de ces différentes dispositions, puisque s'agissant de la réserve émise à l'art. 2 CEEJ et de l'art. 5 par. 1 TEJUS, le terme de « *strafbaren Handlungen* », soit les faits pour lesquels l'entraide est accordée, est utilisé en allemand, tandis que dans les versions française et italienne l'on retrouve respectivement les termes d' « infractions » et de « *reati* ». S'agissant de l'art. 67 al. 1 EIMP, alors que les versions allemandes et françaises concordent en tant qu'elles utilisent le terme de « *Taten* », respectivement « infractions », la version italienne emploie le terme de « *fatti* ». Il en résulte que la portée concrète du principe de la spécialité est difficile à définir et sujette à des opinions divergentes dans la doctrine, mais aussi à une pratique qui s'écarte du texte de la loi[710]. Ceci a pour conséquence que les contours du principe de la spécialité sont peu clairs. Pourtant, une définition précise du principe s'avère nécessaire, en particulier afin que les autorités d'exécution libellent de manière correcte et précise la réserve du principe de la spécialité lorsqu'elles répondent à une demande étrangère[711]. 9

Dans sa teneur actuelle, l'art. 67 EIMP définit l'étendue du principe de la spécialité en prévoyant d'une part l'interdiction absolue d'utilisation des renseignements (art. 67 al. 1 EIMP ; *infra* II) et, d'autre part, l'utilisation supplémentaire des renseignements (art. 67 al. 2 EIMP ; *infra* III.). Dans cette dernière catégorie, est faite une distinction entre l'utilisation supplémentaire subordonnée à l'autorisation de l'Office fédéral de la justice (art. 67 al. 2 1ère 10

706. Schmid *et al.*, p. 312.
707. S'agissant des débats de 1977 sur la loi sur l'entraide internationale en matière pénale de 1981, voir Schmid *et al.*, p. 320.
708. Rapport de la commission d'experts pour une loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, p. 55.
709. Markees, FJS 423c.
710. Critique à cet égard BSK IRSG-Fiolka, Art. 67 N. 10 ss. Nous reviendrons sur ces aspects dans la suite du commentaire de cette disposition.
711. Markees, FJS 423c.

ph. EIMP ; *infra* III. A.) et l'utilisation supplémentaire non soumise à autorisation (art. 67 al. 2 let. a et b EIMP ; *infra* III. B.). Enfin, l'art. 67 al. 3 EIMP traite de l'application du principe de la spécialité à l'un des mécanismes d'accès anticipé aux renseignements par l'État requérant (art. 65*a* EIMP ; *infra* IV).

II. L'INTERDICTION ABSOLUE D'UTILISATION (AL. 1)

11 L'art. 67 al. 1 EIMP prévoit une interdiction absolue d'utilisation des renseignements et documents transmis. Il dispose que ceux-ci ne peuvent être utilisés dans l'État requérant, ni aux fins d'investigations, ni être produits comme moyens de preuve dans une procédure pénale visant une infraction pour laquelle l'entraide est exclue. Le caractère absolu de l'interdiction imposée par l'art. 67 al. 1 EIMP ressort également du formulaire modèle de l'OFJ concernant la réserve de la spécialité[712]. Le formulaire sépare en trois catégories l'utilisation des renseignements transmis, soit « utilisation admise », « utilisation exclue » et « utilisation moyennant accord préalable ». Les configurations visées par l'art. 67 al. 1 EIMP sont reprises essentiellement dans la catégorie « utilisation exclue ».

12 L'interdiction absolue d'utilisation des renseignements ne vaut pas uniquement à l'égard de la procédure pour laquelle l'entraide a été demandée, mais pour toute procédure menée dans l'État requérant, qu'elle soit déjà pendante ou non, ainsi que menée à l'encontre des mêmes personnes ou des tiers[713].

13 Contrairement à ce qui prévaut en matière d'extradition, l'interdiction d'utilisation découlant de l'art. 67 al. 1 EIMP n'a pas de limite temporelle[714]. Quant au fait de savoir si la personne peut renoncer à l'application du principe de la spécialité de la même manière que ce qui est prévu à l'art. 38 al. 2 let. a EIMP, il s'agit d'une question controversée en doctrine. La réponse dépend de savoir si le principe de la spécialité vise à garantir de manière prépondérante les intérêts de l'État requis ou ceux de la personne

712. Le formulaire modèle de l'OFJ est disponible sur https://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/rechtshilfefuehrer/muster.html.
713. De Capitani, p. 407
714. Rapport de la commission d'experts pour une loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, p. 56 ; Neyroud, p. 38 ; Schmid *et al.*, p. 322.

concernée[715]. De plus, la personne concernée par l'exécution de la demande d'entraide n'est pas nécessairement la personne visée par la procédure pénale étrangère, contrairement à ce qui prévaut en matière d'extradition. Une renonciation au principe de la spécialité ne peut donc pas être envisageable en tant qu'elle viendrait toucher les droits d'une tierce personne.

A. L'étendue de l'interdiction

L'étendue de l'interdiction d'utilisation qu'impose l'art. 67 al. 1 EIMP est totale puisqu'elle englobe aussi bien les fins investigatives que la production comme moyens de preuve. Cette interdiction est en particulier plus large que celle de l'art. 67*a* EIMP relatif à la transmission spontanée, où des informations touchant au domaine secret transmises à l'État étranger peuvent être utilisées à des fins investigatives, mais non comme moyens de preuve[716]. Elle s'apparente en revanche à l'interdiction imposée aux personnes qui participent à la procédure à l'étranger et qui assistent à l'exécution de la demande d'entraide en Suisse au sens de l'art. 65*a* EIMP[717]. 14

Pour les infractions visées à l'art. 67 al. 1 EIMP, les autorités de l'État requérant ne peuvent pas, en raison de cette interdiction, utiliser les renseignements transmis pour mettre en œuvre des mesures de contrainte et obtenir des moyens de preuve qu'elles n'auraient pas pu obtenir sans ces renseignements[718]. Quant à l'utilisation des renseignements pour demander l'entraide à un autre État, une telle démarche s'inscrirait déjà dans les fins investigatives pour lesquelles les renseignements ne peuvent pas être utilisés à teneur de l'interdiction absolue de l'art. 67 al. 1 EIMP. Cependant, la doctrine relève que l'interdiction faite à l'État requérant d'utiliser les renseignements fournis par les autorités suisses pour demander l'entraide à un État tiers constituerait une ingérence excessive dans sa souveraineté[719]. 15

715. Donatsch *et al.*, p. 122.
716. OFJ, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Directives. 9e éd. 2009, p. 84.
717. TF 1A.275/2005 du 15.5.2007, cons. 3.2 ss ; TPF RR.2008.106-107 du 17.6.2008. Voir aussi OFJ, Directives, p. 84.
718. Popp, N. 309.
719. Ludwiczak, À la croisée des chemins, p. 299 ; Zimmermann, Communication, p. 65.

B. L'infraction « pour laquelle l'entraide est exclue »

1. L'infraction de nature politique, militaire ou fiscale

16 La notion d' « infraction pour laquelle l'entraide est exclue » se réfère notamment aux infractions mentionnées à l'art. 3 EIMP qui, en raison de leur nature, ne peuvent pas donner lieu à la coopération[720]. Il s'agit des infractions à caractère politique, militaire, fiscal, ou encore des actes qui contreviennent à des mesures de politique monétaire, commerciale ou économique[721]. La nature de l'infraction se détermine conformément aux conceptions de l'État requis, l'État requérant ne pouvant pas se prévaloir du fait que, dans sa loi interne, l'infraction concernée relève du droit commun[722].

17 L'infraction de nature politique n'est pas définie par la loi. Les situations concernées par cette exception sont donc difficiles à déterminer[723]. La jurisprudence distingue néanmoins trois catégories de délits politiques : le délit politique absolu, le délit politique relatif et le fait connexe à un infraction politique[724]. L'interdiction d'utiliser les renseignements obtenus dans une procédure pénale revêtant ce caractère ne s'étend pas à une procédure d'enquête engagée par une commission parlementaire de l'État requérant[725]. Le Tribunal fédéral a retenu qu'il serait contradictoire d'accorder l'entraide pour la poursuite d'une infraction de droit commun, sans permettre à l'État requérant d'utiliser les renseignements transmis pour décider des conséquences politiques de l'infraction commise[726]. Il a par ailleurs relevé que ni l'art. 2 CEEJ, ni l'art. 3 al. 1 EIMP ne s'opposent à ce que les renseignements transmis soient utilisés dans un but politique. Différente serait la réponse si l'état de fait auquel s'intéresserait la commission parlementaire englobait des infractions pour lesquelles l'entraide est exclue[727].

720. ATF 139 IV 137, cons. 5.2.1 ; ATF 133 IV 40, cons. 6.1 ; ATF 124 II 184, cons. 4b ; ATF 122 I 134, cons. 7c/bb. Gstöhl, p. 112 ; CR EIMP, Introduction générale, N. 574.
721. S'agissant des infractions contrevenant à des mesures de politique monétaire, commerciale ou économique, il s'agit, par exemple, des infractions à la législation sur le contrôle des changes. Voir à cet égard OFJ, Directives, p. 31 note 231 et la référence citée (TF 1A.32/2000 du 19.6.2000, cons. 5b, non publié *in* ATF 126 II 258).
722. ATF 107 Ib 264, cons. 4a.
723. ATF 115 Ib 68, cons. 5 ; voir aussi à ce propos aussi Ludwiczak Glassey, Précis, N. 88.
724. À ce sujet Ludwiczak Glassey, Précis, N. 89, et les références citées ; Zimmermann, Coopération, N. 618 ss.
725. ATF 126 II 316. Confirmé plus récemment *in* TPF RR.2018.238-239 du 16.11.2018.
726. ATF 126 II 316, consid. 4a.

L'infraction de nature fiscale se réfère à tout acte qui « paraît tendre à diminuer des recettes fiscales ». L'interdiction ne s'étend pas à l'escroquerie fiscale pour laquelle l'entraide est admise (art. 3 al. 3 let. a EIMP). Elle doit également se lire conformément aux engagements que la Suisse a pris, de sorte que ne sont pas concernées par la réserve les infractions en matière de fiscalité indirecte dans les relations avec les États Schengen, pour lesquelles l'entraide est admise (art. 50 et 51 CAAS)[728]. Il en va de même s'agissant de la coopération avec les États parties à l'Accord de coopération entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers (AAF)[729]. 18

Dans un arrêt de 1981, le Tribunal fédéral avait retenu que l'interdiction absolue d'utiliser les renseignements transmis en matière fiscale s'appliquait également aux procédures fiscales à caractère non répressif, notamment les procédures administratives de taxation[730]. Par conséquent, l'office fédéral ne pouvait pas autoriser l'État requérant à utiliser les renseignements dans une telle procédure[731]. Cet arrêt ayant été rendu à une époque où la Suisse ne s'était engagée envers aucun État s'agissant de l'assistance administrative en matière fiscale et elle refusait de manière systématique de coopérer dans ce domaine[732], cette solution ne devrait plus prévaloir aujourd'hui. La Suisse coopère désormais également en matière de fiscalité et elle s'est engagée envers de nombreux États à cet égard par la conclusion de conventions de double imposition. Une utilisation supplémentaire des renseignements à des fins de taxation non répressives ne devrait donc plus être considérée comme une utilisation (absolument) exclue, mais comme une utilisation supplémentaire nécessitant l'approbation de l'OFJ au sens de l'art. 67 al. 2 1ère ph. EIMP. Les directives de l'OFJ semblent aller en cens puisqu'elles prévoient que pour les « procédures fiscales connexes », « [l]es renseignements transmis au titre de l'entraide primaire ne pourront pas être utilisés dans l'Etat 19

727. ATF 126 II 316, consid. 4a.
728. Ludwiczak Glassey, Précis, N. 703.
729. RS 0.351.926.81.
730. ATF 107 Ib 264, cons. 4a. Voir aussi ATF 115 Ib 373, cons. 8. Voir à ce propos également CR EIMP, Introduction générale, N. 579.
731. ATF 115 Ib 373, cons. 8.
732. Dans l'ATF 107 Ib 264, cons. 4a, le TF souligne en effet que : « [e]n ratifiant la Convention européenne, la Suisse n'a contracté aucune obligation d'entraide en matière administrative ». Voir aussi à ce propos Bernasconi, p. 13008.

requérant dans une autre procédure de nature fiscale sans accord de l'OFJ »[733].

2. Les faits pour lesquels la condition de la double incrimination n'est pas réalisée

20 Selon la jurisprudence, le principe de la spécialité ne s'oppose pas à une utilisation des renseignements, dans l'État requérant, pour poursuivre et juger des faits qui, en Suisse, ne seraient constitutifs d'aucune infraction[734]. En d'autres termes, une infraction dans l'État requérant dont l'état de fait ne remplirait pas la condition de la double incrimination ne serait pas une « infraction pour laquelle l'entraide est exclue ».

21 La doctrine ne partage pas la solution retenue par la jurisprudence et considère que le principe de la spécialité s'oppose à une utilisation des renseignements pour la poursuite d'états de fait qui ne seraient pas constitutifs d'une infraction en droit suisse[735]. En effet, dans la mesure où l'art. 64 al. 1 EIMP soumet l'entraide à la condition de la double incrimination, toute utilisation des renseignements doit être considérée comme exclue lorsque les faits que souhaite poursuivre l'État requérant ne sont pas constitutifs d'une infraction réprimée par le droit suisse.

22 Nous ne partageons pas la critique de la doctrine. La solution retenue par la jurisprudence s'inscrit de manière cohérente dans le système de l'entraide judiciaire dès lors que le principe de la double incrimination ne s'applique, en vertu de l'art. 64 EIMP, que si l'exécution de la demande étrangère exige la mise en œuvre de mesures de contrainte. En effet, le principe de la double incrimination ne vise, en matière de petite entraide, qu'à garantir qu'une personne ne soit pas soumise, en Suisse, à des mesures de contrainte en faveur d'un État étranger si, alors même que les faits s'étaient déroulés en Suisse, les autorités n'auraient pas pu mettre en œuvre de telles mesures[736].

733. OFJ, Directives, p. 32.

734. TF 1C_138/2007 du 17 juillet 2007, cons. 2.3.2 ; TPF 2008 68, cons. 2.3 ; TPF RR.2010.226 du 16.10.2012, cons 1.2.2. Voir aussi Unseld, p. 222 ; OFJ, Directives, p. 31.

735. BSK IRSG-Fiolka, Art. 67 N. 30 ; Zimmermann, Coopération, N. 729, bien que sa réflexion soit incertaine puisqu'il affirme auparavant que « [l]'application du principe de la spécialité ne doit pas être étendue au-delà du cercle des délits pour lesquels la coopération est exclue ». Semblant aller en ce sens également Markees, RPS 1973, p. 247.

736. FF 1966 I p. 645 ss, p. 486 ss ; Schmid *et al.*, p. 316.

Par voie de conséquence, si les autorités sont déjà en possession des renseignements, le principe de la double incrimination n'est plus une condition à l'octroi de l'entraide. Or, lorsque se pose la question de l'utilisation supplémentaire des renseignements déjà transmis à l'étranger, il n'est plus nécessaire de mettre en œuvre de nouvelles mesures de contrainte.

La solution jurisprudentielle se concilie aussi avec les principes qui régissent 23
l'analyse de la condition de la double incrimination[737]. En effet, contrairement à ce qui prévaut en matière d'extradition, lorsque l'entraide est demandée à l'égard de différentes infractions, il suffit que les faits soient constitutifs d'une seule infraction du droit suisse, sans que l'analyse ne doive se faire pour chacune des infractions présentées[738].

Enfin, cette solution s'accorde avec une analyse littérale de la loi. En utilisant 24
le terme d'infraction (*Tat*) à l'art. 67 al. 1 EIMP, le législateur semble avoir voulu attribuer une qualification juridique déterminée à l'état de fait auquel s'intéresse l'État requérant et pour lequel l'utilisation des renseignements transmis est exclue. Cette expression est la même que celle utilisée au titre marginal de l'art. 3 EIMP (nature de l'infraction ; *Art der Tat*) et il semblerait donc qu'elle ne fasse pas référence à tout acte pour lequel l'entraide est exclue, mais bien plutôt à la qualification juridique de l'acte concerné. À cet égard, la version italienne de l'art. 67 al. 1 EIMP prête à confusion en tant qu'est utilisé le terme de « *fatti* » et non celui de « *reato* ».

III. L'UTILISATION SUPPLÉMENTAIRE DES RENSEIGNEMENTS TRANSMIS (AL. 2)

A. L'utilisation subordonnée à l'approbation de l'Office fédéral de la justice (al. 2 1ère ph.)

L'art. 67 al. 2 1ère ph. EIMP dispose que « [t]oute autre utilisation [des 25
renseignements transmis] est subordonnée à l'approbation de l'office fédéral ». Cette phrase, fonde le principe de l'approbation[739]. Elle est formulée très largement et pose des difficultés d'interprétation puisqu'elle ne précise pas quelles sont les « autres utilisations » concernées. Or, la subordination de

737. *Contra* BSK IRSG-Fiolka, Art. 67 N. 11.
738. TF 1C_138/2007 du 17.7.2007, cons. 2.3.2.
739. Sur cette terminologie, voir Harari, p. 128 ss.

l'utilisation supplémentaire à l'approbation de l'OFJ revêt un enjeu important puisque de celle-ci découlent des droits pour les personnes concernées par la procédure d'entraide. En effet, lorsqu'une autorisation est nécessaire, il s'agit pour l'OFJ de rendre une nouvelle décision (dite d' « extension de la spécialité »), sujette à recours[740]. Le délai et la qualité pour recourir contre cette décision se déterminent selon les règles qui régissent l'entraide originaire (*i.e.* art. 80*k* EIMP s'agissant du délai et art. 80*h* EIMP *cum* 9*a* OEIMP pour la qualité pour recourir)[741].

1. L'entraide dite « secondaire »

26 L'utilisation des renseignements transmis dans une procédure autre que pénale est soumise au principe de l'approbation[742]. Est utilisé à cet égard le terme d'entraide « secondaire »[743], en tant qu'une telle manière de coopérer suppose nécessairement une entraide préalable de nature strictement pénale, dite alors entraide « primaire »[744]. Contrairement à l'entraide « primaire », dont l'exécution est généralement confiée à un ministère public, l'OFJ est exclusivement compétent s'agissant de statuer sur l'entraide « secondaire ».

27 L'entraide judiciaire en matière pénale régie par l'EIMP n'est accordée que pour des procédures « liées à une cause pénale » au sens de l'art. 63 al. 1 EIMP. Une demande d'entraide pénale présentée dans le seul but de contourner les règles de l'entraide civile ou administrative serait considérée comme abusive[745]. En d'autres termes, un État étranger ne peut pas tenter d'obtenir par la voie de l'entraide pénale – et en application de ses mesures plus incisives[746] – ce qu'il ne pourrait pas obtenir par la voie de l'entraide civile ou administrative. L'art. 67 al. 2 1ère ph. EIMP revêt alors une exception au

740. FF 1995 III p. 1 ss, p. 24.

741. Voir notamment TPF RR.2010.225 du 16.10.2012, cons. 1. S'agissant de la qualité pour recourir, voir notamment TPF RR.2009.213 du 5.10.2019, cons. 1.4. Plus généralement en ce sens, voir FF 1995 III p. 1 ss, p. 24, renvoyant aux art. 80*e* ss EIMP. Voir aussi *infra* N. 49.

742. TF 1A.254/2000 du 31.1.2001, cons. 2a (non publié *in* ATF 127 II 194) ; TPF 2010 158, cons. 2.1. Voir aussi Harari, p. 128 ss. Cette exigence est aussi rappelée dans le formulaire modèle du principe de la spécialité de l'OFJ qui, au point VI. b) énonce qu' « [e]st également subordonnée à l'accord préalable de la Suisse toute utilisation dans une procédure autre que celles mentionnées au point I, notamment administrative ou civile ».

743. Sur cette terminologie, voir aussi Harari, p. 128.

744. ATF 132 II 178, cons. 2.2 ; TPF 2010 158, cons. 2.1.

745. ATF 122 II 134, cons. 7b.

746. ATF 126 II 316, cons. 2b *a contrario*.

principe selon lequel pour obtenir les renseignements nécessaires à une procédure autre que pénale, il faut employer la voie de l'entraide correspondante[747].

28 L'approbation par l'OFJ de l'entraide « secondaire » est soumise à des conditions strictes variant selon la nature de la procédure dans laquelle l'État requérant souhaite utiliser les renseignements. En cas de procédure de nature civile, l'approbation peut être octroyée si (i) l'objet de la procédure est clairement délimité s'agissant aussi bien du fond que des personnes concernées, (ii) elle est en connexité avec la procédure pénale et (iii) elle tend à indemniser les personnes touchées par l'infraction[748]. En cas de procédure menée par une commission d'enquête du parlement visant à déterminer les conséquences politiques d'une infraction de droit commun, la demande doit (i) décrire de manière suffisamment claire le but politique dans lequel les renseignements seront utilisés et (ii) exposer un lien suffisant entre la procédure menée par la commission d'enquête et l'infraction pour laquelle l'entraide a été originairement accordée[749]. Enfin, l'entraide secondaire peut également être octroyée pour une procédure administrative lorsqu'elle vise à répondre à une question préjudicielle décisive pour la procédure pénale pour laquelle les renseignements ont été transmis, et qui est donc en rapport de connexité avec celle-ci[750]. En substance, comme le relève Harari, l'élément déterminant pour l'approbation de l'OFJ dans une procédure autre que pénale semble être le rapport de connexité suffisant avec la procédure pénale pour laquelle l'entraide a originairement été accordée[751].

29 Le Tribunal fédéral a apporté des précisions s'agissant de la délimitation entre l'entraide « primaire » et l'entraide « secondaire ». Il a retenu que toute procédure visant à la restitution à l'ayant droit des valeurs patrimoniales obtenues par la commission de l'infraction, qu'elle soit pénale, civile ou administrative, demeure dans la catégorie de l'entraide « primaire », et n'est donc pas soumise au principe de l'approbation[752]. Il en va *a priori* de même pour les prétentions en dommages et intérêts du lésé fondées sur le dommage

747. ATF 132 II 178, cons. 2.2.
748. ATF 126 II 316, cons. 2b.
749. ATF 126 II 316, cons. 4a. Conditions analysées plus récemment *in* TPF RR.2018.238-239 du 16.11.2018, cons. 3.
750. ATF 128 II 305, cons. 3.2.
751. Harari, p. 131. Voir aussi en ce sens TPF RR.2010.237 du 21.1.2011, cons. 4.1.
752. ATF 125 II 258, cons. 7 a/bb. À ce sujet voir aussi Harari, p. 129 s.

causé par l'infraction à l'origine de la demande d'entraide[753]. Bien qu'ayant laissé la question ouverte, le Tribunal fédéral préconise d'interpréter l'art. 67 EIMP conformément à l'art. 5 par. 3 let. a TEJUS. Cette dernière disposition énonce, de manière générale, que les renseignements peuvent être utilisés pour une procédure concernant le paiement de dommages-intérêts en relation avec une procédure pour laquelle l'entraide judiciaire a été prêtée, sans faire de distinction selon la nature de la prétention. Une telle solution présente l'avantage de poser un critère simple, soit celui du lien avec une procédure pour laquelle l'entraide judiciaire a été prêtée, en lieu et place du critère plus complexe fondé sur la nature des prétentions, qui dépend par ailleurs du droit de l'État requérant[754]. De plus, il serait contradictoire d'interdire à une personne d'utiliser les renseignements transmis dans une procédure civile séparée, alors qu'une telle restriction n'existe pas en cas de procédure civile adhésive à la procédure pénale pour laquelle l'entraide a été accordée[755]. Au regard de cette jurisprudence apparaît donc curieuse la précision dans le formulaire modèle de l'OFJ selon laquelle « pour les Etats Schengen, aucun accord préalable n'est nécessaire pour les actions civiles jointes aux actions pénales selon l'art. 49 lit. d de la Convention d'application de l'Accord de Schengen ». Au-delà d'être superflue s'agissant des États Schengen, cette exception ne semble pas leur être limitée.

2. La transmission des renseignements à un État tiers

30 Le principe de l'approbation régit également la (re-)transmission des renseignements à un État tiers[756]. La demande de l'État requérant visant à obtenir une telle approbation doit présenter les éléments de la procédure menée dans l'État tiers de manière suffisamment précise, pour que les exigences de l'art. 28 EIMP (respectivement art. 14 CEEJ) soient respectées. En effet, selon la jurisprudence, l'OFJ doit, pour se prononcer sur une demande d'extension de la spécialité en faveur d'un État tiers, analyser quel aurait été le sort de la demande si cet État l'avait directement adressée à la

753. ATF 125 II 258, cons. 7c/cc ; voir aussi TPF 2016 155, cons. 2.2.3.

754. ATF 125 II 258, cons. 7a/cc.

755. ATF 125 II 258, cons. 7a/cc ; TPF 2016 155, cons. 2.2.3.

756. ATF 112 Ib 142, cons. 3b. Voir aussi OFJ, Directives, p. 33. Cette exigence est expressément rappelée notamment à l'art. IV par. 3 de l'Accord entre la Suisse et l'Italie en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20.4.1959 et d'en faciliter l'application, du 10.9.1998 (RS 0.351.945.41).

Suisse[757]. Il en découle également que sont invocables par le recourant tous les griefs que celui-ci aurait pu invoquer s'il s'agissait d'une demande directe par l'État tiers (droit d'être entendu, motifs généraux de refus de l'entraide, *ne bis in idem*, proportionnalité, etc.)[758]. Le Tribunal pénal fédéral analyse aussi le grief de la double incrimination, qui ne devrait pas trouver à s'appliquer à teneur de l'art. 64 al. 1 EIMP, dès lors que des mesures de contrainte ne doivent, de fait, pas être mises en œuvre en Suisse pour répondre à la demande d'extension du principe de la spécialité[759]. Néanmoins, dans un arrêt concernant une demande d'extension du principe de la spécialité par la Bulgarie en faveur de l'Italie, il a retenu que « [l]a remise de documents bancaires est une mesure de contrainte au sens de l'art. 63 al. 2 let. c EIMP, qui ne peut être ordonnée, selon l'art. 64 al. 1 EIMP [...] que si l'état de faits exposé dans la demande correspond aux éléments objectifs d'une infraction réprimée par le droit suisse »[760]. Or, la remise de documents bancaires est un acte d'entraide, mais elle ne saurait être considérée comme une mesure de contrainte. La contrainte est cas échéant mise en œuvre antérieurement, au moment de la récolte des documents. Ainsi, le principe de la double incrimination ne trouve à s'appliquer que s'il est procédé à une fiction selon laquelle l'autorité d'exécution aurait mis en œuvre des mesures de contrainte pour répondre à la demande que lui aurait adressé directement l'État tiers.

Différente est la situation de l'État requérant qui souhaite utiliser les renseignements transmis pour présenter une demande d'entraide à un État tiers. Une telle utilisation des renseignements n'est pas soumise au principe de l'approbation[761]. L'État requérant est autorisé à utiliser les renseignements de manière complète dans la procédure pour laquelle l'entraide a été accordée, et est limité uniquement par son propre droit de procédure pénale. N'est pas non plus soumise au principe de l'approbation la transmission des renseignements à une autre autorité pénale de l'État requérant[762]. 31

Des exceptions à l'application du principe de l'approbation pour une (re-)transmission des renseignements à un État tiers peuvent découler des 32

757. TPF RR.2009.213 du 5.10.2009, cons. 2.
758. Voir notamment TPF RR.2009.213 du 5.10.2009, cons. 3 ss.
759. Art. 64 al. 1 *a contrario* EIMP.
760. TPF RR.2009.213 du 5 octobre 2009, cons. 3.1.2.
761. TPF RR.2011.93 du 28.6.2011, cons. 3.2 ; TPF RR.2009.156-158 du 25.11.2009, cons. 5.3.
762. TPF RR.2010.225 du 16.10.2012, cons. 2.2 ; TPF RR.2008.277 du 1.3.2010, cons. 8.2.

conventions ou traités internationaux que la Suisse a ratifiés. Tel est notamment le cas de l'art. 5 par. 2 à 5 AAF qui autorise les parties contractantes à (re-)transmettre librement les renseignements obtenus en application de l'accord, pour autant qu'ils ne soient pas destinés à être utilisés dans une procédure pour laquelle l'entraide est exclue. L'art. 5 par. 3 AAF précise d'ailleurs qu'une telle (re-)transmission n'est pas sujette à recours dans la partie contractante initialement requise.

33 S'agissant du droit applicable à une telle demande d'extension du principe de la spécialité, le Tribunal pénal fédéral semble se fonder aussi bien sur celui régissant les relations avec l'État requérant que celui applicable avec l'État tiers en faveur duquel la demande d'extension a été présentée[763]. Il ne détaille cependant pas dans sa jurisprudence quels sont les aspects de la demande régis par le droit s'appliquant avec l'État requérant et lesquels sont régis par le droit s'appliquant avec l'État tiers. Or, puisque le Tribunal pénal fédéral retient que l'autorité suisse qui se prononce sur une demande d'extension est tenue d'analyser quel aurait été le sort de la demande si elle avait été adressée directement à la Suisse, nous estimons que les conditions de l'extension sont régies exclusivement par le droit s'appliquant entre la Suisse et l'État tiers. Le droit applicable entre la Suisse et l'État requérant trouve uniquement à s'appliquer s'agissant des aspects qui se rapportent strictement au principe de la spécialité, plus précisément son étendue et ses limites.

3. L'utilisation des renseignements dans une autre procédure pénale (controverse)

34 Est davantage controversée la question de savoir si l'utilisation des renseignements dans une procédure pénale autre que celle pour laquelle l'entraide a originairement été accordée est soumise au principe de l'approbation. Cette utilisation supplémentaire peut être qualifiée de « proprement dite »[764] en ce sens que les faits à l'encontre desquels l'État requérant souhaite utiliser les renseignements diffèrent des faits pour lesquels l'entraide a été originairement accordée.

35 La doctrine majoritaire estime que toute utilisation supplémentaire des renseignements dans une autre procédure pénale que celle pour laquelle

763. Voir TPF RR.2019.57 du 14.8.2019, cons. 1.1 ss ; TPF RR.2014.231 du 16.12.2014, cons. 2.1 ss ; TPF RR.2009.213 du 5.10.2009, cons. 1.1 ss.

l'entraide a été originairement accordée est soumise à l'approbation de l'OFJ, en application de l'art. 67 al. 2 EIMP[765]. Cette interprétation du principe de la spécialité est corroborée par le message du Conseil fédéral de 1995 concernant la révision de l'EIMP qui relève, de manière générale que « l'Etat qui désire utiliser les renseignements dans d'autres procédures doit adresser une demande complémentaire »[766], sans établir de distinction selon la nature de la procédure concernée.

La pratique retient quant à elle une interprétation bien plus souple du 36
principe de la spécialité, selon laquelle l'État requérant peut utiliser librement les renseignements transmis, non seulement dans la procédure pénale pour laquelle l'entraide a été accordée, mais aussi pour toute autre procédure pénale. La seule limite qui lui est imposée est de ne pas utiliser les renseignements pour poursuivre et juger une infraction pour laquelle l'entraide est exclue au sens de l'art. 67 al. 1 EIMP[767]. Selon l'OFJ les renseignements transmis peuvent ainsi « être utilisés librement dans la procédure pour laquelle l'entraide a été demandée, ainsi que dans toute autre procédure pénale suivie dans l'Etat requérant »[768]. Le formulaire modèle de la réserve de la spécialité prévoit également que « [l]es moyens de preuve et les renseignements obtenus par voie d'entraide peuvent dans l'Etat requérant être utilisés aux fins d'investigation et comme moyens de preuve dans la procédure pénale pour laquelle l'entraide a été demandée, ainsi que dans toute autre procédure pénale ». Quant à la jurisprudence, si elle a semblé soutenir, dans deux arrêts datant de 1986, que l'utilisation des renseignements dans une autre procédure (pénale) que celle pour laquelle l'entraide avait été accordée était soumise à l'approbation de l'OFJ[769], elle retient désormais que tel n'est pas le cas[770]. Allant au-delà du texte de la loi, elle n'applique le principe de l'approbation que si l'État requérant souhaite utiliser les renseignements pour une procédure supplémentaire qui n'est pas de nature pénale[771].

764. Contrairement à l'utilisation supplémentaire « improprement dite » pour laquelle nous renvoyons *infra* N. 38 ss.
765. De Capitani, p. 404 ; BSK ISRG-Fiolka, Art. 67 N. 10 ss ; Gauthier, p. 77 ; Harari, p. 131 ; Schultz, Secret bancaire, p. 45, qui a néanmoins soutenu dans une contribution successive que l'OFJ pouvait donner son consentement de manière anticipée à l'utilisation des renseignements dans une autre procédure pénale que celle pour laquelle l'entraide a originairement été accordée (Schultz, Struttura generale, p. 26).
766. FF 1995 III p. 1 ss, p. 24.
767. TPF RR.2010.225 du 16.10.2012, cons. 1.2.2.
768. OFJ, Directives, p. 31.

37 D'après nous, une réponse satisfaisante à cette controverse exige de suivre le texte de la loi. Il ressort de celui-ci que les exceptions au principe de l'approbation sont énumérées de manière exhaustive à l'art. 67 al. 2 let. a et b EIMP. Ainsi, si la procédure pénale supplémentaire que souhaite mener l'État requérant ne s'inscrit pas dans les hypothèses de l'art. 67 al. 2 let. a et b EIMP, elle doit être soumise à l'approbation de l'OFJ. Or, l'utilisation supplémentaire « proprement dite » à laquelle nous faisons référence ici, n'est pas couverte par les exceptions de l'art. 67 al. 2 let. a et b EIMP.

B. L'utilisation non subordonnée à l'approbation de l'Office fédéral de la justice

38 Les let. a et b de l'art. 67 al. 2 EIMP régissent les exceptions au principe de l'approbation[772]. Elles traitent d'une utilisation des renseignements qui diffère de celle pour laquelle l'entraide a été accordée, mais qui n'est pas soumise à l'approbation de l'OFJ. Cette utilisation supplémentaire peut être qualifiée d'« improprement dite »[773] ou d'« utilisation alternative », en tant que les faits à l'origine de la demande – et pour lesquels l'État requérant souhaite utiliser les

769. Dans l'ATF 112 Ib 142, cons. 3b, le TF a en effet retenu que « [les informations obtenues] ne peuvent être utilisées dans l'Etat requérant aux fins d'investigations, ni être produites comme moyens de preuve dans une procédure relative à une infraction autre que celle pour laquelle l'entraide a été accordée ». Il a également décidé dans l'ATF 112 Ib 576, cons. 13d que « *[p]er quanto si è esposto sopra [...] e per evitare ogni rischio ed equivoco, va precisato comunque in occasione della trasmissione che ogni uso della documentazione fornita, vuoi per investigazioni vuoi per procedimenti nei confronti di familiari dei funzionari inquisiti, dovrà essere preceduto da una circostanziata nuova domanda diretta all'UFP* ».

770. Entre autres TPF RR.2021.132 du 14.7.2022, cons. 2.1 ; TPF RR.2020.312 du 3.3.2021, cons. 2.2 ; TPF RR.2020.313 du 3.3.2021, cons. 3.4 ; TPF RR.2010.226 du 16.10.2012, cons. 1.2.2

771. Voir en particulier TF 1A.254/2000 du 31.1.2001, cons. 2a (non publié *in* ATF 127 II 194), où il est retenu que « [a]ux termes de l'art. 67 al. 2 EIMP, l'utilisation des renseignements et documents fournis par la Suisse à des fins autres que pénales est soumise à l'approbation de l'Office fédéral » (nous soulignons). Voir aussi TPF 2008 68, cons. 2 ; TPF RR.2008.35 du 20.5.2008, cons. 2.4, d'où il ressort que l'art. 67 al. 2 ph. 1 EIMP se rapporte « principalement » à une utilisation des renseignements dans une procédure civile ou parlementaire (« *Art. 67 Abs. 2 Satz 1 IRSG [...] findet daher in erster Linie auf die Verwendung der rechtshilfeweise erlangten Informationen im Zivilprozess oder in parlamentarischen Untersuchungsverfahren Anwendung* »).

772. S'il apparaît à la lecture de la loi que ces exceptions sont listées de manière exhaustive, nous avons vu *supra* N. 34 ss que la pratique est plus large.

773. Contrairement à l'utilisation supplémentaire « proprement dite » pour laquelle nous renvoyons *supra* N. 34 ss.

renseignements – demeurent inchangés, une modification intervenant uniquement au niveau de la qualification juridique des faits ou du cercle des personnes auxquelles est imputé l'état de fait.

1. La nouvelle qualification juridique des faits (al. 2 let. a)

L'art. 67 al. 2 let. a EIMP prévoit que l'approbation de l'OFJ n'est pas nécessaire lorsque les faits à l'origine de la demande constituent une autre infraction pour laquelle l'entraide est susceptible d'être accordée. Afin de déterminer si l'État requérant souhaite utiliser les renseignements de manière alternative, mais toujours pour les mêmes faits, Fiolka propose d'utiliser le critère de l' « identité des faits matériels, compris comme l'existence d'un ensemble de faits indissociablement liés entre eux », développé par la CJUE dans sa jurisprudence concernant le principe *ne bis in idem* consacré à l'art. 54 CAAS[774]. À notre sens, ce critère est trop étroit. D'une part, il ne s'accorde pas avec le texte de la loi qui ne se limite pas à autoriser une requalification juridique de l'infraction, mais bien une nouvelle qualification juridique des faits. D'autre part, il entraînerait une application excessivement stricte du principe de la spécialité qui ne serait pas compatible avec le système de coopération judiciaire suisse. En effet, l'entraide judiciaire est régie par le principe de la proportionnalité, analysé sous l'angle de l'utilité potentielle. La jurisprudence rappelle régulièrement à cet égard que « [c']est le propre de l'entraide de favoriser la découverte de faits, d'informations et de moyens de preuve, y compris ceux dont l'autorité de poursuite étrangère ne soupçonne pas l'existence. Il ne s'agit pas seulement d'aider l'Etat requérant à prouver des faits révélés par l'enquête qu'il conduit, mais d'en dévoiler d'autres s'ils existent. Il en découle, pour l'autorité d'exécution, un devoir d'exhaustivité, qui justifie de communiquer tous les éléments qu'elle a réunis, propres à servir l'enquête étrangère, afin d'éclairer dans tous ses aspects les rouages du mécanisme délictueux poursuivi dans l'Etat requérant »[775]. Les autorités suisses sont ainsi appelées à assister de manière active l'État requérant dans la procédure qu'il mène[776]. Une conception des mêmes faits de l'art. 67 al. 2 let. a EIMP telle que celle découlant de l'art. 54 CAAS ne serait pas conciliable avec

39

774. BSK ISTR-Fiolka, art. 67 IRSG N. 50.

775. TPF RR.2010.209-210 du 17.11.2010, cons. 3.2.2. Voir aussi plus récemment TPF RR.2022.24 du 10.8.2022, cons. 2.2 ; TPF RR.2021.275 du 25.4.2022, cons. 2.1.2 ; TPF RR.2015.314 du 24.2.2016, cons. 2.2. Zimmermann, Coopération, N. 723.

776. Zimmermann, Coopération, N. 723.

cette interprétation large du principe de la proportionnalité. La transmission large des renseignements telle que préconisée par la jurisprudence serait dénuée de pertinence si l'État requérant ne pouvait pas les utiliser d'emblée. Allant en ce sens, le Tribunal fédéral a retenu dans une affaire d'entraide avec l'Espagne, que les renseignements transmis pour des faits relevant du trafic de stupéfiants pouvaient librement être utilisés par l'État requérant pour poursuivre et juger des faits de blanchiment d'argent en « étroite connexité » avec la première procédure[777]. Ainsi, les faits à l'origine de la demande doivent être compris largement comme les faits qui s'inscrivent dans le mécanisme délictueux présenté par l'État requérant.

40 L'État requérant demeure limité quant à la nouvelle qualification juridique des faits par l'art. 67 al. 1 EIMP. Les faits ne pourront pas être analysés sous l'angle d'une infraction pour laquelle l'entraide est exclue. De plus, lorsque l'État requérant souhaite utiliser les renseignements pour analyser les faits sous l'angle d'une escroquerie fiscale, l'exception de l'art. 67 al. 2 let. a EIMP ne s'applique pas et l'approbation de l'OFJ est nécessaire[778]. Une telle exigence permet d'éviter que les renseignements ne soient utilisés dans une procédure visant une infraction pour laquelle l'entraide est exclue, d'autant plus que la nature de l'infraction se détermine selon le droit de l'État requis[779].

2. L'utilisation des renseignements à l'encontre d'autres personnes ayant participé à l'infraction (al. 2 let. b)

41 La deuxième exception au principe de l'approbation est régie par l'art. 67 al. 2 let. b EIMP et concerne l'utilisation des renseignements à l'encontre d'autres personnes que celles désignées dans la demande d'entraide. Pour qu'une telle utilisation soit admise, il doit s'agir, en vertu de la lettre de la loi, de personnes qui ont « participé à la commission de l'infraction ». Nous rejoignons ici Fiolka pour lequel cette exception concerne le fait présenté dans la demande, déterminé sous l'angle des principes développés à l'égard de l'art. 54 CAAS[780]. Si les renseignements sont utilisés à l'encontre de personnes qui ont commis

777. TF 1A.50/2006 du 12.6.2006, cons. 3.2.

778. TF 1A.24/2004 du 11.8.2004, cons. 6.3 ; TPF RR.2010.226 du 16.10.2012, cons. 1.2.2 ; TPF RR. 2010.234 du 16.10.2012, cons. 1.3.2. Voir aussi OFJ, Directives, p. 32 note 237 ; OFJ, Formulaire-modèle spécialité ; Unseld, p. 223 ss ; Zimmermann, Coopération, N. 730.

779. OFJ, Directives, p. 32 note 237. En ce sens aussi Unseld, p. 225 ; Zimmermann, Coopération, N. 730.

780. BSK IRSG-Fiolka, Art. 67 N. 54.

une autre infraction qui s'inscrit néanmoins dans le mécanisme délictueux présenté dans la demande, l'exception de l'art. 67 al. 2 let. a EIMP s'appliquera conformément à ce que nous avons retenu *supra* N. 39.

La notion de « personnes ayant participé à la commission de l'infraction » n'est pas clairement définie. La jurisprudence ne s'est jamais prononcée sur cet aspect, tout en mentionnant de manière évasive que la notion concerne le « *Mittäter etc.* »[781]. À notre sens, elle fait référence à toute forme de participation, qu'il s'agisse d'une participation principale (coactivité, activité médiate), ou d'une participation accessoire (complicité, instigation)[782]. 42

La solution retenue à l'art. 67 al. 2 let. b EIMP diffère de celle du TEJUS qui admet l'utilisation des renseignements contre des personnes soupçonnées ou accusées d'avoir participé à une infraction pour laquelle l'entraide judiciaire a été octroyée, ou d'avoir favorisé une telle infraction, à la condition que l'État requis ait pu « donner son avis » (art. 5 par. 2 let. b TEJUS). 43

IV. SPÉCIALITÉ ET ACCÈS ANTICIPÉ AUX RENSEIGNEMENTS PAR L'ÉTAT REQUÉRANT

A. Dans le cadre de la présence de personnes qui participent à la procédure étrangère (art. 65*a* EIMP) (al. 3)

L'art. 67 al. 3 EIMP précise que le principe de la spécialité s'applique également lorsque des personnes participant à la procédure étrangère sont autorisées à assister à l'exécution de la demande d'entraide (art. 65*a* EIMP). Cette disposition ne concerne que les renseignements issus de la procédure d'entraide à laquelle la personne est exceptionnellement autorisée à prendre part. Elle ne régit pas (ou du moins plus[783]) la situation dans laquelle une personne prendrait connaissance des renseignements dans une procédure pénale suisse[784]. Néanmoins, pour ce qui est de l'autorité étrangère, le principe de la spécialité lui sera opposable également dans ce cas par le biais de l'art. 34 al. 2 OEIMP qui dispose que si une autorité étrangère reçoit 44

781. TPF RR.2010.225 du 16.10.2012, cons. 1.2.2.
782. Voir à cet égard BSK IRSG-Fiolka, Art. 67 N. 55.
783. Voir *supra* N. 6. Voir aussi TPF 2016 155.
784. Sur cette problématique concernant essentiellement la partie plaignante étrangère étatique, voir Ludwiczak, À la croisée des chemins, p. 295 ss.

l'autorisation de consulter un dossier suisse en dehors d'une procédure d'entraide, les autorités suisses attirent son attention sur le fait que les renseignements fournis ne peuvent pas être utilisés dans une procédure pour laquelle l'entraide est exclue (art. 34 al. 1 let. a OEIMP) et que toute autre utilisation des renseignements est subordonnée au consentement de l'office fédéral (art. 34 al. 1 let. b OEIMP). En revanche, le principe de la spécialité n'est pas opposable à une partie plaignante étrangère non étatique qui aurait eu connaissance des renseignements en consultant le dossier de la procédure pénale nationale suisse et qui souhaite en faire usage dans une procédure civile à l'étranger[785].

45 L'art. 67 al. 3 EIMP a été introduit lors de la révision de 1997 et renvoie directement à l'art 65*a* EIMP, également introduit à cette occasion. Au regard de cette dernière disposition, la réserve faite à l'art. 67 al. 3 EIMP en faveur du principe de la spécialité apparaît superflue. En effet, l'art. 65*a* al. 3 EIMP dispose que la présence des personnes qui participent à la procédure à l'étranger dans la procédure d'entraide « ne peut avoir pour conséquence que des faits ressortissant au domaine secret soient portés à leur connaissance avant que l'autorité compétente ait statué sur l'octroi et l'étendue de l'entraide ». Cette disposition est interprétée par la jurisprudence en ce sens que « la consultation du dossier doit s'effectuer dans des modalités garantissant qu'aucun renseignement utilisable par l'autorité requérante ne parvienne à celle-ci avant l'entrée en force de la décision de clôture »[786]. Ceci est concrétisée par l'obligation, pour l'État requérant, de fournir des garanties, avant la consultation du dossier, par lesquelles il s'engage à adopter un comportement passif et à ne faire aucun usage, ni à des fins investigatives ni à titre de preuve, des renseignements dont il prendra connaissance, avant qu'ils ne lui soient transmis en vertu de la décision de clôture[787]. Il s'ensuit que le mécanisme de l'art. 65*a* EIMP – tout comme celui de l'art. 67*a* EIMP auquel

785. TPF 2016 155, cons. 2.2.1 ss. Voir aussi Zimmermann, Coopération, N. 729. En ce sens mais plus largement du point de vue du droit de procédure, Ludwiczak, À la croisée des chemins, p. 303 et les références citées.

786. TPF RR.2008.106-107 du 17.6.2008, cons. 2. Voir aussi ATF 128 II 211, cons. 2.1.

787. TPF RR.2017.99, RR.2017.65 du 1.12.2017, cons. 3.2 ; TPF RR.2009.205-206 du 24.6.2009 ; TPF RR.2008.106-107 du 17 juin 2008, cons. 3. À ce propos voir aussi Ludwiczak Glassey, Précis, N. 523 ss ; Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, p. 413 ss.

nous renvoyons[788] – prévoit déjà des cautèles visant à prévenir une utilisation des renseignements contraire à l'art. 67 EIMP.

B. Dans le cadre de la transmission spontanée (art. 67*a* EIMP)

L'art. 67 EIMP ne s'applique pas directement à la transmission spontanée (art. 67*a* EIMP). Le principe de la spécialité vaut néanmoins également pour ce domaine, mais sous une forme « adaptée », selon la jurisprudence, découlant de l'art. 67*a* al. 5 EIMP[789]. En réalité, le système mis en place par l'art. 67*a* EIMP prévoit des cautèles qui restreignent le pouvoir de disposition de l'État étranger sur les informations transmises et qui ont pour conséquence de garantir le respect du principe de la spécialité de l'art. 67 EIMP[790]. Il en va *a priori* de même pour le système mis en place par l'art. 80*d*bis EIMP (transmission anticipée d'informations et de moyens de preuve) et les art. 80*d*ter ss EIMP (régissant les équipes communes d'enquête). En d'autres termes, s'agissant de la transmission spontanée, l'art. 67*a* al. 5 EIMP revêt, entre autres, le rôle de « garde-fou du garde-fou » des règles de l'entraide en matière de transmission spontanée. 46

Les cautèles de l'art. 67*a* al. 5 EIMP se manifestent essentiellement par deux aspects. Le premier concerne le fait que les autorités suisses ne doivent pas transmettre spontanément des renseignements touchant au domaine secret à l'État étranger s'il apparaît d'emblée que ceux-ci concernent une infraction pour laquelle l'entraide est exclue[791]. Le deuxième se rapporte au fait que les renseignements doivent, dans l'État requérant, être utilisés uniquement à des fins investigatives, en particulier pour présenter une demande d'entraide à la Suisse. Leur utilisation en tant que moyens de preuve est exclue[792]. Une telle utilisation des renseignements ne sera possible qu'une fois que l'entraide – dans l'hypothèse où elle a été demandée – aura été accordée. Dans ce cas, la 47

788. À ce propos voir *infra* N. 46 ss.

789. ATF 139 IV 137, cons. 5.2.3. Voir aussi BSK IRSG-Fiolka, Art. 67 N. 6, selon lequel l'art. 67*a* al. 5 EIMP est une norme spéciale qui prévaut sur l'art. 67 EIMP.

790. En ce sens, mais pour le mécanisme de l'art. 65*a* EIMP, Ludwiczak, À la croisée des chemins, p. 298.

791. Cette cautèle permet vraisemblablement d'empêcher une utilisation des renseignements à des fins investigatives pour la poursuite d'une infraction pour laquelle l'entraide est exclue, tel que le proscrit par l'art. 67 al. 1 EIMP.

792. ATF 139 IV 137, cons. 5.2.3.

transmission des renseignements suivra la procédure ordinaire prenant fin par la décision de clôture qui réservera le principe de la spécialité (art. 67 EIMP).

V. CONTESTATION JUDICIAIRE

48 Dans la procédure d'entraide en Suisse, en tant qu'État requis, le grief du risque de la violation du principe de la spécialité peut être soulevé au moment du recours contre la décision de clôture. Un tel risque peut en théorie conduire à un refus de l'entraide par les autorités suisses. Il peut être invoqué uniquement par la personne ayant la qualité pour recourir à l'encontre de la décision (art. 80*h* EIMP *cum* 9*a* OEIMP), et le risque allégué doit être susceptible de la toucher personnellement. En d'autres termes, le risque ne peut pas être invoqué pour protéger des intérêts de tiers[793]. Le principe de la confiance prévalant dans les relations internationales, les chances de succès d'un tel grief sont minces, étant précisé que celui-ci n'a, à notre connaissance, encore jamais été admis par les tribunaux[794]. Par ailleurs, une violation passée par l'État requérant du principe de la spécialité n'est pas suffisante pour retenir l'existence d'un tel risque et rompre la confiance qui règne dans les relations interétatiques[795].

49 Un recours est ouvert en Suisse, en tant qu'État requis, également à l'encontre de la décision d'extension de la spécialité[796]. La qualité pour recourir se détermine selon les règles qui régissant la qualité pour recourir contre la décision de clôture, c'est-à-dire en vertu des art. 80*h* EIMP *cum* 9*a* OEIMP[797]. Ceci a pour conséquence que si l'extension de la spécialité est accordée en faveur de l'utilisation des renseignements à l'encontre d'une tierce personne mentionnée dans la documentation bancaire mais qui n'est pas la titulaire du compte objet de la demande d'entraide originaire (art. 9*a* let. a OEIMP et la jurisprudence en la matière[798]), cette personne ne devrait vraisemblablement pas se voir reconnaître la qualité pour recourir contre la décision

793. TF 1A.5/2007 du 25.1.2008, cons. 2.4 ; TPF RR.2021.294 du 23.6.2022, cons. 2.2 ; TPF RR. 2020.20 du 12.5.2020, cons. 2.2. Voir aussi Zimmermann, Coopération, N. 727 et les références citées.

794. Critique à cet égard BSK IRSG-Fiolka, Art. 67 N. 61. Voir aussi pour une décision récente, TPF RR.2021.179 du 14.12.2021, cons. 7.

795. ATF 110 Ib 392, cons. 5c.

796. Entre autres TPF RR.2020.20 du 12.5.2020 ; TPF RR.2010.22 du 16.10.2012 ; TPF RR. 2009.213 du 5.10.2009. FF 1995 III p. 1 ss, 24 ; Gstöhl, p. 113.

797. TPF RR.2020.20 du 12.5.2020, cons. 2 ss ; TPF RR.2009.213 du 5.10.2009, cons. 1.4.

d'extension[799]. Il en va *mutatis mutandis* ainsi de la décision d'extension en faveur de l'utilisation des renseignements à l'encontre d'une personne qui n'a pas été soumise directement à la perquisition au sens de l'art. 9*a* let. b OEIMP (et la jurisprudence en la matière[800]).

Si l'État requérant ne respecte pas le principe de la spécialité une fois les renseignements transmis, les personnes concernées ne disposent pas d'un véritable moyen de droit, en Suisse en tant qu'État requis, pour se plaindre de cette violation[801]. Elles peuvent tout au plus dénoncer l'affaire à l'OFJ qui décidera lui-même des conséquences de la violation s'agissant des relations futures avec l'État requérant[802]. Aucun droit d'exiger une réaction de la part des autorités suisses, en particulier en enjoignant l'État requérant de détruire ou de retourner les renseignements transmis, n'est reconnu[803]. La violation du principe de la spécialité pourra éventuellement être invoquée dans la procédure étrangère afin d'écarter les moyens de preuve considérés illicites, étant précisé que l'existence de ce moyen de droit dépend exclusivement du droit de l'État étranger. 50

LECTURES COMPLÉMENTAIRES

Bernasconi Paolo, Internationale Amts- und Rechtshilfe bei Einziehung, organisiertem Verbrechen und Geldwäscherei, in : Schmid Niklaus *et al.* (édit.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, p. 143 ss.

798. ATF 137 IV 134, cons. 5.2.1. À ce sujet voir aussi Bomio/Glassey, N. 25 ss ; Ludwiczak Glassey, Précis, N. 638 ss.
799. Nous précisons néanmoins que cette situation n'a encore, à notre connaissance, jamais été traitée par les tribunaux.
800. Entre autres TPF 2010 47, cons. 2.1. À ce sujet voir aussi Bomio/Glassey, N. 35 ss ; Ludwiczak Glassey, Précis, N. 650 ss.
801. BSK IRSG-Fiolka, Art. 67 N. 58.
802. ATF 121 II 248, cons. 1b ; TPF RR.2008.35 du 20.5.2008, cons. 2.4. Sur cette question en matière d'assistance administrative, voir TAF B-642/2020 du 14.2.2022 (décision attaquée devant le TF).
803. ATF 121 II 248, cons. 1b ; TF 2C_236/2022 du 2.5.2023 (destiné à publication). Si l'autorité refuse d'intervenir auprès de l'État requérant, la personne concernée peut tout au plus dénoncer l'affaire à l'autorité de surveillance au sens de l'art. 71 PA : TPF RR.2008.35 du 20.5.2008, cons. 2.4.

Opel Andrea, Neuausrichtung der schweizerischen Abkommenspolitik in Steuersachen: Amtshilfe nach dem OECD-Standard, Eine rechtliche Würdigung, Berne 2015.

Schultz Hans, Das schweizerische Auslieferungsrecht, Mit einem Exkurs über die räumliche Geltung des Strafgesetzes, Bâle 1953.

BIBLIOGRAPHIE

Bernasconi Paolo, La cooperatione riguardante la frode fiscale secondo il nuovo Accordo italo-svizzero di assistenza giudiziaria penale, il fisco 1998 p. 13007 ss.

Bomio Giorgio/Glassey David, La qualité pour recourir dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, La quête du juste équilibre entre efficacité et protection des libertés, Jusletter 13 décembre 2010 https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2010/597/_8870.html__ONCE (consulté le 7.2.2023).

De Capitani Werner, Internationale Rechtshilfe eine Standortbestimmung, Strafsachen und Verwaltungssachen, RDS 1981 p. 365 ss.

Donatsch Andreas *et al.*, Internationale Rechtshilfe, Unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2e éd., Genève/Zurich/Bâle 2015.

Gauthier Jean, La nouvelle législation suisse sur l'entraide internationale en matière pénale, RPS 1984 p. 51 ss.

Gstöhl Caroline, Geheimnisschutz im Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Berne 2008.

Harari Maurice, L'évolution récente en matière d'entraide pénale : des interrogations demeurent, in : Gani Raphael (édit.), Récents développements en matière d'entraide civile, pénale et administrative, Lausanne 2004, p. 103 ss.

Ludwiczak Maria, À la croisée des chemins du CPP et de l'EIMP – la problématique de l'accès au dossier, RPS 2015 p. 295 ss (cité : Ludwiczak, À la croisée des chemins).

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Bâle 2018 (cité : Ludwiczak Glassey, Précis)

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, L'artificielle distinction entre « informations » et « moyens de preuve » en entraide pénale internationale, RPS 2022 p. 402 ss.

Markees Curt, Aktuelle Fragen aus dem Gebiete der internationalen Rechtshilfe, RPS 1973 p. 230 ss (cité Markees, RPS 1973).

Markees Curt, Die Rechtshilfe in Strafsachen im Verkehr mit den USA nach dem Vertrag vom 25.5.1973 und dem Bundesgesetz vom 3.10.1975, RPS 1978 p. 113 ss (cité : Markees, RPS 1978).

Markees Curt, Entraide international en matière pénale, Loi fédérale du 20 mars 1981 (EIMP) III : Troisième partie : Autres actes d'entraide, FJS 423c, 1983 (cité : Markees, FJS 423c).

Moreillon Laurent (édit.), Entraide internationale en matière pénale, EIMP, TEJUS, LTEJUS, TEXUS, Commentaire romand, Bâle 2004.

Neyroud Philippe, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, in : Junod Charles-André/Hirsch Alain (édit.), Colloque L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, civile, administrative et fiscale, Genève 1986, p. 15 ss.

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshile in Strafsachen, Bâle 2001.

Schmid Pierre *et al.*, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, RDS 1981 p. 247 ss.

Schultz Hans, Secret bancaire e entraide judiciaire internationale en matière pénale, Société de banque suisse 1982 (cité : Schultz, Secret bancaire).

Schultz Hans, Struttura generale della nuova legge svizzera sulla assistenza internationale in materia penale, in : Broggini (édit.), L'assistenza internationale in materia penale, Milan 1983, p. 15 ss (cité : Schultz, Struttura generale).

Unseld Lea, Internationale Rechtshilfe im Steuerrecht, Akzessorische Rechtshilfe, Auslieferung und Vollstreckungshile bei Fiskaldelikten, Genève/Zurich/Bâle 2011.

Zimmermann Robert, Communication d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale : un paradigme perdu ?, *in* PJA 2007 p. 62 ss (cité : Zimmermann, Communication).

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne 2019 (cité : Zimmermann, Coopération).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 67a EIMP

Un commentaire de Daniel Schaffner / Yves Rohner

PROPOSITION DE CITATION

Daniel Schaffner/Yves Rohner, Commentaire de l'art. 67a EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Schaffner/Rohner, art. 67a EIMP N. XXX.

Art. 67*a* Transmission spontanée de moyens de preuve et d'informations

[1] L'autorité de poursuite pénale peut transmettre spontanément à une autorité étrangère des moyens de preuve qu'elle a recueillis au cours de sa propre enquête, lorsqu'elle estime que cette transmission:

a. est de nature à permettre d'ouvrir une poursuite pénale, ou

b. peut faciliter le déroulement d'une enquête en cours.

[2] La transmission prévue à l'al. 1 n'a aucun effet sur la procédure pénale en cours en Suisse.

[3] La transmission d'un moyen de preuve à un État avec lequel la Suisse n'est pas liée par un accord international requiert l'autorisation de l'OFJ.

[4] Les al. 1 et 2 ne s'appliquent pas aux moyens de preuve qui touchent au domaine secret.

[5] Des informations touchant au domaine secret peuvent être fournies si elles sont de nature à permettre de présenter une demande d'entraide à la Suisse.

[6] Toute transmission spontanée doit figurer dans un procès-verbal.

TABLE DES MATIÈRES

I. Historique 321
II. Positionnement de la disposition dans le contexte de la coopération internationale en matière de droit pénal 322
A. Caractéristique : exception au principe de la demande en droit de l'entraide judiciaire 322
B. Positionnement systématique dans la loi 323
C. Délimitations 324
1. Au sein de l'entraide judiciaire pénale internationale 324
a. Entraide judiciaire ordinaire sur demande étrangère 324
b. Entraide judiciaire active de la part de la Suisse 325
2. Contexte externe à l'entraide judiciaire 326
a. Entraide administrative internationale 326
b. Coopération policière internationale 326
D. Bases juridiques internationales de la communication (d'entraide judiciaire) spontanée 327
1. Aperçu 327
2. Rapport avec l'art. 67a EIMP 327
E. Pertinence pratique de l'art. 67a EIMP 329
III. Contenu réglementaire de l'art. 67a EIMP en détail 330
A. Aperçu 330
1. Les formes de transmission spontanée selon l'art. 67a EIMP 330
a. En ce qui concerne l'objet de la transmission : Informations ou moyens de preuve (ne concernant pas le domaine secret) 330
b. En ce qui concerne la (non-)existence d'une demande d'entraide judiciaire : « forme anticipée » et « forme complémentaire ». 330
2. Autorités impliquées 331
3. Partie générale : définitions 332
a. Informations et moyens de preuve 332
b. Domaine secret 334
4. L'art. 67a EIMP comme disposition « peut ». 335
B. Application des conditions et des limites générales de l'entraide judiciaire également en cas de transmission spontanée 335
C. Les deux types de transmission selon l'art. 67a EIMP 337
1. Transmission spontanée de moyens de preuve (et d'informations) qui ne concernent pas le domaine secret 337
a. Objet de la transmission : moyens de preuve (et informations) recueillis pour une enquête pénale propre qui ne concernent pas le domaine secret (al. 1). . 337
b. But de la transmission : aptitude présumée en vue d'une procédure pénale future ou d'une enquête pénale en cours à l'étranger 338
c. Condition négative : pas d'influence sur la procédure pénale suisse (al. 2) . 340

d. Base : traité international ou accord de l'Office fédéral de la justice 341
2. Transmission spontanée d'informations relevant du domaine secret 341
a. Objet de la transmission : informations concernant le domaine secret 341
b. But de la transmission : aptitude supposée à présenter une demande d'entraide judiciaire à la Suisse 342
c. Autres conditions 343
3. Déroulement de la transmission spontanée 344
a. En général 344
b. Respect du principe de spécialité en particulier 344
c. Obligation de dresser procès-verbal selon l'art. 67a al. 6 EIMP 345
d. Droit d'être entendu ? 346
D. Protection juridique en relation avec les transmissions spontanées selon l'art. 67a EIMP 347
1. Protection juridique (limitée) en Suisse 347
2. Autres conséquences juridiques des transmissions spontanées illégales 348
Bibliographie 349
Matériaux 355

I. HISTORIQUE

Qualifié d'« innovation importante dans la loi sur l'entraide judiciaire » par le ministre de la justice de l'époque, M. Koller, l'art. *67a* EIMP est entré en vigueur en 1997. Le message du Conseil fédéral voyait dans la transmission spontanée selon la nouvelle disposition un **moyen moderne de lutte contre le crime organisé** et la **criminalité économique transfrontalière**; il s'agissait d'éviter une utilisation abusive de la place financière suisse comme plaque tournante. Compte tenu du fait que les actes criminels sont souvent répartis entre différents Etats afin d'empêcher l'enregistrement pénal du comportement en question, de (nouvelles) stratégies de lutte des autorités ont été jugées indispensables, l'accent étant mis en particulier sur l'amélioration de
l'efficacité de la coopération internationale en matière de droit pénal. L'art. *67a* EIMP a entraîné un changement de paradigme : La transmission spontanée réglée ici s'écarte du principe de la demande, typique des relations d'entraide judiciaire internationale, selon lequel l'entraide judiciaire pénale a lieu uniquement sur demande (requête) d'un Etat requérant à l'autre Etat requis. Si des informations et certains moyens de preuve peuvent également être transmis spontanément (sans demande) à un autre Etat au titre de l'entraide judiciaire, cela doit permettre aux autorités suisses de jouer un rôle actif afin d'éviter que des circonstances utiles à une procédure pénale à l'étranger ne restent inexploitées parce que l'autorité compétente sur place n'en a même pas connaissance. En outre, la création de l'art. *67a* EIMP avait pour but de pouvoir établir le plus rapidement possible les circonstances pénalement pertinentes en relation avec la criminalité internationale. 1

Dans le cadre des débats parlementaires, l'art. *67a* EIMP n'**a pas fait l'unanimité**. Ainsi, l'absence de protection juridique en rapport avec la transmission spontanée a été critiquée : L'efficacité doit trouver sa limite là où l'État de droit est menacé. La disposition menaçait de faire dérailler l'ensemble de la loi sur l'entraide judiciaire en raison de la possibilité qu'elle offrait de transmettre spontanément à des tiers des informations relevant du domaine secret. En fin de compte, le Parlement a rejeté la proposition faite au cours de ses délibérations de limiter le champ d'application de l'article *67a* EIMP aux actes graves de portée internationale, mais a ajouté l'al. 6 (obligation de consigner les transmissions spontanées). 2

3 La création d'une possibilité de transmission spontanée en tant qu'instrument d'entraide judiciaire doit être considérée dans le contexte de la **ratification** par la Suisse, en 1993, **de la convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime** du 8 novembre 1990 (CBPM). L'article 10 de la Convention contient une disposition relative à la « transmission spontanée d'informations ». L'art. *67a* EIMP est considéré comme une transposition plus large dans le droit national, notamment parce qu'il ne se réfère pas seulement à des informations, mais aussi à des moyens de preuve.

4 Lors de la création de l'art. *67a* EIMP, l'assistance spontanée aux autorités étrangères n'était pas un phénomène nouveau : d'une part, les instruments correspondants se rapportant aux informations étaient **déjà** établis à l'époque **dans le cadre de la coopération policière** et, d'autre part, l'assistance sans demande était **parfois** fournie *praeter legem* (en tant qu'« entraide sauvage »).

II. POSITIONNEMENT DE LA DISPOSITION DANS LE CONTEXTE DE LA COOPÉRATION INTERNATIONALE EN MATIÈRE DE DROIT PÉNAL

A. Caractéristique : exception au principe de la demande en droit de l'entraide judiciaire

5 L'admission de l'entraide judiciaire pénale suisse à l'étranger sans demande préalable constitue la *raison d'être* de l'art. *67a* EIMP : les autorités suisses peuvent transmettre des informations et certains moyens de preuve à l'étranger « spontanément », c'est-à-dire sans qu'il y ait une demande d'entraide judiciaire étrangère correspondante. L'absence de demande rend caduque , *eo ipso*, la délivrance d'une décision de clôture de la procédure spécifiquement en ce qui concerne les transmissions spontanées, puisque l'art. *80d* EIMP présuppose explicitement une demande exécutée pour une telle transmission. En conséquence, l'art. *67a* EIMP peut être considéré en relation avec les instruments de l'**entraide judiciaire dynamique**: Leur dénominateur commun réside dans le fait que, pour des considérations d'efficacité et de rapidité, l'entraide judiciaire est accordée à l'étranger, comme c'est le cas à l'art. *67a* EIMP, sans décision de clôture ou, comme par exemple dans le cadre d'une transmission anticipée selon l'art. *80d*^{bis} EIMP,

lorsque la demande est adressée à la Suisse, au moins avant l'entrée en force de la décision de clôture.

La **renonciation à une demande d'entraide judiciaire** a des conséquences importantes : 6

- Ainsi, en cas de transmission spontanée, il n'est pas possible de limiter l'objet de la transmission aux **demandes** formulées dans la demande d'entraide, ce qui soulève des questions au regard du principe de proportionnalité.
- En outre, c'est précisément la demande, notamment par le biais de l'exposé des faits qui l'accompagne (cf. par ex. art. 28 al. 3 let. a EIMP), qui constitue le point de départ de l'examen auquel l'Etat requis doit procéder pour déterminer si les **conditions d'octroi de l'entraide judiciaire** sont remplies ou si aucun obstacle ne s'y oppose.
- Enfin, il en résulte des conséquences radicales pour la **protection juridique** en relation avec les transmissions non sollicitées : C'est précisément la décision de clôture - qui n'existe pas à l'art. *67a* EIMP - qui ouvre la voie de droit (préventive) dans le système de l'EIMP.

B. Positionnement systématique dans la loi

En tant que disposition de la troisième partie de la loi, l'art. *67a* EIMP se réfère **exclusivement à l'« autre » (« petite ») entraide judiciaire**. La remise des objets mentionnés dans cette disposition (moyens de preuve et informations) constitue donc également une mesure d'entraide judiciaire praticable dans le cadre de l'« autre » entraide judiciaire (cf. art. 63 EIMP : renseignements, actes de procédure admis par le droit suisse et autres actes officiels). Les autres formes d'entraide judiciaire pénale internationale (cf. art. 1 al. 1 EIMP) ne sont pas accessibles à une exécution spontanée en vertu de l'art. *67a* EIMP : la Suisse ne peut ni extrader spontanément, ni se charger d'une poursuite pénale par procuration sans demande correspondante, ni exécuter un jugement pénal par procuration. Il est toutefois possible qu'une transmission spontanée par la Suisse en vertu de l'art. *67a* EIMP donne lieu à une demande ultérieure adressée à la Suisse (concernant toutes les formes d'entraide judiciaire). 7

C. Délimitations

1. Au sein de l'entraide judiciaire pénale internationale

a. Entraide judiciaire ordinaire sur demande étrangère

8 Si la Suisse fournit l'entraide judiciaire pénale internationale à l'occasion d'une demande qui lui est adressée, il ne s'agit pas, par nécessité conceptuelle, d'une transmission spontanée, précisément en raison de la présente demande ; un recours à l'art. *67a* EIMP est exclu. Les spécificités applicables en la matière, notamment la protection juridique limitée, ne sont pas prises en compte. **Les autorités suisses n'ont pas le droit de choisir**: Si une prestation d'entraide judiciaire est couverte par une demande, elles ne peuvent pas transmettre spontanément. Un point de contact peut toutefois se présenter lorsque la demande d'entraide judiciaire a été déposée en raison d'une transmission spontanée préalable (notamment art. *67a* al. 5 EIMP). Dans ce cas, on peut également faire valoir contre la décision de clôture rendue dans le cadre de la procédure d'entraide judiciaire ordinaire que les conditions de la transmission spontanée n'étaient pas remplies à l'époque.

9 Dans ce contexte, l'**interprétation des demandes d'entraide judiciaire adressées à la Suisse quant à leur contenu ou à leur portée** s'avère centrale dans le contexte de l'art. *67a* EIMP. Le point de départ est l'interdiction de la surmesure découlant du principe de proportionnalité, selon lequel il ne faut pas aller au-delà des demandes formulées dans une requête. Néanmoins, dans la pratique, la Suisse interprète les demandes qui lui sont soumises de manière large, c'est-à-dire généreusement en faveur de l'Etat requérant, en fonction de l'objectif de l'entraide judiciaire visée : Toute aide, même non explicitement mentionnée, qui peut être considérée comme potentiellement importante pour l'autre Etat doit être couverte par la demande. Il ne s'agit pas seulement de circonstances à charge en vue d'une punissabilité selon le droit pénal étranger, mais aussi de circonstances qui, selon toute vraisemblance, ont un effet à décharge pour les reproches faisant l'objet de l'enquête. La pratique d'interprétation a donc globalement un effet restrictif sur le champ d'application de l'art. *67a* EIMP.

En ce qui concerne la délimitation entre l'entraide judiciaire fournie sur demande et la transmission spontanée, il convient de tenir compte de **deux cas particuliers**: 10

- Le fait que la Suisse renvoie à l'Etat requérant une demande qui lui a été adressée pour qu'elle **soit améliorée ou complétée** (art. 78 al. 3 EIMP, art. 28 al. 6 EIMP) ou qu'elle lui pose des questions (art. *80o* EIMP) ne constitue pas un acte de transmission spontanée : il existe à nouveau un lien avec une demande qui exclut précisément l'application de l'art. *67a* EIMP.
- Sous la rubrique « mesures provisoires », l'**art. 18 al. 2 EIMP** confère à l'Office fédéral de la justice le pouvoir de maintenir la situation existante en cas de péril en la demeure (en particulier la sauvegarde de moyens de preuve menacés) ou de sauvegarder des intérêts juridiques menacés, même si aucune demande d'entraide judiciaire n'a encore été déposée, pour autant que celle-ci soit simplement annoncée. Ces mesures sont levées si l'autre Etat ne présente pas de demande dans le délai imparti. Il ressort déjà de ce lien immuable avec une demande que l'art. 18 al. 2 EIMP n'est pas un cas de transmission non sollicitée. En outre, cette disposition ne confère de toute façon pas la compétence de fournir l'entraide judiciaire proprement dite, mais vise uniquement à garantir sa mise à disposition sur le plan national.

b. Entraide judiciaire active de la part de la Suisse

Du fait de la suppression de la demande adressée à la Suisse, la transmission spontanée ne devient pas une entraide judiciaire active, en ce sens que la Suisse demanderait l'entraide judiciaire à l'étranger. L **'art.*67a* EIMP** est plutôt un **cas spécial d'entraide judiciaire passive**: la Suisse accorde l'entraide judiciaire sur la base de l'art. *67a* EIMP, même si elle ne se fonde pas sur une demande préalable qui engloberait l'aide concrète. Ainsi, la transmission spontanée, contrairement à une demande active d'entraide judiciaire de la part de la Suisse, sert en premier lieu les intérêts de l'(autre) Etat qui la reçoit. Suite à la transmission spontanée, soit cet État ne s'adresse pas à la Suisse, car il n'a pas besoin d'une assistance supplémentaire, soit il présente à la Suisse une demande d'entraide judiciaire (ordinaire) suite aux informations obtenues par la transmission spontanée. 11

12 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral **, l'entraide active demandée par la Suisse exclut les transmissions spontanées (ultérieures)**.

2. Contexte externe à l'entraide judiciaire

a. Entraide administrative internationale

13 L'assistance administrative est une autre forme de coopération transfrontalière entre autorités, qui se distingue de l'entraide judiciaire et qui est pertinente dans la pratique. La procédure et la protection juridique, en particulier, sont aménagées différemment. Dans le contexte de l'art. *67a* EIMP, la coopération dans le cadre de l'entraide administrative est parfois mentionnée, surtout parce que cette disposition se réfère aussi à des informations qui sont typiquement transmises sur la base de l'entraide administrative. Une transmission spontanée d'informations sur la base de l'art. *67a* EIMP, conformément à l'art. *67a* al. 5 EIMP, doit donc être qualifiée de « transmission spontanée dans le cadre de l'entraide administrative ». Cette observation dogmatique ne peut toutefois pas changer le fait que **les transmissions spontanées selon l'art.*67a* EIMP** sont **régies**, du moins en principe, **par les principes du droit de l'entraide judiciaire**, compte tenu du lieu de réglementation légal. Ainsi, la protection juridique en relation avec l'art. *67a* EIMP - dans le cadre où elle existe - est généralement assurée en première instance par le Tribunal pénal fédéral, instance compétente en matière d'entraide judiciaire, et non par le Tribunal administratif fédéral, habituellement chargé de l'entraide administrative.

b. Coopération policière internationale

14 L'art. *67a* EIMP régit les transmissions spontanées effectuées par les autorités de poursuite pénale, dont les autorités de police ne font justement pas partie dans ce contexte. Les **bases juridiques de la coopération policière spécifique** qui s'appliquent à leur coopération dans les relations internationales contiennent cependant parfois **aussi des règles sur les transmissions sans demande préalable**. L'art. 11 de l'accord de police germano-suisse (« Transmission d'informations sans demande ») ou l'art. 11 de l'accord entre le Conseil fédéral suisse et la République française relatif à la coopération transfrontalière en matière judiciaire, policière et douanière (« Coopération spontanée », concernant les informations) sont des exemples d'accords bilatéraux. L'article 46 de la convention de Schengen prévoit

également une base juridique pour la communication internationale d'informations sans demande dans le cadre de la coopération policière.

D. Bases juridiques internationales de la communication (d'entraide judiciaire) spontanée

1. Aperçu

Hormis la base de droit interne suisse de l'art. 67a*EIMP* , on trouve **également des** réglementations relatives à l'entraide judiciaire sans demande préalable **dans des traités internationaux**. L'art. 11 du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 2001 (« Informations transmises sans demande ») s'avère particulièrement pertinent pour les échanges européens en matière d'entraide judiciaire. En outre, il convient de tenir compte des traités bilatéraux d'entraide judiciaire que la Suisse a conclus - en tant que traités complémentaires à la Convention européenne d'entraide judiciaire (CEJ) ou en dehors de l'espace juridique européen (p. ex. avec le Mexique ou le Brésil). Des accords de droit international public spécifiques à un domaine peuvent également contenir des dispositions d'entraide judiciaire correspondantes (p. ex. l'art. 10 de la Convention sur le blanchiment d'argent en relation avec la lutte contre le blanchiment d'argent ou l'art. 46 al. 4, al. 5 de la Convention des Nations Unies contre la corruption en vue de la lutte contre la corruption). Une transmission sans demande - de moyens de preuve et d'informations - se rencontre ensuite dans la relation d'entraide judiciaire entre la Suisse et l'Union européenne. 15

2. Rapport avec l'art. *67a* EIMP

L'existence de règles internationales relatives à la transmission spontanée exige que l'**on détermine quand les autorités suisses doivent se fonder sur ces règles pour accorder l'entraide judiciaire sans demande** et quand elles doivent agir conformément à l'art. *67a* EIMP. De même, on peut se demander si la Suisse peut recourir à l'art. *67a* EIMP dans le cadre de l'entraide judiciaire conventionnelle, lorsque le traité international concerné ne règle justement pas lui-même la transmission spontanée. 16

L'art. 1 al. 1 EIMP constitue le point de départ : conformément à la **primauté du droit international sur le droit national**, généralement en vigueur en 17

droit suisse, l'EIMP ne s'applique que dans la mesure où « les conventions internationales n'en disposent pas autrement ». Une transmission spontanée est donc régie en premier lieu, conformément aux règles générales, par les éventuelles dispositions des accords internationaux à caractère self-executing qui sont applicables dans les relations d'entraide judiciaire avec l'Etat concerné. Dans la pratique de l'entraide judiciaire, l'art. *67a* EIMP est néanmoins aussi pertinent dans les relations contractuelles :

- D'une part, les dispositions des traités internationaux relatives à la transmission spontanée **renvoient au droit national**, de sorte que l'art. *67a* EIMP est à nouveau applicable. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une telle réserve expresse est même superflue : si les traités internationaux ne contiennent que **des dispositions « peuvent »** pour les transmissions spontanées, aucune entraide judiciaire allant au-delà du droit national (plus permissive) ne peut être accordée sur la base de ces dispositions. Dans l'ensemble, l'art. *67a* EIMP concrétise donc les dispositions du droit international public, même si elles sont plus restrictives dans certains cas.
- En relation avec l'application de l'art. *67a* EIMP, la jurisprudence se réfère d'autre part au **principe de faveur du droit de l'entraide judiciaire**, selon lequel l'EIMP s'applique également en cas d'entraide judiciaire fondée sur un traité, lorsque « le droit interne suisse pose des exigences moins élevées en matière d'entraide judiciaire ». Concrètement, cela signifie notamment une extension des instruments d'entraide judiciaire disponibles dans un cas particulier sur une base contractuelle aux possibilités prévues par le droit national. Pour les relations d'entraide judiciaire entre la Suisse et l'Ukraine, le Tribunal fédéral a expressément lié l'art. *67a* EIMP à des considérations de faveur : Ainsi, l'art. *67a* EIMP viserait - conformément au principe de faveur - à servir de base légale pour la transmission spontanée d'informations et de moyens de preuve à tous les Etats qui ne sont pas liés à la Suisse par un traité prévoyant une norme équivalente. Etant donné que les relations d'entraide judiciaire entre la Suisse et l'Ukraine étaient à l'époque réglées uniquement sur la base de la CERF, qui ne contient justement aucune disposition relative à une transmission spontanée, le Tribunal fédéral a considéré que le recours complémentaire à l'art. *67a* EIMP était légitime. En vertu du principe de faveur, l'art. *67a* EIMP s'applique donc lorsque l'accord applicable ne

contient aucune disposition ou une disposition moins étendue, c'est-à-dire moins permissive, concernant l'admissibilité d'une transmission spontanée.

Le principe de faveur en matière d'entraide judiciaire fait aujourd'hui l'objet de critiques dans la doctrine. En général, la possibilité d'une entraide judiciaire aussi large que possible qui en découle est considérée comme unilatérale et doit être rejetée, compte tenu des intérêts individuels souvent contradictoires qui doivent être pris en considération dans les procédures pénales internationales fondées sur la division du travail. En ce qui concerne spécifiquement la transmission spontanée, il est fait référence de manière convaincante à la motivation de protection individuelle inhérente à l'art. 67*a* al. 3 EIMP (exigence d'une base conventionnelle ou de l'accord de l'Office fédéral de la justice), qui impose précisément de ne pas créer une situation d'incertitude par rapport au droit national, par exemple en ce qui concerne le champ d'application de la loi. Par exemple, en ce qui concerne le champ d'application ou les voies de transmission, l'application d'une disposition conventionnelle plus restrictive concernant la transmission spontanée sans permettre une entraide judiciaire (spontanée) via l'art. *67a* EIMP.

E. Pertinence pratique de l'art. *67a* EIMP

En raison de l'obligation imposée par le Tribunal fédéral aux autorités suisses qui transmettent spontanément des données d'informer l'Office fédéral de la justice - lui-même autorité de surveillance de la coopération internationale en matière d'entraide judiciaire pénale (cf. art. 3 OEIMP) - de toutes les prestations d'entraide judiciaire fournies sur la base de l'art. *67a* EIMP, on dispose de données statistiques sur la pertinence pratique de l'art. *67a* EIMP : Alors que 117 cas sont mentionnés en 2023, 128 l'ont été en 2022 et 116 en 2021. La **valeur maximale** a été atteinte **en 2020 avec 168 transmissions spontanées**. 18

Pour autant que la jurisprudence accessible le permette, la pratique recourt exclusivement à l'art. *67a* EIMP pour **transmettre spontanément à l'étranger des informations concernant le domaine secret** (al. 5). En revanche, la possibilité de transmettre des moyens de preuve ne relevant pas du domaine secret (al. 1, 4), qui figure également dans cette disposition, ne semble pas être utilisée. 19

III. CONTENU RÉGLEMENTAIRE DE L'ART. *67A* EIMP EN DÉTAIL

A. Aperçu

20 La fourniture de l'entraide judiciaire pénale internationale par la Suisse nécessite une base légale, notamment en raison de son **importance pour le droit individuel**, mais aussi en raison du **secret de fonction** qui lie les autorités (pénales) suisses et qui **est sanctionné par l'art. 320 CP**. L'art. *67a* EIMP règle pour le droit national quand l'entraide judiciaire peut être accordée sans demande de la Suisse à l'étranger et permet ainsi aux autorités impliquées de lever le secret de fonction de manière ciblée.

1. Les formes de transmission spontanée selon l'art. *67a* EIMP

a. En ce qui concerne l'objet de la transmission : Informations ou moyens de preuve (ne concernant pas le domaine secret)

21 La différenciation entre moyens de preuve et informations est inhérente à l'art. *67a* EIMP. Ces deux catégories peuvent en principe faire l'objet d'une transmission spontanée, mais la loi les traite différemment : Si le **domaine secret est concerné**, **les moyens de preuve** ne peuvent **en aucun casêtre transmis sur la base de l'art.** *67a* **EIMP**, contrairement aux informations, pour lesquelles cela est en principe possible (cf. al. 4 et 5).

b. En ce qui concerne la (non-)existence d'une demande d'entraide judiciaire : « forme anticipée » et « forme complémentaire ».

22 Selon que la transmission spontanée par la Suisse **a lieu parallèlement à une demande d'entraide judiciaire** que l'État concerné a adressée à la Suisse ou non (de manière autonome), on fait la distinction entre une « forme complémentaire » (complétant une demande) et une « forme anticipée » (anticipant une demande) :

- Selon la définition du Tribunal fédéral, la « **forme anticipée** » désigne les transmissions non sollicitées qui ont lieu indépendamment de toute procédure d'entraide et qui sont susceptibles de donner lieu par la suite à une demande d'entraide judiciaire (cf. art. *67a* al. 5 EIMP).

- La « **forme complémentaire** » permet de transmettre ce qui n'est pas exigé dans la demande - même sur la base d'une interprétation large conforme à la pratique - ou ce qui concerne un état de fait qui n'est pas couvert par la demande, mais qui, du point de vue des autorités suisses, est susceptible de faire avancer la procédure dans l'Etat requérant. En ce sens, l'existence d'une demande d'entraide judiciaire n'exclut pas *ipso facto* le recours à l'art. *67a* EIMP. Ce complément aux demandes d'entraide pendantes adressées à la Suisse par des transmissions spontanées au moyen de la « forme complémentaire » relativise, comme le faisait déjà l'interprétation large de la demande, la limitation de principe d'une demande d'entraide judiciaire aux requêtes formulées dans la demande (interdiction de la surenchère). Dans le scénario de la coexistence d'une procédure d'entraide judiciaire ordinaire sur demande et d'une transmission spontanée au moyen de la « forme complémentaire », il est nécessaire de déterminer sur quelle base une aide déterminée a été fournie, étant donné que la protection juridique a fait l'objet d'une conception particulière en relation avec l'art. *67a* EIMP. C'est toutefois à juste titre que l'on souligne l'importance marginale de la « forme complémentaire » selon l'art. *67a* EIMP en raison de l'interprétation large pratiquée des demandes d'entraide judiciaire adressées à la Suisse.

2. Autorités impliquées

Les autorités habilitées à transmettre spontanément des informations sur la base de l'art. *67a* EIMP sont en **premier lieu** les **ministères publics et le Ministère public de la Confédération**. La littérature, tout comme le message du Conseil fédéral, se réfère plus largement aux autorités pénales judiciaires suisses, les tribunaux (pénaux) étant également mentionnés. En revanche, la police ou les autorités administratives ne peuvent pas agir en vertu de l'art. *67a* EIMP. L'assistance au sens de l'art. *67a* EIMP doit être fournie - conformément aux bases juridiques applicables dans le cas d'espèce par rapport à l'Etat assisté - à l'autorité à laquelle l'autorité suisse s'adresserait si elle avait été contactée dans l'affaire en question par le biais d'une demande d'entraide judiciaire. 23

3. Partie générale : définitions

a. Informations et moyens de preuve

24 Au-delà de l'article 10 de la Convention sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, l'article *67a* de l'EIMP inclut non seulement les informations comme objet d'une éventuelle transmission spontanée, mais aussi les moyens de preuve ; il s'agit d'une **spécificité suisse**.

25 Même si la pratique se concentre manifestement sur la transmission spontanée d'informations concernant le domaine secret, la délimitation par rapport à la notion de moyen de preuve s'avère centrale pour l'application de l'art. *67a* EIMP, car la capacité de transmission a fait l'objet d'une réglementation différente *de lege lata* (exclusion en cas de domaine secret concerné pour les moyens de preuve, mais pas pour les informations, art. *67a* al. 4, 5 EIMP). Une autorité suisse qui transmet un document sans y avoir été invitée doit donc déterminer si l'objet de la transmission est effectivement une information. Cette situation contraste avec une certaine incertitude de la pratique quant à la concrétisation du contenu de la paire de termes. Selon une jurisprudence constante, ce n'est pas le mode d'obtention sur le territoire national qui doit être pris en compte, mais l'**utilisation possible dans l'État destinataire de la transmission non sollicitée**. Le Tribunal fédéral considère que l'établissement de définitions générales est « délicat », étant donné que les contours des notions peuvent se recouper et que la différence est plutôt de nature graduelle que fondamentale. Il faut donc décider au cas par cas si l'on a affaire à des informations ou à des moyens de preuve. Selon la jurisprudence, les moyens de preuve se caractérisent par le fait que l'on peut supposer que l'Etat étranger peut les utiliser directement à des fins de preuve - en raison de leur nature (« nature »), d'un degré de détail élevé ou de leur caractère officiel - ou fonder une accusation sur eux.

26 Dans la jurisprudence du Tribunal pénal fédéral, on trouve en outre une approche fondée sur des considérations systématiques, selon laquelle il faut s' **orienter** - à titre subsidiaire - **vers les codes de procédure** pour concrétiser la notion de moyens de preuve : Seraient donc concernés, pour la Suisse, les procès-verbaux d'audition, les enregistrements de vidéoconférences et de conférences téléphoniques (art. 144 CPP), les rapports écrits selon l'art. 145 CPP (en lieu et place d'auditions), les rapports d'expertise (art. 185 CPP) et les enregistrements d'inspections (art. 193 al. 3 CPP), les objets de preuve selon

l'art. 192 CPP, les rapports et les renseignements selon l'art. 195 CPP ainsi que les dossiers consultés sur la base de l'art. 194 CPP. Les informations (« simples informations »), en revanche, doivent constituer - par définition négative - toutes les données à la disposition de l'autorité de poursuite pénale qui ne peuvent pas être assimilées à des moyens de preuve ou qui ne sont pas utilisables en tant que tels ; on parle également de pre-evidence.

L'examen de la notion de moyen de preuve dans le droit de procédure pénale suisse recèle un certain potentiel de malentendus : La question qui se pose dans le contexte de l'art. *67a* EIMP est de savoir **si un objet transmis dans une procédure***étrangère* **peut être un moyen de preuve**. Or, les autorités suisses ne procèdent en principe pas à un examen du code de procédure pertinent de l'État qui reçoit la transmission spontanée. Au lieu de cela, pour délimiter les moyens de preuve et les informations, on se réfère, au moins comme point de repère, à l'ensemble de critères présenté - qui repose toujours, et pas seulement en cas d'intégration explicite des notions du CPP, sur une compréhension préalable du droit suisse. 27

Exemples de qualifications explicites par la jurisprudence: 28

- « Documentation bancaire » sous la protection de l'art. 47 LB (en particulier les extraits bancaires et la correspondance bancaire) : moyen de preuve (concernant le domaine secret).
- Indication de l'existence d'un compte bancaire avec mention de la propriété et de l'ayant droit économique : information (concernant le domaine secret).
- Indication d'un contrat - en relation avec un comportement présumé punissable -, rôle de la personne accusée en Suisse à cet égard, existence de comptes, y compris ceux des membres de sa famille, auprès de banques suisses nommément désignées : informations (concernant le domaine secret).
- Tableau (« résumé synoptique ») reprenant les noms des personnes mises en cause dans une procédure pénale suisse, les numéros de procédure ainsi que des indications sur la date de naissance, les activités professionnelles, l'état civil et le numéro de la carte d'identité, le numéro du compte bancaire, les éventuels mandataires, les montants détenus sur les comptes ainsi que d'éventuelles remarques sur le blocage des avoirs : (Informations relevant du domaine secret)

- Résumé des résultats d'une enquête pénale suisse, comprenant par exemple l'indication d'une personne détenant l'ayant droit économique d'entreprises dont les comptes ont été bloqués au cours de l'enquête, ainsi que le lieu de situation des comptes sans remise exacte : informations (secrètes).
- communication MROS mentionnant une relation bancaire : information
- Information sur l'ouverture d'une procédure pénale en Suisse : information
- Photographies d'objets archéologiques trouvés en Suisse : informations (présumées)
- Procès-verbaux d'audition : éléments de preuve

29 La délimitation traditionnelle entre moyens de preuve et informations sur la base de la « nature des éléments à transmettre », en tenant compte de la procédure étrangère, mais en recourant à des concepts suisses, a **été critiquée à juste titre dans la nouvelle littérature**.

b. Domaine secret

30 **L 'art. 67*a* EIMP** fait référence à la notion de domaine secret **aux al. 4 et 5** et définit ainsi plus précisément l'objet des transmissions spontanées autorisées : les moyens de preuve qui concernent le domaine secret ne peuvent pas - contrairement aux informations (al. 5) - être transmis spontanément (al. 4).

31 La loi ne précise pas ce qu'il faut entendre par domaine secret dans le contexte de l'art. *67a* EIMP. Seul l'art. 9 EIMP s'exprime de manière générale sur la « protection du domaine secret » : celle-ci est régie par le droit de refuser de témoigner (prévu par la procédure pénale, cf. art. 12 al. 1 phrase 2 EIMP), les art. 246 à 248 CPP s'appliquant par analogie à la perquisition d'enregistrements et à la mise sous scellés. En se référant aux documents, la doctrine part majoritairement du principe que le domaine secret au sens de l'art. *67a* EIMP **doit être** considéré **comme plus large que celui de l'art. 9 EIMP** et qu'il comprend tous les secrets juridiquement protégés. Cela correspond à l'avis exprimé par le rapporteur dans le cadre des débats parlementaires, selon lequel le domaine secret est protégé dans ce contexte par des dispositions de droit constitutionnel, civil et pénal, de sorte que, outre la protection du secret dans le cadre de la procédure pénale, le secret de fabrication, le secret d'affaires et le secret bancaire sont notamment couverts.

Ce point de vue s'est également imposé dans la jurisprudence, le **secret bancaire étant au premier plan**. 32

4. L'art. *67a* EIMP comme disposition « peut ».

La transmission spontanée ne constitue pas un automatisme, mais est laissée à l'**appréciation (de la décision) des autorités suisses** (disposition « peut »). Celle-ci doit être exercée conformément aux principes généraux. En ce qui concerne l'exercice du pouvoir d'appréciation, la jurisprudence et la doctrine soulignent, spécifiquement en relation avec l'art. *67a* EIMP et en se référant aux explications du message du Conseil fédéral, la retenue qui s'impose en principe dans l'application de cette disposition, afin de ne pas favoriser les contournements des règles de l'entraide judiciaire, notamment les dénonciations ou un flux incontrôlé d'informations vers d'autres Etats. En outre, la décision de procéder à des transmissions spontanées est également déterminée par l'art. *67a* al. 2 EIMP, selon lequel la priorité est en principe accordée à la procédure (pénale) suisse dans le cadre de laquelle les objets potentiellement à transmettre sont recueillis. 33

B. Application des conditions et des limites générales de l'entraide judiciaire également en cas de transmission spontanée

Bien qu'il s'agisse d'un cas particulier, la transmission spontanée est une « petite » entraide judiciaire pénale fournie par la Suisse à l'étranger. Il s'ensuit que les **conditions et les limites généralement applicables** à celle-ci **doivent également être prises en compte pour l'application de l'art.** ***67a*** **EIMP**, dans la mesure où cette disposition n'y déroge pas en tant que *lex specialis*. Cela s'impose en particulier au regard de l'art. *67a* al. 5 EIMP, puisque la transmission spontanée d'informations relevant du domaine secret vise à permettre à l'autre Etat de présenter une demande d'entraide judiciaire : si des obstacles prévisibles s'y opposent d'emblée, il est interdit de transmettre spontanément - sans but réalisable. 34

Les **traités internationaux** éventuellement applicables pour les conditions et les limites générales de l'entraide judiciaire ainsi que, selon le cas, les **règles de l'EIMP** sont pertinents. Dans ce dernier cas, il faut notamment qu'une affaire pénale soit soutenue à l'étranger (cf. art. 1 al. 3 EIMP) et qu'il n'y ait pas de motif d'exclusion au sens de l'art. 2 EIMP (procédure déficiente dans l'autre Etat, notamment au regard de la situation des droits de l'homme) 35

et de l'art. 3 EIMP (al. 1 : délit politique et militaire, al. 3 : délit fiscal). Une transmission spontanée n'est en outre pas autorisée en cas d'extinction de l'action pénale, le droit suisse ou le droit étranger étant applicable selon le cas (art. 5 EIMP). De même, en relation avec l'art. *67a* EIMP, se posent alors des questions de réciprocité (art. 8 EIMP).

36 L'art. *67a* EIMP s'écarte des principes généraux en renonçant à une demande d'entraide judiciaire adressée à la Suisse, ce qui est typique des transmissions spontanées, et en exigeant, selon la jurisprudence, **une double incrimination**. L'EIMP pose cette condition pour la « petite » entraide judiciaire selon l'art. 64 al. 1 EIMP, dans la mesure où des mesures d'entraide judiciaire sont demandées qui nécessitent une contrainte procédurale en Suisse : Dans ce cas, il est exigé que l'acte poursuivi à l'étranger présente (hypothétiquement) les caractéristiques objectives d'un élément constitutif d'une infraction selon le droit suisse. L'argumentation du Tribunal fédéral en faveur de la non-nécessité de la double incrimination dans le contexte de la transmission spontanée vise le fait que l'objet de la transmission a déjà été « recueilli par les autorités suisses pour leur propre enquête pénale » (art. *67a* al. 1 EIMP), de sorte qu'il n'y a pas de contrainte ordonnée par l'entraide judiciaire à légitimer spécialement, à laquelle se rattache à son tour l'art. 64 EIMP.

37 Dans l'ensemble, l'absence de demande en cas de transmission spontanée devrait rendre de facto plus difficile l'examen des conditions et des limites générales de l'entraide judiciaire, étant donné que les autorités suisses auxquelles il incombe de le faire disposent de moins d'éléments, notamment en ce qui concerne la procédure pénale à soutenir dans l'État qui reçoit l'assistance. Cela ne change toutefois rien à la **maxime inquisitoire** généralement applicable à la procédure d'entraide judiciaire (passive) suisse, qui doit être respectée. Les autorités suisses qui transmettent sans demande sur la base de l'art. *67a* EIMP sont tenues de faire preuve d'une attention particulière en ce qui concerne l'évaluation de la recevabilité.

C. Les deux types de transmission selon l'art. *67a* EIMP

L'art. *67a* EIMP contient deux types fondamentaux de transmission non sollicitée, **selon que le domaine secret est concerné ou non**: 38

- **Domaine secret non concerné**: *les sedes materiae* constituent l'al. 1 et l'al. 4, complétés par l'al. 2, l'al. 3 et l'al. 6. L'objet de la transmission peut être d'une part - conformément au libellé de l'art. *67a* al. 1 EIMP - des moyens de preuve, d'autre part, par analogie, des informations.
- **Domaine secret concerné**: le point de départ est constitué par les al. 5 et 4, complétés par l'al. 1 relatif à la provenance de l'objet de la transmission ainsi que par les al. 2 et 6. *A priori*, seules des informations peuvent être transmises, mais pas des moyens de preuve.

1. Transmission spontanée de moyens de preuve (et d'informations) qui ne concernent pas le domaine secret

a. Objet de la transmission : moyens de preuve (et informations) recueillis pour une enquête pénale propre qui ne concernent pas le domaine secret (al. 1).

Si le domaine secret n'est pas concerné, tant **les moyens de preuve** que **les informations** - *praeter verba legis* - peuvent être transmis spontanément. 39

L'art. *67a* al. 1 EIMP impose une restriction en ce qui concerne la **provenance juridique de l'objet de la transmission** . En l'absence d'une demande d'entraide judiciaire, celle-ci ne peut pas avoir été préparée en Suisse sur la base du droit de l'entraide judiciaire. C'est pourquoi ce sont les propres enquêtes pénales suisses auxquelles la loi se rattache : Les autorités suisses peuvent en principe transmettre spontanément à l'étranger ce qui est recueilli dans ce cadre, en vertu de l'art. *67a* EIMP. 40

Eu égard aux exigences de cette procédure présupposée en Suisse, dont découlent les éléments à transmettre selon l'art. *67a* EIMP, depuis un changement de pratique intervenu en 2014 **, l'ouverture d'une procédure d'enquête au sens de l'art. 309 CPP comme condition indispensable**: le Tribunal fédéral a plutôt admis qu'il suffisait qu'un ministère public suisse ait été saisi légalement sur la base d'une communication du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) conformément à 41

l'art. 23 al. 4 let. b LBA et qu'il fallait partir du principe qu'il existait des soupçons suffisants pour que le contenu de cette communication puisse être transmis, même s'il n'y a pas eu par la suite d'ordonnance d'ouverture selon le CPP. L'inutilité d'une ouverture d'enquête en Suisse a été justifiée - malgré la formulation de l'art. *67a* al. 1 EIMP qui laisse supposer une telle ouverture - notamment par le fait que l'intérêt de la poursuite pénale suisse n'est pas au premier plan dans le contexte de l'art. *67a* EIMP. Le but principal serait plutôt de favoriser l'ouverture ou l'avancement de la procédure pénale étrangère.

42 Même si une décision d'ouverture au sens technique est superflue, l'Office fédéral de la justice maintient que la Suisse ne peut transmettre spontanément des informations que s'il existe **au moins en principe une souveraineté pénale suisse**, comprise comme l'application territoriale du droit pénal suisse. De même, il va de soi que les démarches pénales entreprises en Suisse, indépendamment du stade atteint dans la procédure préliminaire, ne doivent pas constituer un simple prétexte pour pouvoir transmettre spontanément (« réelle et sérieuse »).

43 Le Tribunal fédéral ne veut pas s'opposer à une transmission spontanée si la **collecte de l'objet de la transmission en Suisse** a été effectuée **de manière illégale**, c'est-à-dire non conforme à ses propres exigences : en ce qui concerne spécifiquement l'illégalité des preuves collectées en Suisse - et par conséquent leur éventuelle inutilité -, celle-ci doit être soulevée dans la procédure étrangère à laquelle la Suisse contribue par le biais de la transmission spontanée. Selon le point de vue défendu ici, ce transfert dans la procédure soutenue par la Suisse peut parfois s'avérer problématique pour les personnes concernées par la poursuite pénale internationale basée sur la division du travail. C'est notamment le cas lorsque l'État qui mène la procédure pénale initiale n'a pas la possibilité de se plaindre des lacunes de l'enquête suisse sur l'objet de la transmission spontanée.

b. But de la transmission : aptitude présumée en vue d'une procédure pénale future ou d'une enquête pénale en cours à l'étranger

44 Conformément à l'art. *67a* al. 1 EIMP, la transmission spontanée d'éléments ne relevant pas du domaine secret peut avoir lieu si, de l'avis de l'autorité suisse intervenant, elle est de nature à permettre **soit l'ouverture d'une procédure pénale** dans l'Etat bénéficiaire de l'entraide (let. a) **, soit à faciliter une enquête pénale pendante à l'étranger** (let. b).

La question de savoir si une transmission spontanée relève de la let. a ou de la let. b de l'art. *67a* al. 1 EIMP n'a pas d'importance, car la loi ne fait pas de distinction entre les deux variantes. De même, la distinction conceptuelle entre « procédure pénale » (let. a) et « instruction pénale » (let. b) n'a pas de conséquences ; le seul élément déterminant est que la procédure étrangère soutenue (en attente ou pendante) est une **affaire pénale au sens de l'art. 1 al. 3 EIMP** . 45

L'ouverture envisagée d'une procédure pénale à l'étranger signifie également l'extension du contenu d'une procédure déjà en cours. En ce qui concerne la facilitation de la poursuite pénale au sens de l'art. *67a* al. 1 let. b EIMP, celle-ci peut consister à permettre à l'Etat étranger d'adresser une **demande d'entraide judiciaire à la Suisse** , comme le prévoit l'art. *67a* al. 5 EIMP comme (seul) but de la transmission en ce qui concerne les informations relevant du domaine secret. 46

Les **circonstances à décharge** peuvent **également** faire l'objet d'une transmission spontanée. Elles peuvent également faciliter une enquête pénale à l'étranger, conformément à l'art. *67a* al. 1 let. b EIMP. 47

Comme toute mesure d'entraide judiciaire, les transmissions spontanées doivent toujours s'avérer **globalement proportionnées** - eu égard au but de la transmission fixé par la loi, à savoir l'ouverture d'une procédure ou la facilitation d'une enquête à l'étranger - bien que l'art. *67a* al. 1 EIMP ne mentionne expressément que le critère d'aptitude comme premier élément du principe de proportionnalité. Le fait qu'en cas de transmission spontanée, il n'y ait par définition pas de demande comme point de départ pour des considérations de proportionnalité (interdiction de la surmesure) ne justifie pas non plus une application globalement disproportionnée de l'art. *67a* EIMP. Dans ce sens, une application de l'art. *67a* EIMP sans lien entre les documents à transmettre et l'infraction poursuivie ou à poursuivre s'avérerait inadmissible au regard du principe de proportionnalité. En outre, l'entraide judiciaire doit être conçue de manière à ménager le plus possible les droits individuels (nécessité) et être raisonnablement exigible pour toutes les parties sur la base d'une pesée complète des intérêts. Dans la littérature, on déduit parfois du principe de proportionnalité - conformément aux efforts infructueux déployés à cet égard dans le cadre des travaux législatifs et non repris jusqu'ici par la jurisprudence - une limitation de l'art. *67a* EIMP à des infractions graves à définir de quelque manière que ce soit. Indépendamment 48

de la question de savoir si , *de lege lata*, il est possible de définir dans ce sens une liste exhaustive d'infractions commises à l'étranger pour lesquelles les transmissions spontanées sont considérées comme admissibles, il semble indispensable que la gravité des reproches en suspens, à l'élaboration desquels la Suisse entend contribuer par la transmission de circonstances à charge et à décharge en recourant à l'art. *67a* EIMP, fasse partie de l'examen général de la proportionnalité.

c. Condition négative : pas d'influence sur la procédure pénale suisse (al. 2)

49 L'art. *67a* EIMP fixe des règles concernant le rapport entre une transmission spontanée et la procédure (pénale) suisse dans le cadre de laquelle les éléments transmis ont été recueillis, en stipulant que la première n'a pas d'influence sur la seconde. Le Tribunal fédéral voit le message principal de cette formulation peu compréhensible dans le fait que l'entraide judiciaire (ou une procédure d'entraide judiciaire) et une éventuelle procédure pénale suisse basée sur les mêmes faits « **sont en principe indépendantes l'une de l'autre** ». Cela signifie deux choses :

- D'une part, il est exprimé qu'une transmission spontanée à l'étranger n'**a pas** ou ne doit pas avoir*eo ipso* de **conséquences pour une procédure pénale locale** - comme en particulier une suspension, la renonciation à l'exercice de sa propre prétention pénale ou un changement de juge.
- D'autre part, la doctrine déduit de l'art. *67a* al. 2 une prescription pour l'application du pouvoir discrétionnaire inhérent à l'art. *67a* EIMP (« peut [...] transmettre »), à savoir s'il faut ou non procéder à une transmission spontanée à l'étranger : Une telle transmission ne doit pas avoir lieu si elle risque de **compromettre** le **succès de l'enquête en Suisse**. Il s'agit notamment du cas où des mesures de surveillance secrètes (art. 269 ss CPP) sont encore en cours en Suisse. Du point de vue de la procédure pénale, il est évident que les autorités pénales suisses ne contrecarrent pas leurs propres procédures par des prestations volontaires d'entraide judiciaire, car le choix de la conduite de l'enquête objectivement nécessaire relève du pouvoir d'appréciation du ministère public, qui doit être exercé conformément à ses obligations (art. 16 al. 2 en relation avec l'art. 6 al. 1 CPP). L'art. *67a* al. 2 EIMP établit cette priorité de la propre procédure (pénale) également pour le droit de l'entraide judiciaire. Pour

l'individu concerné, une telle disposition de l'art. *67a* EIMP, qui se réfère à la procédure (pénale) suisse, est toutefois désavantageuse dans la mesure où elle comporte le risque que des transmissions spontanées *de* circonstances *à décharge* à l'étranger puissent échouer - au moins pendant un certain temps - en raison du droit pénal suisse. Afin d'éviter des résultats unilatéraux, il faut ici procéder à une pesée ouverte des intérêts en tenant compte de l'importance de la procédure suisse.

L'art. *67a* al. 2 n'exclut toutefois pas que la Suisse décide **ultérieurement**, sur la base de la procédure étrangère soutenue par une transmission spontanée, de **demander à l'autre Etat de se substituer à la poursuite pénale** et de renoncer à sa propre procédure sur son territoire. 50

d. Base : traité international ou accord de l'Office fédéral de la justice

Qualifiée de restriction par le message du Conseil fédéral, la transmission de moyens de preuve selon l'art. *67a* EIMP à un Etat avec lequel il n'existe pas d'accord international prévoyant la transmission spontanée requiert l'**accord (préalable) de l'Office fédéral de la justice**. 51

2. Transmission spontanée d'informations relevant du domaine secret

a. Objet de la transmission : informations concernant le domaine secret

L'art. *67a* al. 5 EIMP régit la transmission spontanée dans le domaine secret. Une telle transmission n'est autorisée **que pour les informations**: L'art. *67a* al. 4 EIMP exclut certes uniquement les moyens de preuve concernant le domaine secret de la transmission spontanée selon les al. 1 et 2 de l'art. *67a* EIMP, mais comme l'art. *67a* al. 5 EIMP ne mentionne pas non plus de tels moyens de preuve, il manque *a contrario* une base légale pour leur transmission spontanée. Ils ne peuvent donc être transmis à l'étranger que dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire ordinaire engagée à la suite d'une demande correspondante. L'art. *67a* al. 5 EIMP doit être considéré comme une conséquence de l'art. *67a* al. 1 et 4 EIMP. 52

En relation avec la transmission spontanée d'informations relevant du domaine secret selon l'art. *67a* al. 5 EIMP, la pratique thématise également l'al. 1 de l'art. *67a* EIMP dans la mesure où il s'agit de la **provenance de l'objet de** 53

la transmission: à juste titre, il doit également avoir été « recueilli par la Suisse pour sa propre enquête pénale ».

b. But de la transmission : aptitude supposée à présenter une demande d'entraide judiciaire à la Suisse

54 Contrairement aux moyens de preuve (et aux informations) ne relevant pas du domaine secret selon l'art. *67a* EIMP, l'utilité pour la procédure pénale étrangère d'une transmission spontanée d'informations relevant du domaine secret doit (uniquement) consister à permettre à l'Etat étranger compétent de s'adresser à la Suisse avec une demande d'entraide judiciaire. En ce sens, la transmission spontanée par la Suisse constitue une *invitatio ad offerendum* ou une étape préliminaire, précisément dans l'optique de la procédure d'entraide judiciaire ordinaire visée. Dans le cas de l'art. *67a* al. 5 EIMP, la procédure pénale étrangère n'est pas soutenue directement, mais par le biais d'une future procédure d'entraide judiciaire suisse. Il faut au moins qu'il y ait un pronostic positif quant à l'utilité des informations transmises spontanément. Selon l'opinion défendue ici, celle-ci ne doit pas seulement se référer à la possibilité d'une demande d'entraide judiciaire adressée à la Suisse, comme le mentionne expressément l'art. *67a* al. 5 EIMP, mais également - dans la mesure du possible et sans effet préjudiciable dans la perspective d'une procédure d'entraide judiciaire passive ultérieure - à l'utilité, du moins en principe, d'une éventuelle prestation d'entraide judiciaire (ordinaire) ultérieure de la Suisse pour l'Etat qui la reçoit.

55 Le fait que l'État destinataire de la transmission spontanée fonde à nouveau une **demande d'entraide judiciaire ultérieure adressée à la Suisse** sur les circonstances qui lui ont été communiquées auparavant par les autorités suisses sans qu'il ait à en faire la demande correspond, du point de vue du Tribunal pénal fédéral, à l'objectif des transmissions spontanées et ne constitue pas un défaut.

56 Une transmission d'informations au sens de l'art. *67a* al. 5 EIMP s'applique principalement **en relation avec des comptes bancaires situés en Suisse**: Comme il s'agit de moyens de preuve relevant du domaine secret, la transmission spontanée d'une « documentation bancaire » est exclue ; l'autorité étrangère peut toutefois être rendue attentive - en vue d'une prochaine demande d'entraide judiciaire - par exemple à l'existence d'un

compte bancaire et à des indications telles que la propriété ou l'ayant droit économique.

L'art. *67a* al. 5 EIMP exige que les informations transmises spontanément et concernant le domaine secret soient uniquement *aptes* **à permettre le dépôt d'une demande d'entraide judiciaire**, de sorte que le fait que l'autre Etat n'utilise pas les informations appropriées pour adresser une demande à la Suisse ne constitue pas en soi une violation de cette disposition. 57

Il va de soi que l'objectif de l'art. *67a* al. 5 EIMP, en ce qui concerne la transmission spontanée (simple possibilité de présenter une demande d'entraide judiciaire), doit être garanti de manière suffisante à l'égard de l'Etat auquel la transmission est faite, au moyen d'une **réserve de spécialité**. 58

Le but de la transmission prévu à l'art. *67a* al. 5 EIMP, à savoir permettre une demande d'entraide judiciaire, implique que **les conditions générales de l'entraide pénale internationale à fournir par la Suisse s'appliquent** également aux transmissions spontanées : La transmission d'informations concernant le domaine secret dans le but de formuler une demande dont il est déjà prévisible que la Suisse ne pourra pas y donner suite un jour ne résisterait pas au principe de proportionnalité. 59

c. Autres conditions

En ce qui concerne les autres alinéas de l'art. *67a* EIMP, il n'y a pas de raison pour que **l'art.*67a* al. 2 EIMP** ne s'applique pas également à la transmission spontanée d'informations concernant le domaine secret. Le rapport avec une éventuelle procédure pénale suisse ne peut pas être différent de celui qui existe lorsque la transmission est effectuée conformément à l'art. *67a* al. 1 EIMP. 60

En revanche, le Tribunal fédéral n'étend expressément pas le champ d'application de l'art. *67a* **al. 3 EIMP**, conformément au texte dans le sens d'une conclusion inverse, à la transmission spontanée d'informations concernant le domaine secret, pertinente pour la pratique. De telles transmissions selon l'art. *67a* al. 5 EIMP ne doivent donc pas être soumises, par analogie, aux conditions alternatives soit d'un accord international soit de l'approbation de l'Office fédéral de la justice. 61

3. Déroulement de la transmission spontanée

a. En général

62 L'art. *67a* EIMP ne se prononce pas sur la forme que doivent prendre les autorités suisses pour procéder à la transmission spontanée proprement dite, c'est-à-dire à la transmission à l'étranger. Selon la pratique, celle-ci peut se faire **de manière informelle** entre autorités (notamment « communications [...] téléphoniques ou verbales »), mais doit toujours être accompagnée d'une communication écrite à l'autre Etat (« **note remise** ») : « [L]a transmission spontanée d'informations doit dans tous les cas faire l'objet d'une communication écrite aux autorités de l'Etat destinataire ». Le Tribunal fédéral justifie cette exigence par la nécessité d'assurer la meilleure protection possible des droits des parties dans la procédure pénale étrangère. La consultation du dossier devrait permettre de connaître l'origine et le contenu des informations transmises spontanément, ce qui permettrait à la personne concernée de s'opposer, le cas échéant, à leur utilisation dans la procédure, conformément aux dispositions du droit étranger. Il faut cependant toujours veiller à ce que la « note remise » (par ex. par l'apposition de sceaux officiels) ne constitue pas séparément un véritable moyen de preuve qui ne doit ou ne peut pas être transmis.

63 Le Tribunal fédéral exclut un recours en Suisse contre le document de transmission, de sorte que l'obligation des autorités suisses de transmission spontanée de fournir aux **personnes** concernées une **copie de l'écrit adressé à l'étranger** est également **niée** comme n'étant pas nécessaire à leur protection. En revanche, l'**Office fédéral de la justice**, en sa qualité d'autorité de surveillance (art. 3 OEIMP), doit être informé d'une **copie de la communication de transmission et du procès-verbal** conformément à l'art. *67a* al. 6 EIMP, indépendamment de l'art. *67a* al. 3 EIMP.

b. Respect du principe de spécialité en particulier

64 Même lorsqu'elles transmettent spontanément, les autorités suisses doivent en principe veiller à ce que l'**objet de la transmission ne soit pas utilisé à l'étranger de manière contraire à l'intention pour laquelle elles ont fourni l'entraide judiciaire**. Cela est garanti - conformément au principe de spécialité qui constitue une restriction à l'entraide judiciaire - par l'établissement de ce que l'on appelle des réserves de spécialité. Le Tribunal

fédéral a retenu que le principe de spécialité s'applique sous une forme adaptée (« dans une forme adaptée ») à la transmission spontanée d'informations relevant du domaine secret selon l'art. *67a* al. 5 EIMP :

- Premièrement, il faut s'assurer que les informations ne sont pas transmises en vue d'une accusation pénale qui ne serait *a priori* **pas éligible à l'entraide judiciaire** (cf. art. 3 EIMP), lorsque l'Etat qui reçoit l'entraide spontanément s'adresse ensuite à la Suisse avec une demande (ordinaire).
- Deuxièmement, en l'absence d'un traité international réglant la portée de la transmission spontanée - à savoir la possibilité de soumettre une demande d'entraide judiciaire à la Suisse -, cette finalité **doit être expressément rappelée** à l'autorité étrangère. Cela doit se faire (par écrit) au plus tard lors de la transmission des informations, le principe de la bonne foi entre États s'appliquant.

L'utilisation par l'État étranger concerné de l'assistance suisse obtenue dans le cadre de l'entraide judiciaire « mineure » en violation du principe de spécialité constitue une « **entraide sauvage** ». 65

c. Obligation de dresser procès-verbal selon l'art. *67a* al. 6 EIMP

Conformément à l'art. *67a* al. 6 EIMP, **toute transmission spontanée** doit **être consignée dans un procès-verbal**. Il ressort déjà de la formulation que l'obligation de dresser un procès-verbal s'applique de manière globale, c'est-à-dire aussi bien en relation avec la transmission spontanée de moyens de preuve et d'informations ne relevant pas du domaine secret qu'avec des informations secrètes. Le placement de l'al. 6 en tant que dernier paragraphe de l'art. *67a* EIMP le confirme d'un point de vue systématique. 66

Au cours des débats parlementaires, l'art. *67a* al. 6 EIMP a été qualifié d'indispensable : Dans le contexte des transmissions spontanées, une trace (« trace ») (liée au dossier) doit subsister afin de pouvoir empêcher une utilisation abusive et arbitraire de l'art. *67a* EIMP. La jurisprudence invoque en outre la même motivation liée au droit des parties que celle concernant la « note remise ». Le procès-verbal doit être transmis avec cette dernière à l'Office fédéral de la justice, afin que celui-ci puisse exercer sa fonction de surveillance. Le Tribunal pénal fédéral a nié que la personne concernée ait le droit de recevoir directement une copie du procès-verbal. En ce qui concerne le **contenu du procès-verbal**, celui-ci doit mentionner **la date** et **la forme** 67

de la transmission spontanée ainsi que les **modalités d'une éventuelle surveillance de l'Office fédéral de la justice**.

68 Les **griefs soulevés** par les tribunaux **en relation avec le procès-verbal selon l'art.*67a* al. 6 EIMP** n'ont, pour autant que l'on puisse en juger, pas eu de succès jusqu'à présent : Certes, le Tribunal pénal fédéral a qualifié en principe l'absence de protocole de violation possible de l'art. *67a* EIMP, dont la conséquence peut être que l'autorité suisse doit s'adresser à l'étranger en vue d'une restitution ou d'une non-utilisation. La jurisprudence évite toutefois cette situation en admettant qu'il suffit qu'au moins la lettre adressée à l'autorité étrangère (« note remise ») ait été versée au dossier de la procédure pénale suisse. Le Tribunal fédéral voit dans le fait de ne pas envoyer le procès-verbal à l'Office fédéral de la justice une « omission regrettable », qui reste toutefois sans conséquence en tant que « défaut mineur ».

d. Droit d'être entendu ?

69 L'existence d'un **droit de s'exprimer préalablement** sur des transmissions non sollicitées intentionnelles est majoritairement niée dans la doctrine en référence à l'ATF 125 II 238.

70 En ce qui concerne le **droit de consulter le dossier**, les normes du droit de l'entraide judiciaire sont pertinentes lorsqu'une transmission non sollicitée a provoqué une demande d'entraide judiciaire adressée à la Suisse et que les documents sont versés au dossier de la procédure d'entraide judiciaire (passive) suisse en relation avec l'art. *67a* EIMP : Sont pertinents l'art. *80b* EIMP - la limitation à la nécessité de la défense des intérêts (al. 1) et les motifs de restriction prévus par la loi (al. 2) étant pertinents - ainsi que, à titre complémentaire, les art. 26 s. EIMP. PA en relation avec l'art. art. 12 al. 1 phrase 1 EIMP. Le Tribunal pénal fédéral a admis une violation du droit d'être entendu dans la constellation suivante : les documents relatifs à une transmission spontanée suisse, bien que référencés dans la décision de clôture, ne faisaient pas l'objet des actes d'entraide relatifs à la demande que les autorités ukrainiennes avaient ensuite adressée à la Suisse.

D. Protection juridique en relation avec les transmissions spontanées selon l'art. *67a* EIMP

1. Protection juridique (limitée) en Suisse

Il est de pratique constante, établie immédiatement après la création de l'art. *67a* EIMP, qu'une transmission spontanée selon cette disposition constitue un « acte d'entraide matériel spécifique » et non pas une décision de clôture au sens de l'art. *80d* EIMP. Il manque donc un objet de contestation pour un recours selon l'art. *80e* EIMP, ce qui entraîne à nouveau l'impossibilité de se défendre devant les instances de recours suisses avant la transmission. Il n'existe justement **pas de protection juridique préventive**, telle qu'elle constitue par ailleurs un principe fondamental du droit suisse de l'entraide judiciaire pénale internationale : « La transmission spontanée selon l'art. *67a* EIMP ne peut pas directement faire l'objet d'un recours ». D'un point de vue formel, cela semble évident dans la mesure où la forme d'action de la décision finale en matière d'entraide judiciaire, qui ouvre la voie du recours, présuppose une demande (art. *80d* EIMP : « Si l'autorité d'exécution considère la demande comme entièrement ou partiellement exécutée »), ce qui fait *par définition* défaut dans le contexte de l'art. *67a* EIMP. En conséquence, le protocole selon l'art. *67a* al. 6 EIMP ainsi que la « note remise » ne sont pas attaquables. 71

Toutefois, la jurisprudence a reconnu dès le début que **les violations de l'art. *67a* EIMP peuvent en principe être invoquées** lorsque la transmission spontanée a pour effet que **l'Etat qui a reçu l'assistance adresse à la Suisse une demande d'entraide judiciaire ou complète une demande déjà existante**. Si une décision finale rendue à ce sujet fait l'objet d'un recours devant le Tribunal pénal fédéral (art. 25, al. 1, EIMP, art. *80e*, al. 1, EIMP), il est possible, dans ce cadre, de faire valoir des vices concernant la transmission spontanée effectuée en amont. S'il en résulte une violation de l'art. *67a* EIMP - par exemple absence d'accord de l'Office fédéral de la justice (al. 3) ou du procès-verbal (al. 6), transmission de moyens de preuve relevant du domaine secret (al. 4) -, il s'agit d'une forme d'« entraide sauvage », la conséquence juridique utilisée par la jurisprudence étant que l'autorité suisse peut être invitée (« pourrait être invité ») à se préoccuper de la restitution de l'objet transmis par l'autre Etat ou au moins à lui demander de ne pas l'utiliser dans sa procédure pénale. La jurisprudence nie une obligation fondamentale de 72

coopération de la part de l'Etat étranger au motif qu'il n'a pas à répondre des actes erronés des autorités suisses. De toute façon - comme la jurisprudence le stipule de manière tout aussi formelle - une intervention vis-à-vis de l'Etat qui a reçu la transmission spontanée non autorisée est superflue s'il s'avère après coup que les conditions matérielles pour une entraide judiciaire (ordinaire) (sur demande) auraient été remplies ou que l'on peut s'attendre dans un avenir proche à une décision positive sur l'octroi de l'entraide judiciaire ordinaire. Dans ce cas, on part du principe qu'il s'agit d'une sorte de guérison.

73 Si, à la suite de la transmission spontanée, **aucune demande d'entraide judiciaire n'est adressée à la Suisse par l' Etat précédemment soutenu en vertu de l'art. 67*a* EIMP**, il manque, selon le *modus operandi* constant de la jurisprudence, un intérêt digne de protection au sens de l'art. *80h* let. b EIMP qui justifierait une intervention de la justice suisse.

74 Le **Tribunal fédéral** a expressément jugé ces modalités de protection juridique constituant une pratique constante en relation avec l'art. *67a* EIMP (pas de « possibilité d'un contrôle judiciaire direct de la transmission spontanée d'informations ») comme étant **conformes à la CEDH**, notamment au regard de l'art. 13 CEDH.

2. Autres conséquences juridiques des transmissions spontanées illégales

75 En plus ou, précisément lorsqu'aucune demande d'entraide judiciaire n'est adressée à la Suisse et que celle-ci ne rend donc pas de décision de clôture, une **action contre l'exploitation de l'objet de la transmission dans l'Etat** (et selon ses règles de procédure) **qui a été soutenu par la Suisse sur la base de l'art. 67*a* EIMP** peut entrer en ligne de compte comme mesure unique. Les chances de succès dépendent en premier lieu de la structure de l'ordre juridique de l'Etat étranger.

76 Les possibilités de réagir (juridiquement) à des transmissions non sollicitées illégales sont par exemple l'exercice de prétentions **en matière de responsabilité de l'Etat**, des procédures pénales, en particulier pour **violation du secret de fonction**, ainsi que **des démarches relevant du droit de la surveillance**.

Nous remercions vivement Monsieur Eric Chevrolet, avocat, pour son soutien actif en vue de l'achèvement du commentaire.

BIBLIOGRAPHIE

Aepli Michael, Kommentierung zu Art. 18 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015 (zit. BSK-Aepli, Art. 18 IRSG N. ...).

Beglinger Fridolin, Rechtshilfeverfahren: Anwesenheit, spontane Übermittlung und Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen, in: AJP 2007, S. 916–927.

Bernasconi Paolo, Internationale Amts- und Rechtshilfe bei Einziehung, organisiertem Verbrechen und Geldwäscherei, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei, Bd. II, Zürich 2002, S. 143–518.

Boillat Marie, Trafic illicite de biens culturels et coopération judiciaire internationale en matière pénale, Zürich 2012.

Breitenmoser Stephan/Bai Alain, Internationale Amts- und Rechtshilfe, in: Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas/Vetterli Luzia (Hrsg.), Ausländerrecht, 3. Aufl., Basel 2022, S. 1921–2015.

Cassani Ursula/Gless Sabine/Ludwiczak Glassey Maria/Wahl Thomas, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2018), in: SZIER 2019, S. 419–459.

Dannacher Marnie, Diktatorengelder in der Schweiz, Basel 2012.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, 3. Aufl., Zürich/Genf 2024.

Epiney Astrid/Meier Annekathrin/Egbuna-Joss Andrea, Schengen/Dublin, in: Thürer Daniel/Weber Rolf H./Kellerhals Andreas (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz–EU, Zürich 2007, S. 903–981.

Eymann Stephanie, Die strafprozessuale Kontosperre, Basel 2009.

Fiolka Gerhard, Kommentierung zu Art. 1 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015 (zit. BSK-Fiolka, Art. 1 IRSG N. ...).

Garbarski Andrew M./Carrupt Abdul/Julen Berthod Anne Valérie, Unexplained Wealth Orders (UWO): Appréhension en droit suisse et intérêt pour le practicien, in: GesKR 2022, S. 195–213.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., Basel 2021.

Gless Sabine/Schaffner Daniel, Kommentierung zu Art. 21 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015 (zit. BSK-Gless/Schaffner, Art. 1 IRSG N. ...).

Glutz von Blotzheim Alexander, Kommentierung zu Art. 67*a* IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015 (zit. BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. ...).

Glutz von Blotzheim Alexander, Die spontane Übermittlung, Basel 2010 (zit. Glutz von Blotzheim, Übermittlung).

Gossin Pascal, Récents accords bilatéraux et le rôle de l'Office fédéral de la justice, in: Gani Raphaël (Hrsg.), Récents développements en matière d'entraide civile, pénale et administrative, Lausanne 2004, S. 143–155.

Gstöhl Caroline, Geheimnisschutz im Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bern 2008.

Haffter Andreas, Internationale Zusammenarbeit in Strafsachen im Spannungsfeld zwischen Denunziation und Verbrechensbekämpfung: Zur Problematik der spontanen Rechtshilfe (Art. 67*a* IRSG), in: AJP 1999, S. 116–121.

Hansjakob Thomas/Pajarola Umberto, Kommentierung zu Art. 272 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 3. Aufl., Zürich 2020 (SK-Hansjakob/Pajarola, Art. 272 StPO N. ...).

Harari Maurice, L'évolution récente en matière d'entraide pénale: des interrogations demeurent, in: Gani Raphaël (Hrsg.), Récents développements en matière d'entraide civile, pénale et administrative, Lausanne 2004, S. 103–132 (zit. Harari, in Gani).

Harari Maurice, Corruption à l'étranger: quel sort réserver aux fonds saisis en Suisse?, in: ZStrR 1998, S. 1–25 (zit. Harari, ZStrR 1998).

Harari Maurice/Corminboeuf Harari Corinne, Entraide internationale en matière pénale et transmission anticipée à l'Etat requérant, in: Eigenmann Antoine/Poncet Charles/Ziegler Bernard (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller, Basel 2016, S. 77–95.

Heimgartner Stefan/Schnebli Maria, Eurojust: Unterstützung der schweizerischen Strafbehörden bei Delikten mit Auslandsbezug, in: AJP 2016, S. 1056–1064.

Inglese Ramon, Teilnahme ausländischer Prozessbeteiligter am Verfahren der internationalen Rechtshilfe, Basel 2015.

Kleiner Beat/Schwob Renate/Winzeler Christoph, Kommentierung zu Art. 47 BankG, in: Zobl Dieter/Schwob Renate/Weber Rolf H./Winzeler Christoph/Kaufmann Christine/Kramer Stefan (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 23. Aufl., Zürich 2015.

Léchot Antoine, Contournement des règles de l'entraide pénale internationale, Zürich 2023.

Lombardini Carlo, Banques et blanchiment d'argent, 3. Aufl., Genf 2016 (zit. Lombardini, banques).

Lombardini Carlo, Droit bancaire suisse, 2. Aufl., Zürich 2008 (zit. Lombardini, droit bancaire).

Lubishtani Kastriot/Monod Hadrien/Gauderon Ryan, De l'exception à la règle avec l'art. 80*d*^{bis} EIMP, in: Anwaltsrevue 2021, S. 27–34.

Ludwiczak Glassey Maria, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2023), in: SZIER 2024, S. 387–406.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 67*a* IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (Hrsg.), Petit Commentaire, Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, Basel 2024 (zit. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67 EIMP N. ...).

Ludwiczak Glassey Maria, L'entraide pénale internationale «dynamique» en bref, Le projet, les débats, le compromis, in: AJP 2021, S. 71–75 (zit. Ludwiczak Glassey, AJP 2021).

Ludwiczak Glassey Maria, La transmission anticipée: l'avenir de l'entraide en matière pénale?, in: Jusletter vom 20. April 2020 (zit. Ludwiczak Glassey, Jusletter).

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basel 2018 (zit. Ludwiczak Glassey, précis).

Ludwiczak Glassey Maria, La proportionnalité en entraide internationale en matière pénale, in: AJP 2018, S. 608–612 (zit. Ludwiczak Glassey, AJP 2018).

Ludwiczak Glassey Maria, Mesures d'entraide judiciaire «dynamique» droit de l'entraide statique: 0:1, Urteilsbesprechung BGE 143 IV 186, in: fp 2018, S. 50–53 (zit. Ludwiczak Glassey, fp 2018).

Ludwiczak Glassey Maria, Dans la jungle de l'entraide internationale en matière pénale, in: Garibian Sévane/Jeanneret Yvan, Dodécaphonie pénale, Liber discipulorum en l'honneur du Professeur Robert Roth, Zürich 2017, S. 117–130 (zit. Ludwiczak Glassey, in Garibian/Jeanneret).

Ludwiczak Glassey Maria, La proportionnalité en entraide internationale en matière pénale, Évolution jurisprudentielle, in: AJP 2017, S. 608–612 (zit. Ludwiczak Glassey, AJP 2017).

Ludwiczak Glassey Maria, A la croisée des chemins du CPP et de l'EIMP – la problématique de l'accès au dossier, in: ZStrR 2015, S. 295–317 (zit. Ludwiczak Glassey, ZStrR 2015).

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, L'artificielle distinction entre «informations» et «moyens de preuve» en entraide pénale internationale, in: ZStrR 2022, S. 402–427 (zit. Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, ZStrR 2022).

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, Transmission spontanée: comment distinguer une information d'un moyen de preuve, Crimen vom 5. August 2021, https://www.crimen.ch/24, S. 1–2 (zit. Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, transmission).

Ludwiczak Glassey Maria/Wahl Thomas, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2022), in: SZIER 2023, S. 431–461 (zit. Ludwiczak Glassey/Wahl, SZIER 2023).

Ludwiczak Glassey Maria/Wahl Thomas, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2021), in: SZIER 2022, S. 451–487 (zit. Ludwiczak Glassey/Wahl, SZIER 2022).

Mäder Stefan, Kommentierung zu Art. 8 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015 (zit. BSK-Mäder, Art. 8 IRSG N. ...).

Mettler Christoph/Schaffner Daniel, «Vorwärts – rückwärts – seitwärts – ran! Der Rechtsschutz im internationalen Rechtshilferecht in Strafsachen auf Abwegen?, in: Seitz Claudia/Straub Ralf Michael/Weyeneth Robert (Hrsg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis, Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, S. 819–827.

Micheli François Roger, L'entraide spontanée (art. 67*a* EIMP), Le contrôle de la transmission spontanée d'informations, in: AJP 2002, S. 156–164.

Moreillon Laurent, Kommentierung zu Art. 67*a* IRSG, in: Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire Romand, Entraide internationale en matière pénale, Basel 2004 (zit. CR-Moreillon, Art. 67a IRSG N. ...).

Moreillon Laurent/Mazou Miriam/Ahmed Naël, La pratique judiciaire du Tribunal pénal fédéral en 2022, in: JdT 2023, S. 271–317.

Nicati, Françoise, Loi sur l'entraide pénale internationale, révision du 4 octobre 1996 (mise au point: septembre 1999), in: Schweizerische Juristische Kartothek, Karte 426.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2001.

Reich Markus, Internationale Rechtshilfe der Schweiz in Fiskalstrafsachen, in: Donatsch Andreas/Forster Marc/Schwarzenegger Christian (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 285–303.

Reich Markus/Bachmann Stefan, Internationale Amts- und Rechtshilfe in der Schweiz in Fiskalsachen, in: zsis) 2003, Aufsätze, Aufsatz Nr. 1.

Schaffner Daniel, Urteilsanmerkung BStGer RR.2015.240, RP.2015.47 vom 22.1.2016 und BStGer RR.2016.61 vom 10.8.2016: Beanstandete und

genehmigte Entraide Sauvage an Brasilien in Sachen Petrobras, in: AJP 2017, S. 108–114 (zit. Schaffner, AJP 2017).

Schaffner Daniel, Das Individuum im internationalen Rechtshilferecht in Strafsachen, Basel 2013 (zit. Schaffner, Individuum).

Schupp Pierre-Dominique, La révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP), in: ZStrR 1997, S. 180–195.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich/Basel/Genf 2022.

Schwob Renate, Ausbau der Amts- und Rechtshilfe in der Schweiz – Sauberer Finanzplatz auf Kosten Einschränkung rechtsstaatlicher Grundsätze, in: SJZ 2001, S. 169–176.

Unseld Lea, Vorbemerkungen zu Art. 85–93 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015 (zit. BSK-Unseld, Vorb. zu Art. 85–93 N. ...).

Unseld Lea, Internationale Rechtshilfe im Steuerrecht – Akzessorische Rechtshilfe, Auslieferung und Vollstreckungshilfe bei Fiskaldelikten, Zürich 2011 (zit. Unseld, Rechtshilfe).

Villard Katia/Bertossa Yves, La Suisse, l'OCDE et la corruption: Enjeux actuels au regard de révisions législatives récentes, in: SJ 2020 II, S. 155–185.

Von Wartburg Christian, Der Ordre-Public-Vorbehalt bei der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen in der Schweiz, in: Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen/Vereinigung Liechtensteinischer Strafverteidiger/Forum Strafverteidigung/Initiative Bayerischer Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger e.V./Vereinigung Baden-Württembergischer Strafverteidiger e.V. (Hrsg), Wenn der Staat Grenzen überschreitet, 11. Dreiländerforum Strafverteidigung, 16./17.9.2022 in Passau, Wien 2022, S. 121–131.

Walder Jacqueline, In dubio pro dynamische Rechtshilfe?, in: AJP 2024, S. 824–844.

Weyeneth Robert, Die Menschenrechte als Schranke der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit der Schweiz, in: recht 2014, S. 114–125.

Wyss Rudolf, Die Revision der Gesetzgebung über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, in: SJZ 1997, S. 33–43.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019 (zit. Zimmermann, coopération).

Zimmermann Robert, Les rapports entre l'entraide judiciaire internationale et la procédure pénale nationale, in: SJ 2018 II, S. 1–24 (zit. Zimmermann, SJ 2018).

Zimmermann Robert, Communication d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale: un paradigme perdu?, in: AJP 2007, S. 62–69 (zit. Zimmermann, AJP 2007).

MATÉRIAUX

Botschaft betreffend die Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 29.3.1995, BBl 1995 III 1–66, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/3_1_1_1/de (zit. Botschaft IRSG 1995).

Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, Bundesamt für Justiz, 9. Aufl. 2009, abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/strafrecht/wegleitungen.html (zit. Wegleitung Bundesamt für Justiz).

Internationale Rechtshilfe – Statistik 2023 (erstellt am 26.2.2024), Bundesamt für Justiz, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen.html (zit. IRH-Statistik 2023).

Rundschreiben Nr. 4 vom 20.3.2015: Weiterleitung von Anzeigen zum Zwecke der Strafverfolgung an das Ausland bei fehlender schweizerischer Strafhoheit, Bundesamt für Justiz, Direktionsbereich Internationale Rechtshilfe, abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/strafrecht/wegleitungen.html (zit. Rundschreiben Bundesamt für Justiz 2015).

Wortprotokoll der Sitzung des Nationalrats vom 20.12.1995, AB 1995 V.

Wortprotokoll der Sitzung des Ständerats vom 21.3.1996, AB 1996 I.

COMMENTAIRE

Art. 74 EIMP

Un commentaire de Corinne Corminboeuf Harari

PROPOSITION DE CITATION

Corinne Corminboeuf Harari, Commentaire de l'art. 74 EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Corminboeuf Harari, art. 74 EIMP N. XXX.

Art. 74 Remise de moyens de preuves

[1] Sur demande de l'autorité étrangère compétente, les objets, documents ou valeurs saisis à titre probatoire, ainsi que les dossiers et décisions, lui sont remis au terme de la procédure d'entraide (art. 80*d*).

[2] Si un tiers acquéreur de bonne foi, une autorité ou le lésé qui a sa résidence habituelle en Suisse font valoir des droits sur les objets, documents ou valeurs visés à l'al. 1, leur remise est subordonnée à la condition que l'État requérant donne la garantie de les restituer gratuitement au terme de sa procédure.

[3] La remise peut être reportée si les objets, documents ou valeurs sont nécessaires à une procédure pénale pendante en Suisse.

[4] Les droits de gage au profit du fisc sont réglés par l'art. 60.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse de la norme 359
II. Contenu : généralités 360
III. Examen alinéa par alinéa 362
A. Alinéa 1 – Rétention des moyens de preuve jusqu'à l'issue de la procédure 362
B. Alinéa 2 – Droits des tiers 365
C. Alinéa 3 – Besoins d'une procédure pénale pendante en Suisse 367
D. Alinéa 4 – Droits de gage au profit du fisc 368
Bibliographie 369

I. GENÈSE DE LA NORME

L'art. 74 EIMP, dont la note marginale se référait initialement à la « remise d'objets » à l'étranger, est **entré en vigueur** avec la loi sur l'entraide judiciaire, le 31 décembre 1982. 1

L'adoption de cette norme constituait alors une **évolution sensible** du droit suisse, puisque contrairement à l'extradition pour laquelle une loi existait depuis la fin du 19ème siècle, il n'existait alors en Suisse aucune norme de droit interne prévoyant la remise à un Etat étranger d'objets saisis en Suisse en dehors d'une procédure d'extradition[804]. Avant l'adoption de l'EIMP, une telle remise était réservée aux Etats avec lesquels la Suisse était liée par un accord international prévoyant la remise probatoire. Le contenu de ces accords était souvent succinct sur les conditions entourant la remise. La Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, entrée en vigueur en Suisse le 20 mars 1967, a constitué une première étape permettant de codifier, dans une certaine mesure, les règles consacrées par les usages internationaux dans ce domaine[805]. 2

Initialement, l'art. 74 EIMP s'appliquait à la remise à l'Etat étranger de tout « objet », présentant « un intérêt pour la décision à prendre dans une cause pénale ». Cette norme visait aussi expressément, à son alinéa 2, la restitution aux « ayant-droit » d'« autres » objets ou valeur. Bien que le texte légal ne fût **pas clair** sur ce point, le Tribunal fédéral retenait que cette norme permettait non seulement la remise de moyens de preuve (remise probatoire) mais, dans certaines circonstances, également la remise du produit de l'infraction à l'Etat étranger en vue de sa confiscation ou restitution (remise confiscatoire)[806]. 3

La teneur de l'art. 74 EIMP a été **modifiée** dans le cadre de la réforme de l'EIMP du 4 octobre 1996, entrée en vigueur le 1er février 1997. 4

Dans le contexte de cette révision, remise probatoire et remise confiscatoire ont été clairement **distinguées** par le législateur. L'objet de l'actuel art. 74 5

804. De longue date, les traités et normes réglementant l'extradition prévoient que les objets ou valeurs trouvés en possession de la personne à extrader sont également remis à l'Etat étranger en parallèle à l'extradition. Ce principe est notamment consacré à l'art. 59 EIMP (remise extraditionnelle d'objets).

805. Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation de six conventions du Conseil de l'Europe du 1er mars 1966, FF 1966 465 et ss, p. 481. Cf. en particulier les art. 3 al. 1 et 6 CEEJ.

EIMP a ainsi été restreint à la seule remise de « moyens de preuve » et son contenu précisé. En parallèle, le contenu de l'art. 34 aEIMP, relatif à la remise d'objets ou de valeurs dans le cadre d'une extradition, a été transféré à l'art. 59 EIMP après un certain nombre de modifications. Enfin, un nouvel article 74a EIMP, destiné à régir spécifiquement la remise confiscatoire, a été adopté.

II. CONTENU : GÉNÉRALITÉS

6 L'art. 74 EIMP régit désormais uniquement la question de la remise de **moyens de preuve** saisis en Suisse à l'Etat étranger, et se lit en parallèle :

- à l'art. 59 EIMP, traitant spécifiquement de la remise d'objets ou valeurs trouvés en possession de la personne à extrader (qu'il s'agisse de moyens de preuve ou du produit de l'infraction),
- à l'article 74a EIMP, consacré à la remise d'objets ou valeurs en vue de leur confiscation ou de leur restitution.
- à l'art. 90 EIMP, qui prévoit la remise des « pièces à conviction » en même temps que le dossier de la procédure pénale, en cas de délégation à l'étranger de la poursuite pénale.

En l'état, la saisie, respectivement la remise, de valeurs à titre de créance compensatrice n'est, elle, possible qu'aux conditions restrictives des art. 94 et ss EIMP (exequatur d'une décision définitive et exécutoire d'un Etat étranger)[807].

7 La remise probatoire est par ailleurs prévue dans **plusieurs instruments internationaux**, tels que par exemple l'article 6 CEEJ (RS 0.351.12), l'art. 35 TEJUS (RS 0.351.933.6), l'art. 10 TEJArgentine (RS 0.351.915.4) ou encore l'art. 9 al. 1 TEJMexique (RS 0.351.956.3). La portée de ces dispositions, réservées par l'art. 1 al. 1 EIMP, ne va pas toutefois pas au-delà de celle de l'art. 74 EIMP[808].

8 La notion de « moyens de preuve » visée à l'art. 74 EIMP reste large. Selon le texte même de la loi, il peut s'agit de **tout objet**, soit notamment de tout document ou valeur « saisis à titre probatoire ». Il peut s'agir de papiers-

806. ATF 115 Ib 517 c. 7.
807. ATF 133 IV 215 ; TF 1C_624/2022 du 21 avril 2023 c. 6.
808. Aepli, ad art. 74 EIMP, N° 8.

valeurs, de documents bancaires, d'objets d'art etc. Il peut s'agir aussi de supports contenant des enregistrements audios, vidéos ou des données informatiques. En fonction de leur nature et de leur contenu, la remise d'objets à l'étranger est donc susceptible de constituer non seulement une atteinte au droit de propriété (à tout le moins sous la forme temporaire d'une atteinte à la possession), mais aussi une atteinte à la vie privée ou au secret d'affaire (remise de données informatiques, d'enregistrements audio et vidéos ou de documents relevant du domaine secret)[809]. L'art. 74 EIMP vise également tout dossier ou décision d'une administration ou juridiction suisse. Est toutefois exclue la remise des décisions judiciaires rendues dans la procédure d'entraide elle-même, ainsi que les écritures et pièces produites par les parties dans ce contexte[810].

9 Les objets, valeurs ou documents à remettre doivent être en lien de causalité avec les faits poursuivis dans la procédure pénale en cours dans l'Etat requérant[811]. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'y a toutefois pas lieu de poser des exigences strictes quant au caractère approprié de l'objet en question en tant que moyen de preuve, l'appréciation finale incombant au juge du fond étranger[812]. Les exigences en matière de remise probatoire sont notamment moins sévères qu'en cas de remise d'objets ou de valeurs en vue de confiscation ou de restitution au sens de l'art. 74a EIMP[813]. Il suffit donc que *prima facie* l'objet en question apparaisse propre à servir de **pièce à conviction**[814]. Une quelconque connexion entre les faits poursuivis à l'étranger et l'objet en question suffit[815].

10 Le principe de la **proportionnalité,** découlant des art. 5 al. 2 Cst et 63 al. 1 EIMP, s'applique néanmoins[816]. En fonction des besoins de la procédure pénale étrangère, une simple copie des documents ou supports saisis peut être remise à l'Etat requérant[817]. La remise est inutile, si le fait à prouver est

809. Stelzer-Wieckowska, ZStStr 2022, p 180.
810. ATF 115 Ib 193 c. 6 ; TF, 1A.86/2006 du 4 juillet 2006, c. 3 ; TPF RR.2021.35, du 2 novembre 2022, c. 4 ; TPF 2013.96 du 6 septembre 2013.
811. Aepli, ad art. 74 EIMP, N° 16
812. ATF 115 Ib 517 c. 7.
813. Idem.
814. Moreillon, ad art. 74 EIMP, N°7; Harari, pp. 182 et 183.
815. Boillat, N° 666 et références citées.
816. Aepli, ad art. 74 EIMP, N° 7 et N° 24 et ss ; Ludwiczak Glassey, p. 122, N°558.
817. Aepli, ad art. 74 EIMP, N° 13 et 14.

notoire ou déjà étayé par des preuves suffisantes[818]. L'autorité d'exécution limite toutefois son examen à l'"utilité potentielle" des pièces remises[819] . Selon la jurisprudence, l'Etat requis ne doit ainsi pas substituer sa propre appréciation à celle du magistrat étranger, puisqu'il ne dispose généralement pas des éléments qui lui permettraient de se prononcer sur l'opportunité de l'administration des preuves en question[820].

11 Préalablement à la remise, une décision de **saisie** doit intervenir – voire de saisie provisionnelle urgente au sens de l'art. 18 EIMP - permettant la mainmise des objets considérés utiles à la manifestation de la vérité. En matière d'entraide, une demande de remise comporte implicitement la requête de leur saisie préalable. En revanche, l'inverse n'est pas vrai : la requête de saisie n'équivaut pas à une demande de remise et le cas échéant une nouvelle demande d'entraide est nécessaire lorsque la première ne visait que l'exécution de mesures conservatoires[821]. Les principes applicables à la perquisition et à l'éventuelle mise sous scellés de documents ou d'objets dont le contenu est couvert par le domaine secret sont ceux du CPP[822].

12 En **pratique**, l'Office fédéral de la Justice retient que la remise à titre probatoire ne pose que peu de problèmes tant que les biens transférés demeurent peu importants en quantité ou en valeur[823]. L'art. 33 OEIMP prévoit des modalités particulières pour les objets de grande valeur, soit en particulier l'adoption de mesures de protection spécifiques et l'obligation de les assurer contre tout dommage ou contre toute perte pendant leur transport.

III. EXAMEN ALINÉA PAR ALINÉA

A. Alinéa 1 – Rétention des moyens de preuve jusqu'à l'issue de la procédure

13 Le texte de l'art. 74 al. 1 EIMP prévoit une remise « sur demande de l'autorité étrangère compétente » n'intervenant qu'«au terme de la procédure d'entraide

818. Zimmermann, p. 351, N° 334 et Harari, p. 174, lesquels citent tous deux l'ATF 1A.152/1994 du 30 janvier 1996.
819. ATF 122 II 367, c. 2c ; Aepli, ad art. 74 EIMP, N° 26.
820. ATF 120 Ib 251 c. 5c et références citées. Aepli, ad art. 74 EIMP, N° 24 et ss.
821. Harari, p. 171; Ludwiczak Glassey, p. 122, N° 553; Lugentz, Rayroud et Turk, p. 659.
822. Cf. l'art. 9 EIMP renvoyant aux art. 246 à 248 CPP ; cf. également l'art. 12 al. 1 EIMP.
823. Office fédéral de la Justice, p. 60.

». La remise de moyens de preuve prend la forme d'une décision de clôture au sens de l'art. 80d EIMP, auquel l'art. 74 al. 1 EIMP renvoie expressément. Tant que la décision de clôture n'est pas définitive et exécutoire[824], les documents relevant du domaine secret ainsi que les objets ou valeurs sont retenus en Suisse[825]. Contrairement à ce qui est possible en matière d'entraide internationale en matière administrative[826], cette disposition consacre ainsi **le principe de la « rétention » en Suisse des moyens de preuve**[827] jusqu'à l'entrée en force de la décision de clôture. Ce mode de faire permet de s'assurer que les ayants-droits ont été préalablement informés de la saisie et de la remise envisagée et le cas échéant ont pu faire valoir leur droit d'être entendu préalablement à son exécution devant les juridictions compétentes. Ce principe est considéré comme **fondamental** en entraide internationale en matière pénale[828].

Le principe de la rétention des moyens de preuve n'est pour autant **pas intangible** dans l'EIMP. Ces dernières années, le législateur a d'ores et déjà créé deux exceptions à ce principe, aux articles 18b[829] et 80d^{bis}[830] EIMP[831]. Ces dispositions permettent ainsi, dans certaines conditions restrictives, une transmission « anticipée » et parfois même « spontanée » de certains moyens de preuve à l'étranger, avant que la personne concernée ait été en mesure de faire valoir son droit d'être entendu. La loi assortit ces exceptions de garde-fous et notamment d'une interdiction temporaire (jusqu'à droit jugé sur la décision de clôture) pour l'Etat requérant d'utiliser les éléments ainsi obtenus au titre de « moyens de preuve ». Seule une utilisation à des « fins d'investigation » est donc possible dans l'intervalle, jusqu'à droit jugé en Suisse à l'issue de la décision de clôture. 14

De son côté, l'art. 67a al. 5 EIMP permet la transmission spontanée à l'Etat étranger, non pas de moyens de preuve *stricto sensu*, mais « d'**informations** » 15

824. L'art. 80l al. 1 EIMP prévoit en effet que le recours contre la décision de clôture a effet suspensif.
825. Lugentz, Rayroud et Turk, p. 657.
826. Cf. par exemple l'art. 21a LAAF ou l'art. 42a al. 4 LFINMA.
827. Lugentz, Rayroud et Turk, p. 657.
828. ATF 143 IV 186, c. 2.1 ; cf. également Harari, Corminboeuf Harari p. 78.
829. Norme entrée en force le 1er janvier 2012, dans le cadre de l'entrée en vigueur de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité.
830. Introduit par le Protocole additionnel du 17 novembre 2010 à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, entré en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 2012, dans le cadre de l'entrée en vigueur de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité.

relevant du domaine secret, dans le but de permettre l'envoi d'une demande d'entraide à la Suisse par un Etat étranger. Selon la jurisprudence, la distinction entre « informations » et « moyens de preuve » s'apprécie au cas par cas ; l'autorité suisse souhaitant communiquer une « simple information » doit notamment s'efforcer de ne pas transmettre «de données, ni de documents officiels qui, par leur nature, un contenu informatif très détaillé ou leur caractère officiel, pourraient directement servir à des fins de preuve dans le cadre de la procédure étrangère»[832].

16 D'autres actes de procédure peuvent également entrainer une transmission prématurée d'informations à l'Etat requérant, tels que par exemple l'autorisation donnée aux enquêteurs étrangers d'assister à l'exécution de la demande (art. 65a EIMP), l'audition par vidéoconférence ou par conférence téléphonique, les moyens d'investigation impliquant la participation en Suisse d'enquêteurs étrangers (observation transfrontalière, livraison surveillée, enquête discrète et équipes communes d'enquête) ou encore l'accès au dossier accordé à une partie. Ces divers actes sont admis en droit suisse moyennant des **précautions particulières** développées par la jurisprudence[833].

17 Enfin, la jurisprudence ne sanctionne pas de manière absolue **le non-respect** du principe de rétention, retenant notamment qu'une transmission prohibée d'informations ou de moyens de preuve avant l'entrée en force de la décision de clôture peut être « réparée » s'il apparait, après que les parties intéressées ont pu faire valoir leurs objections, que les conditions de l'entraide étaient réunies et que les documents litigieux devaient de toute manière aboutir en mains de l'autorité étrangère[834]. En revanche, si les juridictions compétentes refusent finalement l'entraide, l'autorité étrangère doit être invitée par les autorités suisses à retirer immédiatement de son dossier et détruire la documentation objet de la transmission suisse.

831. A noter aussi l'art. 67a EIMP qui permet la transmission spontanée à l'Etat étranger « d'informations » relevant du domaine secret (mais non de « moyens de preuve » stricto sensu) pour permettre l'envoi d'une demande d'entraide à la Suisse. Sur la distinction entre « informations » et « moyens de preuve », cf. notamment l'ATF 139 IV 137.

832. ATF 139 IV 137, c. 4.6.2.

833. Pour un tout d'horizon, cf. notamment Harari, Corminboeuf Harari, p. 77 et ss.

834. Dans ce sens notamment l'ATF 129 II 544 c. 3.6 cité par Lugentz, Rayroud et Turk, p. 657.

B. Alinéa 2 – Droits des tiers

18 L'alinéa 2 de l'art. 74 EIMP traite des droits de tiers sur les objets, soit de l'acquéreur de bonne foi[835], d'une autorité ou du lésé qui a sa résidence habituelle en Suisse, en codifiant la jurisprudence développée sous l'empire de l'ancienne version de l'art. 74 EIMP[836]. Ni la personne contre laquelle la procédure étrangère est dirigée, ni les personnes ayant acquis des droits sur les objets en ayant connaissance des faits sous enquête à l'étranger ne sont donc protégées par cette norme, faute de remplir l'exigence de la bonne foi. En ce qui concerne l'acquéreur de bonne foi, l'art. 74 al. 2 EIMP n'exige pas, contrairement à l'art. 74a al. 4 let. c EIMP, que ses droits aient été acquis en Suisse ou qu'il réside en Suisse. Selon certains auteurs, il s'agirait là d'une lacune involontaire qu'il y aurait lieu de combler, en exigeant une relation du tiers avec la Suisse similaire à celle prévue à l'art. 74a al. 4 let. c EIMP[837]. Cette question n'a pas été tranchée par la jurisprudence.

19 Le droit de l'État requérant à la remise probatoire prime en principe les droits des tiers sur les objets. En effet, le législateur a considéré que leur droit de propriété n'est en principe pas véritablement menacé puisque les moyens de preuve sont simplement mis à la disposition d'une procédure étrangère et doivent être ensuite **restitués**, à l'issue de la procédure étrangère[838]. Il s'agit donc uniquement d'une perte temporaire de la possession. Est réservée la question d'une remise confiscatoire, à l'issue de la procédure, si l'Etat requérant adresse une requête en ce sens. Dans cette hypothèse, ce sont les conditions de l'art. 74a EIMP qui devront alors être examinées par l'autorité d'exécution suisse, celles-ci prévoyant d'autres garde-fous pour garantir les droits des tiers[839]. Est également réservée l'hypothèse où les moyens de preuve constituent des objets mettant en danger la sécurité, la moralité ou l'ordre public au sens de l'art. 69 al. 1 in fine CP, auquel cas il devrait pouvoir être renoncé à la restitution des objets remis à titre probatoire, nonobstant les

835. Sur la notion de bonne foi, cf. notamment ATF 123 II 595, c. 6.
836. ATF 112 Ib 610 c. 9b ; ATF 115 Ib 517 c. 7g bb.
837. Aepli, ad art. 74 EIMP, N° 35.
838. Message du Conseil fédéral, FF 1995 III 1 et ss, p. 25.
839. En matière de biens culturels, il est fréquent que l'entraide soit accordée en deux étapes, soit dans un premier temps une remise probatoire afin de s'assurer de leur origine, puis dans un second temps une remise confiscatoire ou à titre de restitution à la suite d'une requête d'entraide complémentaire en ce sens. Cf. notamment, Boillat, n° 643 et 664 et ss ; arrêt du TF du 12 novembre 2007, 1A_47/2007 ; arrêt du TPF du 12 novembre 2019, RR.2018.241.

prétentions de tiers[840], puisque de tels objets seraient, en tout état, susceptibles d'être confisqués.

20 Pour l'Etat requérant, **l'obligation de restitution** précitée découle soit d'un accord général le liant à l'Etat requis[841] (obligation à laquelle l'Etat requis peut renoncer dans un cas précis), soit d'une réserve spécifique donnée dans le cadre de la remise de l'objet litigieux. Faute de base légale prévoyant la restitution dans le cadre d'un accord international entre les Etats requis et requérant et en l'absence de réserve en ce sens formulée au moment de la remise, l'Etat requérant reste libre de disposer des objets selon sa propre législation[842].

21 Pour **garantir** la restitution des objets par l'Etat requérant et partant le respect des droits des tiers, l'art. 74 al. 2 EIMP prévoit la possibilité de requérir de l'Etat requérant qu'il donne la garantie qu'il restituera gratuitement les objets remis au terme de sa procédure. Il s'agit d'une condition soumise à acceptation au sens de l'art. 80p EIMP[843]. Pour remplir son but, l'obtention de la garantie requise doit précéder la remise probatoire[844]. Selon la jurisprudence, ces principes s'appliquent, par analogie, également dans le cadre de la délégation de la poursuite pénale[845]. En cas de non-respect de la garantie prise par l'Etat requérant, celui-ci engage sa responsabilité internationale[846]. Il n'en reste pas moins que l'engagement de l'Etat de retourner les biens au terme de sa procédure ne constitue pas toujours une protection suffisante des droits des tiers, en particulier s'agissant de biens culturels pour lesquels l'Etat requérant est susceptible de bénéficier d'immunités[847]. L'Etat requis doit en principe présumer que l'Etat requérant agira conformément à ses engagements et conformément au principe de la bonne foi[848] avec certaines limites. Dans un cas concernant la remise probatoire de trois objets archéologiques à la Lybie, le TPF a considéré, au vu

840. Cf. Harari, p. 175 et références citées.
841. Cf. pour exemple l'art. 6 al. 2 CEEJ.
842. Cf. Harari, p. 175 et références citées.
843. Harari, p. 174.
844. Arrêts du TPF des 18 janvier 2018, RR.2017.167 c.5.3 et 12 novembre 2019, RR.2018.241, c. 4.3.
845. Arrêt du TF du 26 avril 2000, 1A.117/2000.
846. Harari, p. 174 ; Boillat, N° 670.
847. Boillat, N° 672 et ss, qui cite à titre d'exemple le cas traité à l'ATF 111 Ia 52 et qui plaide pour une politique restrictive de remise probatoire en matière de biens culturels.
848. Boillat, N° 679 et références citées.

de la dégradation importante de la situation politique dans cet Etat, qu'il n'était pas possible d'obtenir des garanties suffisantes quant à la restitution des objets[849]. Le TPF a néanmoins autorisé la remise de la documentation relative aux pièces litigieuses, tout en proposant qu'une expertise des objets aient lieu par les experts libyens sur sol suisse et en réservant une éventuelle remise confiscatoire, au sens de l'art. 74a EIMP, à un stade ultérieur de la procédure[850].

22 A noter que les éventuelles atteintes à **d'autres intérêts** de tiers (tels que la sphère privée ou le secret des affaires par exemple) découlant de la prise de connaissance de la teneur de documents ou de supports de contenus ne sont, eux, pas protégés par l'EIMP[851], en particulier depuis la suppression de l'art. 10 aEIMP au moment de la révision de l'EIMP entrée en force le 1er janvier 1997. La portée pratique de cette norme avant sa suppression était au demeurant très limitée[852].

C. Alinéa 3 – Besoins d'une procédure pénale pendante en Suisse

23 Selon l'al. 3 de l'art 74 EIMP, la remise probatoire à l'étranger d'objets saisis en Suisse peut être **reportée** si les objets, documents ou valeurs sont nécessaires à une procédure pénale pendante en Suisse. Cela peut notamment entrer en ligne de compte lorsque la procédure pénale suisse est déjà bien avancée ou que l'essentiel de l'infraction s'est déroulé en Suisse[853]. Dans ce contexte, le juge doit tenir compte des nécessités respectives de son enquête et de celle menée à l'étranger ainsi que de la nature des objets litigieux, en se livrant à une pesée des intérêts en présence. Le Tribunal fédéral a par exemple relevé, dans un cas impliquant des objets archéologiques d'importance sur les plans quantitatif et culturel, au vu des risques liés au transport des pièces, qu'il pouvait se justifier de renoncer à la remise et d'autoriser bien plutôt les enquêteurs étrangers à se rendre à Genève pour y procéder à leur examen[854]. Un tel mode de faire n'est toutefois pas toujours possible, en particulier en

849. Arrêt du TPF du 12 novembre 2019, RR.2018.241, c. 4.3.
850. Arrêt du TPF du 12 novembre 2019, RR.2018.241, c. 4.4.
851. Stelzer-Wieckowska, ZStStr 2022, p 180 ; Aepli, ad art. 74 EIMP, N° 7.
852. ATF 122 II 367 c. 1, ATF 122 II 130, c. 2d.
853. ATF 123 II 268 c. 5.
854. ATF 123 II 268 c. 5.

présence d'un grand nombre d'objets à expertiser, car trop coûteux pour l'Etat étranger[855].

24 Lorsque les liens entre les faits litigieux et la Suisse sont ténus, que les auteurs présumés des infractions ne résident pas en Suisse et ne sont pas susceptibles d'y être extradés et que la Suisse se trouve impliquée uniquement en raison de la localisation des objets litigieux sur son territoire, il peut être opportun que l'autorité suisse favorise l'avancement de l'enquête étrangère en octroyant la remise des objets saisis, voire même délègue la poursuite pénale à l'étranger au sens des art. 88 et ss EIMP[856]. En cas de **délégation de la procédure à l'étranger**, l'art. 90 EIMP prévoit la remise des pièces à conviction avec le dossier de la procédure pénale. Cette remise est la conséquence logique du dessaisissement consécutif à la délégation: L'Etat requérant doit remettre à l'Etat requis tout ce qui peut être utile à la poursuite des infractions déléguées, afin de lui permettre de mener à bien sa mission[857]. La notion de « pièces à conviction » au sens de l'art. 90 EIMP correspond à celle de moyens de preuve au sens des art. 74 et 59 EIMP[858]. L'autorité suisse ne peut pas procéder à la délégation de la poursuite dans le but de permettre une transmission d'objets que les conditions des art. 74 et 74a EIMP ne permettraient pas[859]. Enfin, les règles nécessaires à la protection des droits des tiers (cf. supra al. 2) sont applicables par analogie en cas de remise d'objets au sens de l'art. 90 EIMP[860].

D. Alinéa 4 – Droits de gage au profit du fisc

25 Le 4ème alinéa de l'art. 74 EIMP renvoie à l'article 60 EIMP, qui réglemente les droits de gage au profit du fisc en matière d'extradition. Selon cette dernière disposition, si les objets ou valeurs sont remis sans réserve de restitution, le droit de gage douanier ou toute autre garantie réelle instituée par le droit suisse douanier ou fiscal n'est pas opposable, à moins que le propriétaire lésé par l'infraction n'en soit lui-même redevable. La renonciation à ce droit de gage peut être subordonnée à réciprocité. Dans ce contexte, il y a également

855. Cf. en ce sens l'arrêt du TF du 12 novembre 2007, 1A_47/2007 c. 5.2.
856. Bomio, p. 34.
857. Arrêt du TF du 26 avril 2000, 1A.117/2000 c. 2, publié dans SJ 2000 I p. 501 ss.
858. Idem.
859. Idem.
860. Idem.

lieu de tenir compte de **l'art. 23 OEIMP**[861], lequel précise dans quelles circonstances les droits de gage au profit du fisc peuvent être invoqués, tout en désignant (al. 2) la direction générale des douanes en tant qu'autorité compétente pour renoncer aux droits de gage au sens de l'art. 60 EIMP.

L'OFJ relève que cette problématique n'a que **peu d'importance** en pratique[862]. 26

BIBLIOGRAPHIE

Aepli Michael, Kommentierung zu Art. 74 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Boilat Marie, 2012, La coopération judiciaire internationale en matière pénale / Chapitre IV : Les moyens de coopération judiciaire internationale en matière pénale prévus par l'EIMP, in Trafic illicite de biens culturels et coopération judiciaire internationale en matière pénale, 2012 EDA - Etudes en droit de l'art, pp. 189 et ss.

Bomio Giorgio, L'entraide judiciaire internationale dans le domaine des biens culturels, EDA 2011, pp. 23 et ss.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich 2015.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl., Basel 2021.

Harari Maurice, Remise internationale d'objets et valeurs : réflexions à l'occasion de la modification de l'EIMP, Etudes en l'honneur de Dominique Poncet, Georg, Genève 1997, pp. 167 et ss.

Harari Maurice, Corminboeuf Harari, Entraide internationale en matière pénale et transmission anticipée à l'Etat requérant, in : Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2016, pp. 77 et ss.

861. Moreillon, ad art. 74 EIMP, N°3.
862. Office fédéral de la Justice, p. 60, note n° 505.

Lubishtani Kastriot, Monod Hadrien, Gauderon Ryan, De l'exception à la règle avec l'art. 80dbis EIMP, in Revue de l'avocat 2021, p. 27 et ss.

Lugentz Frédéric, Rayroud Jacques et Turk Michel, L'entraide pénale internationale en Suisse, en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg, Editions Larcier, Bruxelles 2014.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basel 2018.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Entraide internationale en matière pénale, EIMP - TEJUS - LTEJUS - TEXUS, Commentaire romand, Basel 2004.

Office fédéral de la Justice, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives, 9ème édition, 2009 (https://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/strafrecht/wegleitungen.html).

Pavlidis Georgios, L'entraide judiciaire à des fins de confiscation en droit suisse, in Confiscation internationale: instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse, Genève 2012, pp. 262 et ss.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, in ZStStr 2022, pp 157 à 184.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019.

COMMENTAIRE

Art. 74a EIMP

Un commentaire de Sandrine Giroud / Louise Aellen

PROPOSITION DE CITATION

Sandrine Giroud/Louise Aellen, Commentaire de l'art. 74a EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Giroud/Aellen, art. 74a EIMP N. XXX.

Art. 74*a* Remise en vue de confiscation ou de restitution

[1] Sur demande de l'autorité étrangère compétente, les objets ou valeurs saisis à titre conservatoire peuvent lui être remis au terme de la procédure d'entraide (art. 80*d*), en vue de confiscation ou de restitution à l'ayant droit.

[2] Les objets ou valeurs visés à l'al. 1 comprennent:

a. les instruments ayant servi à commettre l'infraction;

b. le produit ou le résultat de l'infraction, la valeur de remplacement et l'avantage illicite;

c. les dons et autres avantages ayant servi ou qui devaient servir à décider ou à récompenser l'auteur de l'infraction, ainsi que la valeur de remplacement.

[3] La remise peut intervenir à tous les stades de la procédure étrangère, en règle générale sur décision définitive et exécutoire de l'État requérant.

[4] Les objets ou valeurs peuvent cependant être retenus en Suisse:

a. si le lésé a sa résidence habituelle en Suisse et qu'ils doivent lui être restitués;

b. si une autorité fait valoir des droits sur eux;

c. si une personne étrangère à l'infraction et dont les prétentions ne sont pas garanties par l'État requérant rend vraisemblable qu'elle a acquis de bonne foi en Suisse des droits sur ces objets ou valeurs, ou si, résidant habituellement en Suisse, elle rend vraisemblable qu'elle a acquis de bonne foi des droits sur eux à l'étranger, ou

d. si les objets ou valeurs sont nécessaires à une procédure pénale pendante en Suisse ou sont susceptibles d'être confisqués en Suisse.

[5] Les prétentions élevées par un ayant droit sur des objets ou valeurs au sens de l'al. 4 entraînent la suspension de leur remise à l'État requérant jusqu'à droit connu. Les objets ou valeurs litigieux ne sont délivrés à l'ayant droit que:

a. si l'État requérant y consent;

b. si, dans le cas de l'al. 4, let. b, l'autorité y consent, ou

c. si le bien-fondé de la prétention est reconnu par une autorité judiciaire suisse.

[6] Les droits de gage au profit du fisc sont réglés par l'art. 60.

[7] La remise des objets ou valeurs visés à l'al. 1 qui sont attribués à la Suisse en exécution d'un accord de partage en application de la loi fédérale du 19 mars 2004 sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées ne sera pas ordonnée.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse 374
II. Généralités 375
A. Procédure 375
B. Pouvoir d'appréciation des autorités d'exécution 376
III. Délimitations 382
A. Délimitation avec l'art. 59 EIMP 382
B. Délimitation avec les art. 70 ss CP 382
C. Délimitation avec les art. 94 ss EIMP 383
D. Délimitation avec la LVP 383
IV. Al. 1 – Remise 384
V. Al. 2 – Objets et valeurs 388
VI. Al. 3 – Moment de la remise 392
VII. Al. 4 – Motifs de refus de remise 395
A. Droits du lésé (let. a) 396
B. Droits d'une autorité (let. b) 397
C. Droits de tiers de bonne foi (let. c) 397
D. Besoins d'une procédure ou confiscation en Suisse (let. d) 399
VIII. Al. 5 – Suspension de la remise 401
IX. Al. 6 – Droits de gage fiscaux 402
X. Al. 7 – Partage des valeurs confisquées 402
XI. Voies de droit 403
Bibliographie 405

I. GENÈSE

1 L'EIMP, adoptée le 20 mars 1981, a été modifiée le 4 octobre 1996[863]. Les buts de cette modification étaient, d'une part, de lutter efficacement contre la criminalité économique et, d'autre part, de pallier les faiblesses du système légal précédemment en place en simplifiant et en accélérant la procédure d'exécution des demandes d'entraide[864]. Les affaires Pemex[865] et Marcos[866] ont en effet permis de mettre en évidence certaines faiblesses de la loi, telles que la durée de la procédure d'exécution[867]. Celle-ci s'est révélée excessive tant en raison des nombreuses voies de recours, que de la forte variation de son déroulement d'un canton à un autre[868].

2 Cette révision a notamment mené à la modification de l'art. 74 EIMP et à l'ajout du nouvel art. 74*a* EIMP[869], auparavant combiné à l'art. 74 aEIMP. Elle permet de distinguer la remise de moyens de preuve à l'État requérant, à présent réglée par l'art. 74 EIMP, d'une part, et celle d'objets ou de valeurs aux fins de leur confiscation ou de leur restitution à l'ayant droit dans l'État requérant, à présent réglée par l'art. 74*a* EIMP, d'autre part[870].

3 L'art. 74*a* EIMP a aussi permis de clarifier la procédure à suivre en cas de remise d'objets et de valeurs saisis en Suisse et de remplacer une jurisprudence complexe qui exigeait auparavant la soumission de la décision étrangère de confiscation ou de restitution à une procédure d'exequatur[871]. Avec cette nouvelle disposition, seul suffit un contrôle sommaire de la décision étrangère basé sur le constat du respect des droits fondamentaux de procédure[872].

---

863. RO 1997 114 (ci-après : aEIMP).
864. Message concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de la loi fédérale relative au traité conclu avec les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mars 1995 (ci-après : Message EIMP), FF 1995 III 1 ss, 2.
865. ATF 115 Ib 517.
866. ATF 116 Ib 452.
867. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 2.
868. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 2.
869. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26 ss.
870. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 3.
871. ATF 115 Ib 517 ; ATF 116 Ib 452, cons. 5.b.

Lors du débat parlementaire, le Conseil national a adopté sans discussion l'art. 74*a* proposé[873]. Le Conseil des États a accepté la proposition visant à introduire, à l'al. 3, les mots « en règle générale » ; il a en revanche renoncé à modifier cette disposition en vue de subordonner dans tous les cas la remise du produit de l'infraction à l'existence d'un jugement définitif et exécutoire dans l'État requérant[874]. Le Conseil national s'est rallié à cette solution[875]. 4

II. GÉNÉRALITÉS

A. Procédure

La révision de l'EIMP en 1996 a distingué la saisie probatoire, qui ne porte que sur des moyens de preuve, et de la **saisie conservatoire**, qui porte sur des objets ou valeurs à des fins de confiscation. La saisie conservatoire ne peut tendre qu'à la restitution des objets ou valeurs à l'ayant droit ou au lésé (qui peut être l'État requérant), ou encore à leur confiscation ou à leur destruction. S'agissant de la restitution, la remise a pour conséquence de rétablir la situation antérieure de l'ayant droit[876]. L'art. 74*a* EIMP permet ainsi, sur demande de l'État requérant, la remise des biens saisis en Suisse en vue de confiscation ou de restitution à l'ayant droit dans l'État requérant. 5

La remise à des fins de restitution peut désormais intervenir en principe à **tous les stades de la procédure étrangère** pour autant que l'État requérant rende une décision définitive et exécutoire (art. 74*a* al. 3 EIMP). Le principe de la confiance entre États conduit à admettre que rien ne devrait s'opposer, en règle générale, à la remise des objets ou des valeurs après que l'État requérant a rendu une décision et qu'il n'y a pas lieu dès lors de procéder à l'exequatur de celle-ci, au sens des art. 94 ss EIMP[877]. 6

L'expression **« en règle générale »** a été employée par le législateur afin de permettre, à titre exceptionnel, une procédure rapide et peu formaliste dans les cas où une restitution s'impose à l'évidence, par exemple lorsqu'il n'existe 7

872. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26.
873. BO CN 1995 V 2641 ss, 2642 ; ATF 123 II 134, cons. 5.c.
874. BO CE 1996 I 223 ss, 229-233 et 243 ; ATF 123 II 134, cons. 5.c.
875. BO CN 1996 II 741 ss, 747 ; ATF 123 II 134, cons. 5.c.
876. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 14.
877. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 14.

aucun doute sur la provenance illicite des valeurs saisies et sur le bien-fondé d'une remise à l'ayant droit[878] (cf. *infra* n. 42 et 47).

8 Avant la remise par voie d'entraide en vue de confiscation ou de restitution, l'autorité compétente doit **être en possession des objets et des valeurs à restituer**. Elle peut, à cette fin, ordonner des mesures provisoires au sens de l'art. 18 EIMP, tel qu'un séquestre conservatoire. Les objets ou valeurs peuvent finalement être remis à l'État requérant après décision finale exécutoire au sens de l'art. 80*d*. La remise des objets et des valeurs au sens de l'art. 74*a* EIMP – contrairement à la remise de moyens de preuve – est définitive et l'État étranger peut disposer des objets ou valeurs remis. Après le transfert, la Suisse perd donc toute maîtrise sur ceux-ci[879].

9 L'art. 74*a* EIMP est complété par l'art. 33*a* OEIMP qui règle la durée de la saisie.

10 La remise d'objets et de valeurs patrimoniales en vue de leur confiscation ou de leur restitution constitue une atteinte grave aux droits fondamentaux de la personne concernée[880]. Contrairement à l'art. 74 EIMP, l'atteinte aux droits fondamentaux est plus grave, car les objets et valeurs sont remis définitivement à la personne concernée. Parmi les droits fondamentaux touchés on peut citer la garantie de la propriété (art. 26 Cst.), la liberté économique (art. 27 Cst.) ainsi que la protection de la sphère privée (art. 13 Cst. et 8 CEDH). Une décision de remise fondée sur l'art. 74*a* EIMP doit donc respecter les conditions de l'art. 36 Cst.[881].

B. Pouvoir d'appréciation des autorités d'exécution

11 Il s'agit-là d'une **disposition potestative** (*Kann-Vorschrift*), contrairement aux art. 59 et 74 EIMP. L'autorité d'exécution suisse doit ainsi apprécier l'ensemble des circonstances du cas d'espèce pour déterminer si et quand une remise doit avoir lieu ; elle dispose pour ce faire d'un large pouvoir d'appréciation[882]. Si ce pouvoir ne lui permet pas de remettre en cause – sous

878. ATF 123 II 268, cons. 4a; BO CE 1996 I 223 ss, 230 s.
879. CR EIMP-Moreillon, Art. 74*a* N 12.
880. Stelzer-Wieckowska, p. 182.
881. BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 5.
882. ATF 123 II 268, cons. 4.a ; ATF 115 Ib 517, cons. 7.h ; TPF RR.2010.169 du 26 août 2010, cons. 2.4 ; TPF RR.2007.207 du 6 novembre 2008, cons. 2.3 ; cf. également ATF 129 II 453, cons. 3.2 ; TPF RR.2021.20-23 du 27 mai 2021, cons. 3.3.2.

réserve d'une violation de l'ordre public – le contenu de la décision étrangère, l'autorité d'exécution est tenue d'examiner si la collaboration requise reste dans le cadre autorisé par l'art. 74*a* EIMP. Ainsi, l'autorité requise peut s'assurer que les valeurs dont la restitution est demandée correspondent bien aux objets décrits à l'art. 74 al. 2 let. a à c EIMP, c'est-à-dire qu'il s'agit bien de l'instrument ou du produit de l'infraction, voire de la récompense attribuée à son auteur[883]. La procédure étrangère doit en outre satisfaire aux garanties générales découlant de la CEDH ou du Pacte ONU II[884]. Les prétentions du lésé, d'une autorité ou des tiers acquéreurs de bonne foi, ainsi que les nécessités d'une procédure pénale en Suisse doivent également être prises en compte en vertu de l'art. 74*a* al. 4 EIMP[885].

L'autorité d'exécution suisse peut **interpeller** au besoin l'État requérant pour obtenir des **informations complémentaires** (art. 80*o* EIMP)[886]. Elle peut également soumettre l'octroi de l'entraide à des **conditions** lorsque la procédure étrangère présente certains défauts que des garanties de l'État étranger peuvent combler (art. 80*p* EIMP)[887]. Ces conditions peuvent inclure un engagement à respecter des règles de procédure notamment celles conférées par les instruments internationaux[888], la garantie de l'indépendance et l'impartialité de l'autorité de jugement ou encore au respect du principe de spécialité[889]. Ces garanties peuvent être obtenues *a posteriori*[890]. De telles garanties sont toutefois à considérer avec retenue[891]. Même si possible[892], l'application de l'art. 80*p* EIMP à la remise de biens à l'État requérant est à relativiser puisqu'une remise fondée sur l'art. 74*a* EIMP n'est en principe possible que sur la base d'une décision définitive et exécutoire dans l'État étranger. À défaut, l'entraide devrait être refusée[893]. 12

883. TPF RR.2021.20-23 du 27 mai 2021, cons. 3.3.1.
884. ATF 129 II 453, cons. 3.2.
885. ATF 129 II 453, cons. 4.2.
886. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26 ; ATF 123 II 268, cons. 4.c.
887. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26 ; Bottinelli, Restitution, N 580.
888. ATF 123 II 511, cons. 7 ; ATF 134 IV 156, cons. 6.14.3.
889. TPF RR.2007.142 du 22.11.2007 cons. 5.
890. TPF RR.2022.170 du 14 juin 2023, cons. 3.5.
891. La doctrine en matière de garanties diplomatiques se concentre essentiellement sur les garanties liées à l'extradition qui sont également fondées sur l'art. 80*p* EIMP (ATF 123 II 511 cons. 4a ; ATF 134 IV 156 cons. 6.10) ; partant, les réserves exprimées dans ce contexte valent également pour les autres actes d'entraide auquel appartient l'art. 74*a* EIMP. Voir not. Charrière, p. 879 ss. ; ATF 148 I 127, cons. 4.6-4.9.
892. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26.

13 Le TF a plusieurs fois souligné la nécessité de tenir compte des **droits des personnes lésées** par l'infraction considérée et de veiller à ce qu'une remise à l'État requérant au sens de l'art. *74a* EIMP ne se fasse pas à leur détriment[894]. Cela étant, le TF n'a pour l'heure admis que restrictivement une remise fondée sur l'art. 74*a* EIMP avec des conditions spécifiques. Il s'agissait de la remise anticipée aux Philippines, avant le prononcé d'un jugement de confiscation, des biens appartenant à l'ancien chef d'État philippin Ferdinand Marcos et à sa famille. Le TF avait alors laissé ouverte la possibilité pour des victimes de violations des droits de l'homme commise par Ferdinand Marcos et son régime de prétendre à une indemnisation perçue sur les fonds à remettre à l'État philippin[895]. Il avait également souligné la nécessité d'interpréter l'art. 74*a* EIMP au regard (i) des principes sous-jacents à l'EIMP, dont le respect des droits de l'homme ancré à l'art. 2 EIMP, ainsi que (ii) des obligations internationales de la Suisse, incluant en particulier la garantie des droits prévus par le Pacte ONU II et la Convention des Nations Unies contre la torture, dont le droit à un procès équitable et le droit à obtenir réparation. Dans la mesure où l'État requérant ne serait pas à même de mettre en œuvre ces droits, la Suisse devrait en tenir compte, notamment en conditionnant l'entraide à des engagements spécifiques de l'État requérant comme le permet l'art. 80*p* EIMP. Le TF a cependant souligné que, même si sur la base de ses obligations internationales l'État philippin était tenu à réparation à l'égard des victimes, l'entraide requise devait lui permettre de pouvoir décider du sort des avoirs considérés, rappelant ainsi la souveraineté de l'État requérant sur les avoirs sujets à remise[896].

C. Interaction avec des accords internationaux

14 En vertu de l'art. 1 al. 1 EIMP, les lois ou accords internationaux priment l'EIMP[897]. Les dispositions conventionnelles l'emportent sur le droit interne qui régit la matière, soit l'EIMP et l'OEIMP, qui sont applicables en cas de questions non réglées explicitement ou implicitement par le droit conventionnel[898] et lorsque le droit interne est plus favorable à l'entraide[899].

893. Bottinelli, Restitution, N 581.
894. ATF 129 II 453, cons. 3.2 et 4.2 ; ATF 132 II 178, cons. 5.3 ; TPF RR.2014.156 du 18 décembre 2014, cons. 4.5 ; RR.2021.20-23 du 27 mai 2021, cons. 3.3.1 ; RR.2020.126 du 10 septembre 2020, cons. 3.3.1 ; RR.2008.23 du 2 juillet 2008, cons. 2.1.
895. ATF 123 II 595, cons. 7.c.
896. Giroud, Droit des victimes, N 964.
897. ATF 147 II 432, cons. 3.1 ; ATF 147 IV 182 cons. 2.1 ; ATF 122 II 140, cons. 2.

En effet, selon le **principe de faveur**, c'est la norme la plus favorable à l'entraide qui doit s'appliquer[900]. L'existence d'un traité ne prive ainsi pas la Suisse de la faculté d'accorder l'entraide en vertu de règles éventuellement plus larges de son droit interne puisque les traités d'entraide sont destinés à favoriser la coopération internationale ; ils ne s'opposent donc pas à un octroi plus large de cette entraide en vertu du droit suisse[901]. Parmi les traités internationaux pertinents en lien avec l'art. 74*a* EIMP on peut relever :

- **La Convention européenne d'extradition** du 13 décembre 1957[902], entrée en vigueur en Suisse le 20 mars 1967, qui permet la remise d'objets susceptibles de saisie ou de confiscation mais uniquement sous condition de restitution (art. 20 al. 3 CEExtr) et sous réserve des droits de l'État requis ou des tiers sur ces objets (art. 20 al. 4 CEExtr).
- **La Convention européenne d'entraide an matière pénale** du 20 avril 1959[903], entrée en vigueur en Suisse le 20 mars 1967, ne traite pas directement de la remise d'objets et de valeurs[904]. Celle-ci est en revanche prévue notamment à art. 12 2e p.a. CEEJ.
- **La Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime** du 8 novembre 1990[905], entrée en vigueur en Suisse le 1er septembre 1993. Il s'agit d'une convention spéciale complétant la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 selon l'art. 26 al. 2 et al. 3 CEEJ[906].

La CBI constitue un outil important de coopération internationale pour réglementer l'investigation et la confiscation des instruments et produits d'une infraction pénale (art. 7 CBI). Elle fixe un standard minimum de mesures à prendre au niveau national (chap. II) et pose le principe d'une coopération le plus large possible à tous les stades de la procédure pénale (chap. III). Ces

898. ATF 137 IV 33 cons. 2.2.2 ; ATF 129 II 462, cons. 1.1 ; ATF 123 II 134, cons. 1.a.
899. Sur l'application du droit interne conformément au principe de faveur, cf. ATF 147 II 432, cons. 3.1 ; ATF 136 IV 82 cons. 3.1 ; ATF 135 IV 212, cons. 2.3 ; ATF 132 II 178, cons. 2.1.
900. BSK IRSG-Aepli, Art. 1 N 24 ss ; Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, 19 ; Popp, N 191 ss.
901. ATF 147 II 432, cons. 3.1 ; ATF 123 II 134, cons. 1.a ; ATF 122 II 140, cons. 2 ; ATF 120 Ib 189, cons. 2.b.
902. RS 0.353.10.353.1.
903. RS 0.351.1.
904. ATF 123 II 134, cons. 5.a.
905. RS 0.311.53.
906. ATF 123 II 134, cons. 5.b.aa.

différentes mesures sont ordonnées conformément au droit interne, ce dernier étant également applicable lorsqu'il pose des conditions plus favorables à l'entraide[907]. L'art. 13 institue, à charge de l'État requis une obligation de confiscation du produit du crime soit en exécution d'une décision de confiscation étrangère, soit en instituant une procédure interne. Le droit suisse, au travers des art. 74*a* al. 2 EIMP et 94 ss EIMP concernant respectivement la remise des instruments et produits du crime et l'exécution des décisions étrangère, est ainsi conforme aux exigences de la présente Convention[908]. Le TF a souligné que la CBI ne permet pas d'instituer des modes de coopération que le droit national ne prévoit pas[909].

Les arrangements différents entre États parties à la Convention demeurent réservés, par exemple en prévoyant le partage des produits confisqués entre États coopérants[910].

- **La Convention des Nations Unies contre la corruption** du 31 octobre 2003[911], entrée en vigueur en Suisse le 24 octobre 2009, constitue un instrument global de lutte contre la corruption. Elle consacre notamment un chapitre important au recouvrement de valeurs patrimoniales d'origine illicite (chap. V). Elle est le premier instrument international à instaurer, sur le plan multilatéral, le principe de la restitution, à certaines conditions, des valeurs patrimoniales illicitement acquises (art. 57)[912]. Lors de son adoption, le Conseil fédéral a considéré que la CNUCC n'induisait aucune modification du droit interne puisque la Suisse avait déjà transposé les principes prévus par la CNUCC dans sa législation[913], notamment concernant la confiscation de valeurs patrimoniales déjà réglées par les art. 70 ss CP et 74*a* EIMP[914]. Dans le cas de soustraction de biens publics, l'art. 57 par. 3 let. a CNUCC prévoit une obligation de remettre les biens

907. ATF 133 IV 215, cons. 2.1.
908. ATF 133 IV 215, cons. 2.2.
909. ATF 133 IV 215, cons. 2.3.
910. Message concernant la ratification par la Suisse de la Convention nº 141 du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation du produit du crime du 19 août 1992, FF 1992 VI 8 ss, 26.
911. RS 0.311.56.
912. Message concernant la Convention des Nations Unies contre la corruption du 21 septembre 2007 (ci-après : Message CNUCC), FF 2007 6931 ss, 6932.
913. Message CNUCC, FF 2007 6931 ss, 6940.
914. Message CNUCC, FF 2007 6931 ss, 6988.

confisqués à l'État requérant lorsque la confiscation a été exécutée conformément à l'art. 55 CNUCC et sur la base d'un jugement définitif rendu dans l'État requérant, exigence à laquelle l'État requis peut renoncer. Il n'y a pas d'automatisme en faveur de l'État requérant pour les autres cas de figure notamment ceux visés à l'art. 57 par. 3 let. b et c CNUCC. Dans les cas où l'État requérant ne peut pas faire valoir de droits prépondérants sur les avoirs confisqués, d'autres solutions, notamment en faveur des victimes de la corruption, devront être trouvées[915].

- **Convention de l'Unesco concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicite de biens culturels** du 14 novembre 1970[916], entrée en vigueur en Suisse le 3 janvier 2004. Elle a pour but d'améliorer la protection des biens culturels dans les États parties et de sauvegarder le patrimoine culturel de l'humanité grâce à la coopération internationale[917]. Elle fixe les normes juridiques et administratives minimales que les États parties doivent appliquer pour juguler le commerce illicite des biens culturels. Ses axes principaux sont la lutte contre le vol, contre les fouilles clandestines et contre l'importation et l'exportation illégales des biens culturels. La Convention milite en outre pour la restitution des biens culturels volés et le retour des biens exportés illégalement[918]. La Convention de l'Unesco de 1970 n'est cependant pas applicable directement et elle astreint les États parties à légiférer pour sa mise en œuvre. C'est ce qu'a fait la Suisse avec la LTBC[919], qui est entrée en vigueur le 1er juin 2005. L'art. 7 Convention Unesco prévoit que les États parties prennent les mesures appropriées pour saisir et restituer à la demande du pays d'origine les biens volés, « à condition que l'État requérant verse une indemnité équitable à la personne qui est acquéreur de bonne foi ». L'art. 13 Convention Unesco complète ce dispositif en

915. Message CNUCC, FF 2007 6931 ss, 6989. Voir Giroud qui considère que l'art. 57 par. 3 let. c CNUCC doit être interprété à l'aune des principes internationaux de protection des victimes ce que le droit suisse méconnaît (Giroud, Droit des victimes, N 949 ss et 983).

916. RS 0.444.1.

917. Pour une vue d'ensemble sur la question sur le recouvrement de biens culturels faisant l'objet d'un trafic illicite, voir Giroud, Cultural property.

918. Message relatif à la Convention de l'Unesco de 1970 et à la loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (LTBC) du 21 novembre 2001 (ci-après : Message Unesco), FF 2002 505 ss, 507.

919. RS 444.1.

prescrivant aux États parties d'admettre les actions en retour des biens culturels perdus ou volés.

La Convention de l'Unesco de 1970 ne prévoit aucun instrument pour la restitution ou le retour des biens culturels volés ou exportés illégalement, dans le respect des droits de l'acquéreur de bonne foi. C'est pourquoi, en 1984, l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), fut chargé par l'Unesco d'élaborer une convention destinée à régler ces domaines ce qui donna lieu à la Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés du 24 juin 1995[920]. La Suisse la signa le 26 juin 1996 mais ne l'a pas ratifiée. La Convention UNIDROIT prévoit notamment que les biens culturels volés (ou provenant de fouilles illégales) sont soumis pendant 50 ans (75 pour des cas exceptionnels) à un droit de restitution (art. 3) ; de même, les biens culturels exportés illégalement, dont l'exportation porte atteinte à des intérêts culturels ou scientifiques importants, sont soumis pendant 50 ans à un droit de retour (art. 5). Si le bien culturel a été acquis de bonne foi, l'acquéreur a droit à une indemnité équitable (art. 4 et 6).

III. DÉLIMITATIONS

A. Délimitation avec l'art. 59 EIMP

15 L'art. 74*a* EIMP est le pendant de l'art. 59 EIMP qui s'applique en matière d'extradition. L'art. 59 EIMP ne crée pas une procédure de remise distincte de celle prévue aux art. 74 et 74*a* EIMP. Il permet toutefois que les objets ou valeurs en possession de la personne à extrader puissent être remis à l'autorité requérante au moment de l'extradition.

B. Délimitation avec les art. 70 ss CP

16 Alors que les art. 70 ss CP fixent les conditions auxquelles est subordonnée la confiscation de valeurs patrimoniales dans le cadre d'une procédure pénale suisse, l'art. 74*a* EIMP énumère sur le plan de l'entraide pénale internationale les cas dans lesquels la Suisse, en tant qu'État requis, peut retenir les objets ou valeurs visés ou en suspendre la remise à l'État requérant, notamment si les objets ou valeurs sont nécessaires à une procédure pénale pendante en Suisse ou sont susceptibles d'être confisqués en Suisse (art. 74*a* al. 4 let. d EIMP).

920. Message Unesco, 513 s.

C. Délimitation avec les art. 94 ss EIMP

Les art. 74*a* EIMP et 94 ss EIMP sont deux procédures distinctes pour l'exécution de décisions de confiscation étrangères. Selon les termes de Bottinelli, l'art. 74*a*, qui permet la remise à l'autorité étrangère « en vue de confiscation ou de restitution à l'ayant droit », constitue une procédure d'extradition des biens : ceux-ci sont livrés à l'État étranger pour que ce dernier puisse exécuter à leur encontre sa décision domestique de confiscation ; à l'inverse, l'exequatur prévue par les art. 94 ss EIMP revient à transformer la décision de confiscation étrangère en une décision de confiscation suisse[921]. Il s'agit donc de procédures dont le centre de gravité est différent : dans le cas de l'art. 74*a* EIMP, celui-ci se trouvera dans l'État requérant qui opérera selon son droit interne, alors que dans le deuxième cas, le centre de gravité sera en Suisse où la décision étrangère devra être mise en œuvre. 17

D. Délimitation avec la LVP

La LVP[922] est une loi innovante qui règle le blocage, la confiscation et la restitution de valeurs patrimoniales de personnes politiquement exposées à l'étranger ou de leurs proches lorsqu'il y a lieu de supposer que ces valeurs ont été acquises par des actes de corruption ou de gestion déloyale ou par d'autres crimes. Elle s'inscrit dans la continuité de la pratique du Conseil fédéral en matière de blocage d'avoirs de potentats fondée jusque-là sur l'art. 184 al. 3 Cst. puis codifiée par la Loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées du 1er octobre 2010 (Loi sur la restitution des avoirs illicites, aLRAI) que la LVP est venue remplacer et compléter. La LVP prévoit un double mécanisme de blocage de valeurs patrimoniales : un blocage préventif en vue de l'entraide judiciaire (art. 3 LVP) et un blocage en vue de confiscation en cas d'échec de l'entraide judiciaire (art. 4 LVP). Le blocage préventif vise à soutenir les enquêtes pénales et l'entraide judiciaire internationale en gelant des avoirs afin de ne pas rendre impossible leur restitution future à l'État d'origine[923]. Le blocage confiscatoire n'intervient qu'à un stade plus tardif de la procédure lorsque la restitution par voie d'entraide judiciaire internationale s'est avérée 18

921. Bottinelli, Restitution, N 399 et 575 ss.
922. RS 196.1.
923. Chablais, N 227 et 242 ss.

impossible[924]. La LVP est donc un système subsidiaire à l'entraide internationale prévue par l'EIMP qui ne peut être actionné que dans des cas spécifiques et limités[925].

19 Le blocage confiscatoire LVP est en principe suivi d'une procédure de confiscation (art. 14-16 LVP), respectivement de restitution (art. 17-19 LVP). L'art. 14 al. 4 LVP prévoit expressément le caractère subsidiaire d'une confiscation fondée sur la LVP par rapport aux mécanismes de remise et de confiscation prévues par l'EIMP[926].

IV. AL. 1 – REMISE

20 Selon l'art. 74*a* al. 1 EIMP, sur demande de l'autorité étrangère compétente, les objets ou valeurs saisis à titre conservatoire peuvent, au terme de la procédure d'entraide (art. 80*d* EIMP), lui être **remis en vue de confiscation ou de la restitution à l'ayant droit**. De manière générale, la saisie tend à assurer l'exécution des actes d'entraide requis et entraîne nécessairement une décision subséquente[927]. L'al. 1 rappelle que le but ultime de la saisie d'objets ou de valeurs dans le cadre d'une procédure d'entraide est leur remise à l'État requérant, qui ordonne la confiscation ou la restitution des biens saisis dans le cadre d'une procédure interne[928].

21 L'État requérant demande en principe la **saisie conservatoire** avant ou avec sa demande de remise. Si l'État requérant ne la formule pas expressément, on admet toutefois que la demande de remise de l'État requérant comprend également une demande de mesures conservatoires, soit une requête de saisie implicite[929]. La jurisprudence va même jusqu'à autoriser la Suisse à bloquer des fonds potentiellement détournés dès lors que l'État requérant est susceptible d'en demander la remise conformément à l'art. 74*a* EIMP[930]. L'autorité d'exécution peut ainsi procéder au séquestre conservatoire en l'absence de demande expresse, surtout s'il y a péril en la demeure (art. 18 al. 2

924. Idem, N 259 ss.
925. Sur les limites et lacunes de la LVP, voir Giroud, Droit des victimes, N 938 ss et 981 ss.
926. Bottinelli, Confiscation, N 363.
927. TPF RR.2009.159 du 8 mars 2010, cons. 3.1.
928. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26 ; TPF RR.2017.261 du 15 décembre 2017, cons. 3.2 ; TPF RR.2017.262-263 du 28 décembre 2017, cons. 2.
929. BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 16.
930. TPF RR.2015.71 du 12 août 2015, cons. 3.

EIMP)[931]. Dans ce cas, elle doit interpeller l'autorité requérante afin de clarifier ce point[932].

A l'inverse, il faut une demande de restitution expresse de l'État requérant pour que la Suisse procède à la remise des biens et valeurs[933] car la **requête de saisie n'équivaut pas, en elle-même, à une demande de remise**[934]. La remise à l'État requérant se fait en principe sur la base d'un jugement définitif et exécutoire qui se prononce sur la confiscation ou la remise à l'ayant droit (cf. *infra* n. 42 et 47). 22

L'art. 33*a* OEIMP précise que les **objets et valeurs demeurent saisis** jusqu'à réception d'une décision définitive et exécutoire de l'État requérant ou jusqu'à ce que l'État requérant fasse savoir qu'une telle décision n'est plus possible selon son propre droit, notamment en raison de la prescription[935]. En particulier, le Tribunal fédéral a retenu que les séquestres devaient être maintenus même si la procédure d'entraide était suspendue[936]. La Suisse restituera les objets et valeurs nonobstant la survenance de la prescription en droit suisse, pour autant que celle-ci ne soit pas acquise au moment de la saisie[937]. 23

La durée d'un séquestre doit toutefois respecter le principe de **proportionnalité** et ne saurait se maintenir indéfiniment[938]. S'agissant d'une procédure administrative ouverte à la requête d'un État étranger, la pratique se montre de manière générale plus tolérante s'agissant de la durée des séquestres qu'en matière de procédure pénale[939]. Cela étant, la jurisprudence a reconnu à plusieurs reprises que ce système pouvait mener à des situations inadmissibles[940]. De ce fait, après un certain délai, les autorités suisses 24

931. TPF RR.2015.71 du 12 août 2015, cons. 3; RR.2010.39 du 28 avril 2010, cons. 5.1 ; TPF RR. 2017.261 du 15 décembre 2017, cons. 3.2.
932. TPF RR.2017.261 du 15 décembre 2017, cons. 3.2 ; TPF RR.2017.262-263 du 28 décembre 2017, cons. 2 ; RR.2010.39 du 28 avril 2010, cons. 5.1.
933. CR EIMP-Moreillon, Art. 74*a* N 15.
934. TPF RR.2015.71 du 12 août 2015, cons. 3.
935. TPF RR.2020.136 du 31 août 2020, cons. 4.3.1 ; TF 1C_152/2018 du 18 juin 2018, cons. 6.1 ; ATF 149 IV 144, cons. 2.6.
936. ATF 149 IV 144, cons. 2.5.
937. TPF RR.2017.261 du 15 décembre 2017, cons. 3.2 ; TPF RR.2017.262-263 du 28 décembre 2017, cons. 2.
938. TPF RR.2012.255 du 22 mai 2013, cons. 4.1.
939. ATF 149 IV 144, cons. 2.6.
940. TPF RR.2020.329 du 11 mai 2021, cons. 1.2.3.

peuvent être contraintes de lever le séquestre ou refuser d'accorder l'entraide[941]. L'intérêt privé des titulaires de biens séquestrés doit être mis en balance non seulement avec l'intérêt public de l'État requérant et privé des victimes à obtenir la remise de valeurs en vue de confiscation ou de restitution, mais aussi avec le devoir de la Suisse de s'acquitter de ses obligations internationales et de ne pas servir de refuge pour des fonds d'origine criminelle[942].

25 La proportionnalité de la mesure s'apprécie notamment selon la conduite et l'avancement de la procédure dans l'État requérant[943]. En fonction des circonstances, l'autorité d'exécution peut être amenée à devoir se renseigner régulièrement sur l'évolution de la procédure étrangère[944]. L'analyse de la proportionnalité des saisies litigieuses doit être faite également en fonction du degré de complexité de l'affaire[945]. Quand on ne peut reprocher aucun retard particulier ni à l'Etat requérant ni à l'autorité d'exécution, la durée du séquestre ne suffit pas à elle seule pour justifier la levée de la mesure ou le refus de l'entraide judiciaire[946]. Différents critères peuvent encore entrer en considération dans l'analyse de la proportionnalité selon les spécificités du cas d'espèce, tels que l'adoption d'une nouvelle loi en matière de confiscation qui nécessiterait la réintroduction d'une demande dans l'État requérant sur la base de ces nouvelles dispositions[947], la cavale du prévenu rendant difficile l'enquête à l'étranger[948] ou encore le besoin de la personne concernée par la mesure d'entraide de disposer des fonds bloqués[949].

26 Sur la base de ces critères, le TF a considéré, dans le cadre de l'entraide avec les Philippines, en lien avec l'affaire Marcos, que le principe de

941. OFJ, Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Wegleitung, 9e éd. 2009, p. 69 ; TF 1A. 222/1999 du 4 novembre 1999 ; TF 1A.335/2005 du 18 août 2006, cons. 6.2 ; TF, 1C_152/2018 du 18 juin 2018, cons. 6.1 et 6.2 ; TPF RR.2013.164 du 11 février 2014, cons. 3 et 7.4.

942. TF, 1C_543/2023 du 7 mars 2024, cons. 5.1 (publication prévue) ; ATF 123 II 595, cons. 5a.

943. 1C_543/2023 du 7 mars 2024, cons. 5.1 et 5.2 in fine (publication prévue) ; ATF 126 II 462, cons. 5e ; TF, 1C_152/2018 du 18 juin 2018, cons. 6.2 ; TPF RR.2013.164 du 11 février 2014, cons. 3 et 7.4.

944. ATF 149 IV 144, cons. 2.6.

945. TF, 1C_543/2023 du 7 mars 2024, cons. 5.1 et 5.2 pour une revue des durées de séquestre admises par la jurisprudence ; TF, 1C_152/2018 du 18 juin 2018, cons. 6.2 ; TPF RR.2020.329 du 11 mai 2021, cons. 1.2.3.

946. TF, 1C_152/2018 du 18 juin 2018, cons. 6.2.

947. TF, 1C_152/2018 du 18 juin 2018, cons. 6.2 ;

948. TF, 1C_239/2014 du 18 août 2014, cons. 3.3.2

proportionnalité n'avait pas été violé quand bien même quinze ans s'étaient écoulés depuis le séquestre[950], un ultime délai ayant été accordé, cinq ans plus tard, aux autorités requérantes pour qu'elles rendent une décision de première instance prononçant la confiscation des valeurs saisies depuis plus de vingt ans[951]. À l'inverse, il a rejeté, dans le cadre de l'affaire Duvalier, une demande d'entraide haïtienne treize ans après le prononcé d'un séquestre, l'État requérant n'ayant pas répondu aux demandes de renseignements propres à démontrer qu'il avait encore un intérêt à l'exécution de la demande[952].

Les procédures fondées sur l'art. 74*a* EIMP entraînent inévitablement 27
l'écoulement de plusieurs années entre la saisie et la remise des valeurs patrimoniales, notamment en raison des exigences procédurales de l'État requérant[953]. De plus, certaines infractions ou mesures de confiscation connaissent dans certains États des délais de prescription très longs voire sont imprescriptibles. Le maintien des séquestres sur les objets et valeurs pendant ce temps crée ainsi le risque de restriction disproportionnée des droits fondamentaux des personnes visées, notamment la garantie de la propriété prévue à l'art. 26 al. 1 Cst. ou l'obligation de célérité ancrée à l'art. 29 al. 1 Cst. [954]. Une partie de la doctrine considère pour ces raisons que l'art. 33*a* OEIMP (cf. *supra* para. 23) ne constitue pas une base légale suffisante pour justifier l'atteinte importante qui résulte d'un séquestre en vue d'une remise selon l'art. 74*a* EIMP. Cette restriction grave aux droits fondamentaux nécessite au contraire une base légale formelle[955].

Le blocage, respectivement la remise d'objets et de valeurs doit également 28
respecter les principes prévus à l'art. 2 let. a EIMP, qui prévoit que la demande d'entraide doit être refusée lorsque la procédure à l'étranger ne respecte pas certaines garanties procédurales fondamentales. L'art. 2 let. a EIMP s'applique en priorité à l'extradition et aux cas où le prévenu se trouve sur le territoire de l'État requérant et peut faire valoir un risque concret de violation de ses droits procéduraux. Selon le TF, la remise d'objets et de

949. TF, 1C_543/2023 du 7 mars 2024, cons. 5.2 (publication prévue) ; ATF 149 IV 376, cons. 4.6.
950. ATF 126 II 462, cons. 5e.
951. TF, 1A.335/2005 du 18 août 2006, cons. 6.2.
952. TF, 1A.222/1999 du 4 novembre 1999.
953. TPF RR.2020.329 du 11 mai 2021, cons. 1.2.3.
954. ATF 126 II 462, cons. 5.e ; BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 19.
955. BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 19.

valeurs doit être assimilée à l'extradition dans la mesure où elle confère à l'État requérant un contrôle sur le prévenu, respectivement ses biens, ce qui justifie l'application de l'art. 2 let. a EIMP dans ces cas[956].

29 Les mesures de contrainte prononcées dans les procédures d'entraide doivent encore respecter le **principe de double incrimination**[957]. Les autorités suisses peuvent ainsi uniquement remettre des objets ou valeurs à l'autorité requérante en vue de confiscation ou restitution à l'ayant droit à la condition que la confiscation ou remise à l'ayant droit soit conforme à l'art. 70, respectivement l'art. 73 CP[958].

30 La remise à l'État requérant ne saurait enfin intervenir avant l'entrée en force d'une **décision de clôture** de la procédure d'entraide suisse (art. 80*d* EIMP), laquelle interviendra au terme d'une procédure ordinaire ou simplifiée (art. 80*c* EIMP) en cas de consentement de la personne concernée.

V. AL. 2 – OBJETS ET VALEURS

31 L'art. 74*a* al. 2 EIMP détaille la nature des objets et valeurs à remettre. L'énumération figurant à l'art. 74*a* al. 2 EIMP est identique à celle de l'art. 59 al. 3 EIMP et reflète les définitions des art. 70 ss CP. La liste de l'art. 74*a* EIMP doit être considérée comme exhaustive[959].

32 En premier lieu, ils comprennent les **instruments ayant servi à commettre l'infraction** (*instrumenta sceleris*, let. a). Il s'agit là d'objets qui compromettent la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public, par exemple des armes, des machines ayant servi à frapper de la fausse monnaie ou encore des chèques falsifiés[960].

33 Ils incluent ensuite le **produit de l'infraction** (*producta sceleris*, let. b *ab initio*) et le **résultat de l'infraction** (*quaesita sceleris* ou *fructa sceleris*, let. b *ab initio*). Le premier correspond aux objets et valeurs obtenus grâce à la commission de l'infraction, soit par exemple le tableau volé ou la somme sur laquelle portait l'escroquerie, et le second aux objets et valeurs qui ont été

956. TF, 1C_543/2023 du 7 mars 2024, cons. 4.2 (publication prévue).
957. BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 17.
958. BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 17 ; Ludwiczak Glassey, Entraide biens culturels, 150 ; Popp, N 247.
959. TF 1C_146/2019 du 17 mai 2019, cons. 3 ; ATF 129 II 453, cons. 3.2 et 4.2.
960. Harari, 177 ; Heimgartner, 137.

fabriqués au moyen de l'infraction, tels que le faux tableau, la fausse monnaie ou les pots-de-vin[961]. Les fonds soustraits à une mesure d'exécution constituent également le résultat de l'infraction[962].

Est également visé l'**avantage illicite** (let. b *in fine*), qui comprend tout accroissement du patrimoine dont aurait bénéficié l'auteur du fait de son comportement contraire au droit. Il n'est pas nécessaire que cet avantage soit de nature pécuniaire ou qu'il se soit opéré aux dépens d'autrui. Il s'agit typiquement des intérêts perçus sur l'argent volé déposé en en banque[963]. Les bénéfices de transactions effectuées par l'utilisation de fonds d'origine délictueuse sont assimilés à des avantages illicites[964]. 34

Il peut encore s'agir des **dons et autres avantages ayant servi ou qui devaient servir à décider ou à récompenser l'auteur de l'infraction** (*praetium sceleris*, let. c). 35

Enfin, si le produit, le résultat ou l'avantage illicite obtenu grâce à l'infraction (let. b) ou les dons et autres avantages ayant servi ou qui devaient servir à décider ou à récompenser l'auteur de l'infraction (let. c) ne sont plus disponibles, la remise peut porter sur les **valeurs de remplacement** (let. b et c *in fine*) acquises en échange de ces derniers[965]. Ces valeurs restent confiscables aussi longtemps que son mouvement peut être reconstitué de manière à établir son lien avec l'infraction[966]. 36

Ces objets et valeurs doivent nécessairement se trouver dans un **lien de connexité** avec l'infraction. Cette relation est donnée lorsqu'il existe entre l'infraction et l'obtention des objets et valeurs patrimoniales un lien de causalité tel que la seconde apparaisse comme la conséquence directe et immédiate de la première. En d'autres termes, l'infraction doit être la cause essentielle et adéquate de l'obtention des objets et valeurs patrimoniales que l'on entend confisquer[967]. Tel est le cas lorsque le produit original de l'infraction peut être identifié de façon certaine et documentée, à savoir aussi longtemps que sa « trace documentaire » (*Papierspur*, *paper trail*) peut être 37

961. Harari, 177 ; ATF 123 II 134 ; BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 33.
962. TF 1A.176/2006 du 8 novembre 2006, cons. 2.2.
963. TPF RR.2009.159 du 8 mars 2010, cons. 3.1 ; Harari, 177.
964. ATF 131 II 169, cons. 7.3.1.
965. Harari, 178.
966. ATF 129 II 453, cons. 4.1.
967. ATF 136 IV 4, cons. 6.6 ; ATF 129 II 453, cons. 4.1.

reconstituée de manière à établir un lien avec l'infraction[968]. Cette règle se fonde également sur le principe de spécialité[969]. Les valeurs patrimoniales dont l'obtention a uniquement été facilitée par une infraction, sans lien de connexité avec cette dernière, ne sont ainsi pas sujettes à confiscation[970].

38 La question de l'admissibilité d'une saisie pour satisfaire une **créance compensatrice** n'est pas réglée expressément à l'art. 74*a* al. 2 EIMP. Suivant l'adage du « crime ne paie pas », certains auteurs considèrent qu'il s'agirait d'une lacune qu'il y aurait lieu de combler par voie jurisprudentielle[971]. Ils invoquent en particulier l'art. 71 al. 3 CP qui serait applicable par le renvoi général de l'art. 12 EIMP[972]. Une autre partie de la doctrine plaide toutefois, à notre sens à raison, pour un silence qualifié[973]. Elle justifie sa position en soutenant que l'art. 74*a* al. 2 EIMP nécessite un rapport de connexité entre l'infraction commise d'une part et les objets ou valeurs saisies d'autre part, lequel manque avec la créance compensatrice[974]. De plus, l'institution de la créance compensatrice était connue au moment de la révision de l'EIMP, si bien que le législateur a renoncé en connaissance de cause à l'inclure dans le mécanisme de l'art. 74*a* EIMP[975]. Il n'existe au demeurant pas d'autre disposition dans le domaine de la petite entraide qui autoriserait des saisies en vue du paiement d'une créance compensatrice[976]. La remise des fonds à l'État étranger pour les besoins d'une créance compensatrice conférerait de plus un privilège injustifié du point de vue du droit des poursuites, dans la mesure où un tel droit de préférence n'existe pas en droit interne (art. 71 al. 3 CP)[977]. Une remise en vue du paiement d'une créance compensatrice ne permettrait enfin pas d'assurer une protection et une égalité suffisantes des créanciers, comme cela est le cas pour la procédure prévue à l'art. 71 CP[978].

968. TPF RR.2015.138 du 18 août 2015, cons. 4.1.3 ; ATF 129 II 453, cons. 4.1.
969. ATF 136 IV 4, cons. 6.6.
970. ATF 136 IV 4, cons. 6.6.
971. CR EIMP-Moreillon, Art. 74*a* N 20 ss ; Zimmermann, N 336 et 721.
972. Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, 37.
973. Harari, 180; Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, 38; Ludwiczak Glassey, Entraide, 1326 ; BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 40.
974. TPF RR.2018.309 du 27 février 2019, cons. 4.2 ; ATF 129 II 453, cons. 4.1 ; ATF 133 IV 215 cons. 2.2.1 ; TF 1C_146/2019 du 17 mai 2019, cons. 3; Zimmermann, N 336.
975. Harari, 180 ss ; Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, 37-38 et 44; BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 40.
976. Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, 44.
977. ATF 133 IV 215, cons. 2.2.1.

En tout état, les jugements étrangers prononçant des créances compensatrices peuvent être exécutées en Suisse sur la base des art. 94 ss EIMP (exécution des décisions)[979]. La position des tribunaux a quant à elle longtemps été confuse. La jurisprudence du TPF a passablement fluctué, admettant tantôt la remise de valeurs pour les fins d'une créance compensatrice[980], tantôt l'excluant du champ d'application de l'art. 74*a* EIMP[981]. Au terme d'un raisonnement détaillé, le TF a définitivement suivi cette dernière voie en retenant que l'omission de la créance compensatrice à l'art. 74*a* EIMP constituait un silence qualifié du législateur[982]. Il s'ensuit que l'éventuelle remise de valeurs en exécution d'une décision étrangère prononçant une sanction correspondant en Suisse à une créance compensatrice ne peut ainsi être envisagée qu'en application des art. 94 ss EIMP. A cet égard, la terminologie employée par l'État étranger importe peu. Ce qui est déterminant, c'est de savoir si, dans le cas d'espèce, les autorités suisses auraient ordonné une confiscation ou une créance compensatrice[983].

Ces développements trouvent toutefois leur limite à l'art. 7 ch. 2 let. b CBI, par lequel la Suisse s'est engagée à mettre en œuvre une base légale permettant la remise de fonds aux fins du paiement d'une créance compensatrice. Cette disposition n'est en l'état pas directement applicable et n'a pas encore été transposée dans la législation suisse[984]. *De lege ferenda* toutefois, l'art. 74*a* al. 2 EIMP devrait expressément mentionner la créance compensatrice[985]. 39

978. TPF RR.2018.309 du 27 février 2019, cons. 4.2 ; ATF 129 II 453, cons. 4.1 ; ATF 133 IV 215, cons. 2.2.1.
979. TPF RR.2018.309 du 27 février 2019, cons. 4.2 ; ATF 129 II 453, cons. 4.1 ; ATF 133 IV 215, cons. 2.2 ; TPF RR.2009.168 du 21 octobre 2009, cons. 4.3 ; TPF RR.2010.228 du 20 décembre 2010, cons. 4.1 et 5.1 ; IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 40 ; Harari, 180.
980. TPF RR.2009.168 du 21 octobre 2009, cons. 4.3 ; TPF RR.2017.150 du 5 septembre 2017, cons. 4.2 ; TPF RR.2020.245 du 11 novembre 2022, cons. 6 ; TPF RR.2021.9 + TPF RR. 2021.10 du 5 juillet 2021, cons. 8.5.
981. TPF RR.2007.12 du 10 mai 2007, cons. 6 ; TPF RR.2008.167-171 du 24 septembre 2008, cons. 6.1 ; TPF RR.2009.168 du 21 octobre 2009, cons. 4 ; TPF RR.2011.313 du 11 mai 2012, cons. 6.2 ; TPF RR.2018.245 du 20 février 2019, cons. 10.1 ; TPF RR.2018.309 du 27 février 2019, cons. 4.2 et 4.3.1; TPF RR.2022.75 du 19 août 2022, cons. 4 et 5 ; TPF RR.2008.86 du 29 août 2008, cons. 8.1; TPF RR.2008.252 du 16 février 2009, cons. 6.2; TPF RR.2008.244 du 15 avril 2009, cons. 4.2; TPF RR.2010.39 du 28 avril 2010, cons. 5.3.1.
982. ATF 149 IV 376, cons. 6.7.
983. TPF RR.2014.46 du 1er octobre 2014, cons. 2.3.
984. TPF RR.2009.168 du 21 octobre 2009, cons. 4.2 ; ATF 133 IV 215, cons. 2.1.
985. Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, 38.

40 Lorsque la demande étrangère porte sur la remise de fonds provenant de l'activité d'une **organisation criminelle**, la règle de l'art. 72 CP est applicable à la remise au sens de l'art. 74*a* al. 3 EIMP[986]. L'art. 72 CP prévoit la confiscation des valeurs patrimoniales sur lesquelles une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition, combinée à un renversement du fardeau de la preuve à la charge de la personne ayant participé ou apporté son soutien à une telle organisation. Le TF s'est fondé sur cette disposition pour confisquer des avoirs considérés comme appartenant à des **potentats**. Il a notamment qualifié l'entourage de l'ancien président nigérian Sani Abacha d'organisation criminelle au sens de l'art. 260ter CP et a considéré que la structure mise en place par ce dernier avait pour but de détourner, à des fins privées, des fonds provenant de la Banque centrale du Nigeria ainsi que le profit d'opérations de corruption[987]. Dès lors, les fonds dépendant d'une organisation criminelle sont présumés d'origine délictueuse à moins que les détenteurs n'apportent la preuve du contraire. Faute pour eux d'avoir renversé la présomption de l'art. 72 CP, deuxième phrase, la remise est ordonnée en application de l'art. 74*a* al. 3 EIMP, sans autre examen de la provenance des fonds réclamés[988].

41 Enfin, l'art. 74*a* al. 2 EIMP ne vise que des objets et valeurs qui sont dans le **pouvoir de disposition de l'auteur**[989]. La possession immédiate n'est toutefois pas exigée, si bien qu'il est admissible de saisir des biens déposés en mains de tiers, tels que des avoirs bancaires[990].

VI. AL. 3 – MOMENT DE LA REMISE

42 Selon L'art. 74*a* al. 3 EIMP, la remise ne doit plus attendre la fin de la procédure pénale étrangère. Elle peut avoir lieu **à n'importe quel stade de la procédure pénale étrangère**, en règle générale, lorsque l'État requérant a rendu une décision de confiscation ou de restitution définitive et exécutoire[991]. Il n'est donc pas nécessaire que l'accusé ait déjà été condamné

986. ATF 136 IV 4, cons. 5 ; ATF 131 II 169, cons. 9.1 ; Harari, 185 n. 78 ; Zimmermann, N 359 ss ; Cassani, 237 ; BSK StGB-Baumann, Art. 72 N 24.
987. Giroud, Baby Doc, 148.
988. ATF 131 II 169, cons. 9.1; TPF RR.2022.18+RR.2022.19 du 19 septembre 2023, cons. 7.6.
989. BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 29 ; ATF 115 Ib 517, cons. 7.e.
990. BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 29.
991. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26 ; ATF 123 II 134, cons. 5.c et 7.a ; ATF 123 II 268, cons. 4.a et 4.b.aa ; ATF 123 II 595 cons. 3 ; ATF 131 II 169, cons. 6.

par un jugement définitif ; ainsi, la présomption d'innocence ne fait pas obstacle à la remise[992]. Dans la pratique, la confiscation ou la restitution de valeurs ou d'objets saisis n'est souvent possible qu'après la clôture de la procédure pénale et de saisie à l'étranger, en principe en présence d'une décision de confiscation exécutoire[993].

43 La décision étrangère peut tant provenir d'une **autorité pénale que d'une autorité civile ou administrative**[994]. L'art. 74*a* EIMP exige uniquement que la confiscation (ou la restitution) porte sur des objets ou des valeurs patrimoniales obtenus de manière délictueuse (art. 74*a* al. 2 EIMP) et qu'elle soit ordonnée par un tribunal[995]. Une décision de confiscation indépendante suffit déjà (par analogie à l'art. 376 CPP)[996].

44 La décision de confiscation ou de restitution de l'État requérant **détermine la provenance illicite** des objets et valeurs patrimoniales saisis ainsi que leur **ayant droit**, et **ordonne leur confiscation ou restitution à l'ayant droit**. Elle clarifie les faits et constitue une décision contraignante selon le droit de l'État requérant, sur la base duquel les autorités de l'État requis peuvent en général ordonner sans autre la remise des objets ou des valeurs patrimoniales confisqués. En même temps, l'exigence d'une décision exécutoire permet à l'État requis de contrôler a posteriori la conformité de cette décision à l'État de droit[997].

45 Lors de la procédure de consultation, plusieurs voix s'étaient élevées pour soumettre la remise d'objets ou de valeurs par la Suisse à une **procédure d'exequatur** de la décision étrangère pour permettre le contrôle du bien-fondé de cette dernière. Le Conseil fédéral a toutefois estimé que le principe de la confiance entre États, particulièrement important dans le domaine de l'entraide, n'autorisait pas la Suisse à contrôler le bien-fondé de décisions prises par une autorité judiciaire étrangère souveraine pour autant cependant que ces décisions ne violent pas manifestement l'ordre public suisse et les principes fondamentaux de la CEDH. Une décision de confiscation ou de

992. ATF 123 II 595, cons. 4.b.
993. TPF RR.2023.28 et RR.2023.57 du 28 août 2023, cons. 3.4.1 ; ATF 126 II 462 cons. 5c ; ATF 123 II 595 cons. 4 et 5.
994. ATF 123 II 595, cons. 5.e.
995. Ibid.
996. BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 41.
997. ATF 115 Ib 517 cons. 14 ; ATF 123 II 595, cons. 4.e ; ATF 129 II 453, cons. 3.2.

restitution étrangère ne devrait par ailleurs pas faire l'objet d'une décision d'exequatur au sens de la cinquième partie de l'EIMP, car il ne s'agit pas d'une sanction au sens de l'art. 11 EIMP[998].

46 La Suisse n'est ainsi **pas autorisée à examiner le bien-fondé** des décisions d'une autorité judiciaire étrangère indépendante, à moins que ces décisions ne violent manifestement l'ordre public suisse ou des principes élémentaires de la CEDH. Il suffit que l'autorité d'exécution examine sommairement la décision étrangère après s'être assurée que l'État étranger est un État de droit et qu'il respecte les principes généraux mentionnés[999]. L'autorité d'exécution pourra interpeller au besoin l'État requérant pour obtenir des informations complémentaires (art. 80*o* EIMP) ou encore subordonner l'octroi de l'entraide à des conditions (art. 80*p* EIMP)[1000].

47 **À titre exceptionnel**, l'autorité d'exécution peut également accéder à une demande de remise **avant la fin de la procédure étrangère** et donc en l'absence d'une décision définitive et exécutoire, comme l'indique la mention « en règle générale ». L'art. 74*a* al. 3 ne précise pas les motifs qui permettent de s'écarter de la règle générale[1001] et confère ainsi un large pouvoir d'appréciation à l'autorité d'exécution[1002]. Cette marge d'appréciation ne doit toutefois pas avoir pour effet de vider l'exigence d'une décision définitive et exécutoire de sa substance. Pour procéder à une remise anticipée, la situation doit être limpide, tant s'agissant de l'identification des objets ou valeurs que de leur provenance délictueuse. Les circonstances doivent être à tel point évidentes qu'il n'est absolument pas nécessaire de clarifier l'origine délictueuse et que la soumission de la remise à l'obtention d'une décision de confiscation paraîtrait disproportionné[1003]. À cet égard, l'autorité d'exécution doit prendre en compte toutes les circonstances concrètes du cas d'espèce et examiner les particularités qui justifient de se passer d'une décision définitive et exécutoire. En pareil cas, l'intérêt de l'État requis se limite selon le TF au

998. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26 ; ATF 123 II 595, cons. 4.b.
999. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26 ; ATF 123 II 595, cons. 4.e; TF 1C_540/2023 du 2 février 2023, cons. 3.3 ss.
1000 Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26 ; ATF 145 IV 99, cons. 3.3.
1001 ATF 123 II 595, cons. 4.f.
1002 ATF 129 II 453, cons. 3.2 ; ATF 123 III 134, cons. 7.a ; ATF 123 II 595, cons. 4 ; ATF 123 II 268 cons. 4.a.
1003 ATF 131 II 169, cons. 6 et les réf. citées ; TPF RR.2022.18+RR.2022.19 du 19 septembre 2023, cons. 7.1.

respect des garanties élémentaires d'une procédure conforme aux exigences de la CEDH ou du Pacte ONU ; il convient également de tenir compte de l'intérêt essentiel de la Suisse, au sens de l'art. 1*a* EIMP, de ne pas servir de refuge aux montants considérables détournés illégalement par les représentants de régimes dictatoriaux[1004].

On pensera typiquement à la remise d'un tableau volé clairement identifiable[1005], comme par exemple le cas d'un tableau de Piero della Francesca volé à la Galerie des Uffizi de Florence[1006]. Le TF a ainsi notamment admis la remise d'un tableau volé à la France en l'absence d'une décision de confiscation définitive, se fondant notamment sur l'intérêt public international lié à la protection des biens culturels[1007]. Il a également admis une remise en l'absence d'une décision exécutoire des avoirs de feu Ferdinand Marcos saisis en Suisse compte tenu de l'intérêt de la Suisse à une restitution immédiate des valeurs et de la provenance manifestement délictueuse de ces dernières, à la condition que les Philippines garantissent une procédure de restitution ou de confiscation conforme au Pacte ONU II[1008]. " 48

L'autorité d'exécution peut également renoncer à l'exigence d'une décision définitive en présence de biens détenus par une **organisation criminelle** au sens de l'art. 260 CP et art. 72 CP si les détenteurs des actifs ne sont pas en mesure d'en prouver l'origine légitime[1009]. 49

VII. AL. 4 – MOTIFS DE REFUS DE REMISE

L'art. 74*a* prévoit la remise définitive des objets et valeurs à l'État requérant (référence croisée à l'al. 1). Pour atténuer ce régime strict, l'art. 74a al. 4 EIMP instaure des **garanties qui peuvent faire obstacle** à cette remise. Cet alinéa 50

1004ATF 131 II 169, cons. 6 et les réf. citées ; TPF RR.2022.18+RR.2022.19 du 19 septembre 2023, cons. 7.1 ; ATF 123 II 595, cons. 5.

1005OFJ, Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Wegleitung, 9e éd. 2009, p. 67, voir nbp 517 qui mentionne le cas du vol d'une célèbre toile (Mona Lisa) dans un musée connu (le Louvres) discuté au Parlement à titre d'exemple. L'ATF 123 II 134, cons. 6 en constitue le premier cas d'application.

1006BO CE 1996 I 223 ss, 230 s. ; ATF 123 II 595, cons. 4.d.

1007ATF 123 II 134, cons. 7.c.

1008ATF 123 II 595, cons. 5.

1009ATF 131 II 169, cons. 9.1; OFJ, Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Wegleitung, 9e éd. 2009, p. 68.

énumère les motifs justifiant la rétention des objets ou valeurs en Suisse malgré la demande de l'État requérant. Il s'agit des droits du lésé (let. a), ceux d'une autorité (let. b) et ceux de tiers (let. c) ou encore les besoins d'une procédure ou d'une confiscation en suisse (let. c). Les prétentions élevées par des tiers entraînent la suspension de la procédure de remise jusqu'à droit connu (cf. *infra* n. 67 ss).

51 Tout comme l'al. 1 de cette disposition, l'art. 74*a* al. 4 EIMP est rédigé en **norme potestative**, contrairement à son pendant en droit interne, l'art. 70 al. 2 CP, qui constitue une norme impérative. Toutefois, la latitude dont bénéficie l'autorité sur cette base doit uniquement viser à prévenir les abus et ne doit en aucun cas conduire à ce que des tiers soient moins bien traités dans le cadre d'une confiscation prononcée par un État étranger en comparaison à une situation purement interne[1010]. Ainsi, les revendications d'un tiers ou d'un lésé doivent en principe, si elles paraissent vraisemblables, conduire à la suspension de la procédure de remise[1011].

52 Le **TF a étendu le cercle des personnes légitimées à s'opposer à la remise** au-delà du texte de l'art. 74*a* al. 4 EIMP[1012]. On y compte désormais également (i) les lésés qui ne résident pas en Suisse et qui ne sont indemnisés ni par le prévenu, ni par l'État requérant ni par un tiers[1013] ; (ii) les victimes de violations des droits de l'homme par le gouvernement de l'État requérant[1014] ou encore (iii) les intermédiaires financiers qui se trouvent simultanément obligés, par un État tiers autre que l'État requérant, de conserver les avoirs dont la remise est sollicitée[1015]. Tout tiers qui ne remplit pas les critères de l'art. 74*a* al. 4 EIMP devra agir par-devant les juridictions de l'État requérant pour faire valoir ses droits sur les avoirs visés[1016].

A. Droits du lésé (let. a)

53 Les **prétentions en restitution du lésé** peuvent faire obstacle à la remise des objets et des avoirs à l'étranger, pour autant que le lésé ait sa résidence

1010.Harari, 186.
1011.Ibid.
1012.ATF 123 II 595, cons. 6.a et 7 ; Zimmermann, N 340 ; BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 64 ss.
1013.ATF 123 II 595, cons. 7b.
1014.ATF 123 II 595, cons. 7c.
1015.ATF 123 II 595, cons. 7d.
1016.Harari, 188.

habituelle en Suisse. Seule la restitution est visée par cette disposition, et non des prétentions générales d'indemnisation[1017].

B. Droits d'une autorité (let. b)

La Suisse peut également renoncer à la remise d'objets ou d'avoirs à l'autorité étrangère quand une **autorité suisse fait valoir des droits** sur ces derniers. Sont visés ici à notre sens, par analogie avec les droits des tiers de bonne foi visés par la let. c (cf. *infra* n. 55), des droits réels ou droits réels limités appartenant à une entité de droit public suisse, soit en particulier les autorités fédérales, cantonales ou communales, la Confédération, les cantons ou les communes, investis de la force publique[1018]. Les droits de gage au profit du fisc et la question des objets ou valeurs nécessaires à une procédure suisse sont réglés séparément (art. 60 EIMP, respectivement art. 74*a* al. 4 let. d EIMP). 54

C. Droits de tiers de bonne foi (let. c)

L'art. 74*a* al. 4 EIMP protège également l'acquisition par des « **personnes étrangères à l'infraction** » de bonne foi. 55

La loi ne fait pas référence à un tiers, mais à une personne étrangère à l'infraction, c'est-à-dire distincte du prévenu. Cette notion exclut notamment une personne morale entièrement contrôlée par le prévenu, lorsque celui-ci continue d'exercer un pouvoir effectif sur les valeurs patrimoniales provenant de l'infraction[1019]. En revanche, la jurisprudence ne proscrit pas tout lien avec l'infraction et reconnaît que des personnes ayant reçu de bonne foi des valeurs patrimoniales liées à l'infraction peuvent s'opposer à leur remise à l'État requérant[1020]. 56

Le texte légal exige en outre un certain **lien avec la Suisse**. Pour bénéficier de la protection de l'art. 74*a* al. 4 EIMP et faire obstacle à la remise, la personne devra encore démontrer qu'elle a acquis en Suisse les droits dont elle se prévaut ou, à défaut, qu'elle réside en Suisse si elle a acquis ses droits à l'étranger. 57

1017.ATF 123 II 595, cons. 6.b.bb.
1018.Voir aussi BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 57.
1019.ATF 123 II 134, cons. 6a.
1020Cf. art. 10*a* EIMP ; ATF 123 II 134, cons. 6a.

58 Les droits invoqués à l'égard de ces objets ou valeurs doivent être des **droits réels ou des droits réels limités**, tel que le nantissement, et non de simples droits personnels[1021], comme un contrat. Un droit de rétention de la marchandise peut ainsi fonder un refus de la remise[1022].

59 En application du principe de droit suisse selon lequel le **séquestre pénal prime le séquestre civil** en cas de conflit, un séquestre civil ne fonde aucun privilège de droit matériel[1023]. Il constitue une simple mesure provisoire destinée à garantir une créance mais ne fait en revanche pas obstacle à la restitution d'objets ou de valeurs à l'autorité étrangère[1024], tout comme un ordre de virement postérieur au séquestre[1025].

60 On mentionnera encore que les objets ou valeurs ne peuvent être retenus en Suisse sur la base de l'art. 74*a* al. 4 EIMP que si les prétentions de la personne étrangère à l'infraction **ne bénéficient pas d'une protection adéquate dans l'État requérant**, que ce soit dans le cadre de la procédure pénale en cours ou dans une autre procédure civile ou pénale[1026]. La protection de ces prétentions est jugée adéquate dans les États liées par l'art. 6 par. 1 CEDH et soumis au contrôle subsidiaire des organes de Strasbourg[1027]. De même que dans le cadre de l'extradition, cette présomption devrait à notre sens être renversée en cas de preuve claire que ces droits ne sont pas respectés[1028].

61 La notion de **bonne foi** selon l'art. 74*a* al. 4 EIMP s'entend au sens pénal (art. 70 CP) et non civil (art. 933 ss CC)[1029]. Est ainsi de bonne foi le tiers qui a acquis des valeurs dans l'ignorance des faits qui auraient justifié une confiscation. En revanche, dès que le tiers a connaissance ou ne peut ignorer ces faits, il n'est plus protégé[1030]. Tel est notamment le cas lorsque le tiers

1021 Harari, 188 et 191 ; ATF 123 II 595, cons. 6b/aa ; TF 5A_832/2015 du 19 février 2016, cons. 4.3.1 ; TF 1C_166/2009 du 3 juillet 2009, cons. 2.3.4 ; TPF RR.2019.349+RR.2019.350+RR.2019.351 du 16 octobre 2020, cons. 3.3.5.

1022 TPF RR.2015.229 du 19 novembre 205, cons. 4.3 ; Zimmermann, N 340.

1023 TPF RR.2014.156 du 18 décembre 2014, cons. 4.1.

1024 TPF RR.2014.156 du 18 décembre 2014, cons. 4.1.

1025 Décision de la Commission fédérale de recours en matière de responsabilité de l'État, du 20 septembre 2005, *in* : JAAC 2006 n °31 p. 499 ; Zimmermann, N 340.

1026 ATF 129 II 453 du 27 octobre 2003, cons. 4.2 ; BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 60.

1027 ATF 123 II 134, cons. 6b.

1028 Voir notamment développements en lien avec l'extradition *in* Bonzanigo/Ludwiczac, p. 52 ss.

1029 BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 61.

1030 TPF RR.2019.349+RR.2019.350+RR.2019.351 du 16 octobre 2020, cons. 3.3.7.1 ; ATF 132 II 134, cons. 6c.

avait connaissance du caractère de récompense ou de produit de l'infraction ou qu'il aurait, au vu du cas d'espèce, dû le présumer[1031]. Il convient de tenir compte de toutes les circonstances, telle que la possibilité du tiers de se renseigner. La connaissance des organes – de fait et de droit – d'une société est imputée à cette dernière[1032]. En tout état, l'acquéreur doit avoir pris les mesures de précaution élémentaires et doit entreprendre toutes les démarches nécessaires en temps utile pour s'assurer de la provenance des valeurs ou de l'objet[1033].

C'est sur l'acquéreur que pèse le **fardeau de la preuve** de son droit[1034]. La loi n'exige à cet égard pas de preuve stricte, mais que le tiers rende vraisemblable sa bonne foi[1035]. L'autorité d'exécution devra ainsi se limiter à vérifier si les allégations de l'acquéreur sont suffisamment précises et étayées pour admettre la vraisemblance de ses prétentions[1036]. Cela ne devrait pas dispenser le tiers de prouver les circonstances par lesquelles il a acquis l'objet ou les valeurs, tel que le lieu et la date d'acquisition et l'identité du vendeur, et d'apporter la preuve documentaire du paiement ou d'un versement[1037]. 62

D. Besoins d'une procédure ou confiscation en Suisse (let. d)

Il arrive que des objets ou valeurs soient **visés en Suisse à la fois par une procédure d'entraide et par une procédure pénale domestique**, en cas d'infraction de blanchiment par exemple. L'art. 74*a* al. 4 let. d EIMP prévoit que la Suisse peut refuser de remettre les biens à une autorité étrangère si elle entend les confisquer dans le cadre d'une procédure pénale nationale. 63

Si les biens et valeurs sont destinés à être confisqués en Suisse, leur confiscation sur le territoire primera en général la remise à l'État étranger[1038]. Pour le reste, **le choix de favoriser la procédure pénale suisse ou la procédure pénale étrangère** sera dirigé par des motifs principalement 64

1031 RR.2012.255 du 22 mai 2013, cons. 4.2. ; Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire du 30 juin 1993, FF 1993 III 269 ss, 301.

1032 TPF BB.2010.71-75 du 18 février 2011, cons. 5.2.

1033 ATF 123 II 134, cons. 5.d.

1034 RR.2012.255 du 22 mai 2013, cons. 4.2 ; ATF 123 II 136, cons. 6c.

1035 RR.2012.255 du 22 mai 2013, cons. 4.2 ; ATF 123 II 134, cons. 6c ; Zimmermann, N 340.

1036 ATF 123 II 134, cons. 6.c.

1037 Zimmermann, N 340.

1038 BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 71.

pragmatiques, tels que les chances de succès[1039], l'efficacité, l'économie de procédure, le respect des principes du droit suisse[1040], les possibilités de partager les biens confisqués avec l'État étranger ou encore le risque que ces biens ne fassent une nouvelle fois l'objet d'une appropriation illégitime dans l'État requérant[1041]. En principe, si l'autorité requérante entend restituer les objets ou valeurs au lésé, les autorités suisses ordonneront la remise même si ces objets ou valeurs sont également visés par une procédure pénale suisse. À défaut de lésé direct par l'infraction, comme par exemple dans le cas de trafic de drogue, il convient de privilégier la procédure suisse[1042].

65 En cas de **concours de requêtes de remise étrangères**, l'EIMP ne contient pas de règle permettant de privilégier les prétentions d'un État sur celles d'un autre[1043]. En principe, les règles exposées au précédent paragraphe trouveront application, la Suisse bénéficiant à nouveau d'un très large pouvoir d'appréciation[1044].

66 Les **intérêts de l'État requérant** peuvent être pris en compte dans le cadre d'un accord de partage (cf. art. 11 ss LVPC, cf. *infra* n. 73). La Suisse dispose, en la matière, d'une grande marge d'appréciation, car en dehors de la configuration particulière prévue par l'art. 57 par. 3 let. a CNUCC, la Suisse n'a aucune obligation internationale de remettre les biens confisqués à l'autorité étrangère. Sa seule obligation consiste en la confiscation du produit du crime (voir not. art. 7 al. 2 let. a CBI). L'État requérant n'a aucun droit d'exiger de la Suisse qu'elle procède par le biais d'une remise au sens de l'art. 74*a* EIMP plutôt que par une confiscation domestique au profit du trésor suisse, par hypothèse moins favorable à l'État requérant[1045]. Cette discrétion ne saurait cependant être utilisée afin de contourner les règles du droit international de l'entraide judiciaire et des obligations qui en découlent pour la Suisse. En application du principe de la bonne foi, les autorités suisses doivent s'abstenir

1039 Harari, 187.

1040 Notamment la question de la restitution aux ayants droit, qui doit primer la confiscation en faveur de l'état (ATF 129 II 453, cons. 4.2), respectivement celle du sort des prétentions des lésés (ATF 132 II 178, cons. 5.3) ; voir également ATF 123 II 268, cons. 4b et 4c ; ATF 132 II 169, cons. 6.

1041 Bottinelli, Confiscation, N 397.

1042 BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 72.

1043 Bottinelli, Confiscation, N 398.

1044 Bottinelli, Confiscation, N 398.

1045 Art. 1 al. 3 EIMP.

de toute démarche déloyale qui favoriserait unilatéralement les intérêts suisses au détriment des intérêts étrangers[1046].

VIII. AL. 5 – SUSPENSION DE LA REMISE

L'art. 74 al. 5 EIMP indique que la remise à l'État requérant est **suspendue en cas de prétentions élevées par des ayants droit** sur les objets et valeurs jusqu'à droit connu. Le texte légal ne précise pas le cercle des ayants droit, mais il s'agit à notre sens du lésé (art. 74*a* al. 4 let. a), y compris ses éventuels héritiers, et du tiers de bonne foi (art. 74*a* al. 4 let. b)[1047]. 67

Cette disposition prévoit également les **conditions auxquelles la saisie peut être levée**[1048] **et les objets ou valeurs remis à ces ayants droit**, soit si l'État requérant y consent (let. a), dans le cas de l'al. 4 let. b si l'autorité y consent (let. b) ou si le bien-fondé de la prétention est reconnu par une autorité judiciaire suisse (let. c). Ces conditions sont à notre sens, conformément au texte de loi, alternatives[1049]. 68

Dans la majorité des cas, l'ayant droit qui invoque ses droits sur les objets ou les valeurs visées devra présenter un **jugement d'un tribunal suisse** (art. 74*a* al. 5 let. c), l'hypothèse du consentement de l'État requérant (art. 74*a* al. 5 let. a) ou de l'autorité suisse (art. 74*a* al. 5 let. b) semblant rare. S'il n'est pas déjà au bénéfice d'un tel jugement, l'ayant droit devra ainsi en principe introduire une action en constatation par-devant un tribunal suisse[1050]. En cas de doute, l'autorité d'exécution doit impartir un délai à l'ayant droit pour introduire une action civile[1051]. Le texte de loi ne se prononce pas sur la nature de la décision judiciaire et il faut ainsi admettre qu'elle comprend tant un jugement civil au fond en force, rendu au terme de la procédure, que d'un succédané, tel qu'une transaction judiciaire[1052]. Ce n'est qu'une fois que les juridictions suisses se sont prononcées sur ces droits qu'il convient de déterminer si les objets et valeurs doivent être remis à l'État requérant[1053]. À notre sens, un jugement 69

1046 Heimgartner, 364.
1047 BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 74; Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26.
1048 Harari, 186.
1049 *Contra* BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 77.
1050 BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 79 ; CR Moreillon, Art. 74*a* N 45; *Handelsgericht*/ZH, HG 120112, du 13 juin 2013, cons. 4.4.1.
1051 BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 79.
1052 Harari, 194; Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26.

étranger devrait également être admissible s'il remplit les conditions d'une reconnaissance en Suisse.

70 Cela étant, un auteur considère à raison que l'art. 74*a* al. 5 let. c est formulé de façon trop absolue et que l'autorité compétente devrait pouvoir se prononcer sur libération des objets ou valeurs à l'ayant droit quand la situation juridique est claire, sans qu'un jugement civil soit nécessaire[1054]. Il s'agirait typiquement du cas où le droit invoqué est documenté, et dont la preuve peut ainsi facilement être apportée et évaluée[1055]. Le juge civil n'interviendrait ainsi qu'en cas de doute sur les droits de l'intéressé. Cette solution permettrait une économie de frais de procédure et de possibles intérêts à charge des différentes parties intervenantes[1056].

IX. AL. 6 – DROITS DE GAGE FISCAUX

71 En vertu de l'art. 60 al. 1 EIMP, applicable par renvoi de l'art. 74*a* al. 6 EIMP, si les objets ou valeurs sont remis sans réserve de restitution, le **droit de gage douanier ou toute autre garantie réelle instituée par le droit suisse douanier ou fiscal n'est pas opposable**, à moins que le propriétaire lésé par l'infraction n'en soit lui-même redevable. La renonciation à ce droit de gage peut être subordonnée à réciprocité (art. 60 al. 2 EIMP).

72 L'art 23 OEIMP, bien que relatif à l'extradition, s'applique par analogie[1057]. Cette disposition **précise les situations dans lesquelles il y a lieu d'invoquer ou de renoncer aux droits de gage au profit du fisc**, soit si les objets à remettre (a) sont susceptibles d'être confisqués dans l'État requérant ou (b) appartiennent à un État requérant qui, dans le cas inverse, ne renonce pas à ses droits de gage[1058].

X. AL. 7 – PARTAGE DES VALEURS CONFISQUÉES

73 Selon les art. 11 ss LVPC, la Confédération peut conclure des **accords sur le partage** des valeurs patrimoniales confisquées avec un État étranger. En

1053 Harari, 194.
1054 Moser, 526.
1055 Ibid.
1056 Ibid.
1057 CR EIMP-Moreillon, art. 74*a* EIMP N 9.
1058 CR EIMP-Moreillon, art. 74*a* EIMP N 46.

principe, un tel accord prévoit un partage par moitié des valeurs entre les États (art. 12 al. 3 LVPC). Des dérogations sont possibles notamment en raison de la nature de l'infraction, du lieu où se trouvent les valeurs patrimoniales, de l'importance de la participation à l'enquête de l'État étranger, ainsi que des usages entre la Suisse et l'État étranger, de la garantie de la réciprocité, du contexte international ou de l'importance des lésions des intérêts de l'état étranger (art. 12 al. 3 LVPC). Il est également possible de s'écarter de cette clé lorsqu'un État a encouru des frais ou subi un dommage plus important que l'autre État[1059]. Le montant attribué à la Suisse est ensuite partagé entre les différentes autorités selon les modalités prévues par la loi (art. 3 ss LVPC). Le partage (« *sharing* ») des valeurs patrimoniales confisquées entre la Confédération et les États étrangers est qualifié de partage externe, Le partage externe suppose en principe que l'État étranger accorde la réciprocité (art. 11 al. 2 LVPC)[1060].

Selon l'art. 74*a* al. 7, les objets qui sont dévolus à la Suisse en exécution d'un accord de partage fondé sur la LVPC **ne sont pas remis**[1061]. Ainsi, si une partie des objets ou valeurs qu'elle remet à l'autorité étrangère pourrait être attribuée à la Suisse en vertu d'un possible accord de partage ultérieur, l'autorité d'exécution doit faire les réserves adéquates dans le dispositif de la décision de clôture[1062]. De la même manière, l'autorité d'exécution peut surseoir à la remise si la Suisse envisage de procéder à un partage des valeurs saisies conformément à la LVPC, pour autant que les fonds dont la remise est demandée n'aient pas encore fait l'objet d'une décision définitive dans l'État requérant[1063]. 74

XI. VOIES DE DROIT

La décision de l'autorité d'exécution suisse sur la remise des objets ou valeurs à l'autorité étrangère est une **décision de clôture** qui peut faire l'objet d'un **recours devant la cour des plaintes du TPF** (art. 80*e* al. 1 EIMP). A qualité 75

1059BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 83.

1060BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 82 et références citées; Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, 160 ss.

1061ATF 1C_513/2010 du 11 mars 2011, cons. 3.3.

1062Zimmermann, N 338 ; TPF RR.2011.205 du 21 février 2012, cons. 4.5 ; TPF RR.2010.192 du 25 juillet 2011, cons. 7.

1063Zimmermann, N 338; TPF RR.2012.286 du 6 mai 2013, cons. 5.3.

pour recourir quiconque est personnellement et directement touché par la mesure d'entraide et a un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification (art. 80*h* let. b EIMP). Il s'agit à cet égard des personnes mentionnées à l'al. 4 let. a-d, soit des tiers qui font valoir un droit sur les objets et valeurs à remettre[1064] (cf. *supra* para. 50). Le recours peut être formé pour violation du droit fédéral (lequel inclut en principe le droit international), y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 80*i* al. 1 let. a EIMP) ou pour l'application illégitime ou manifestement incorrecte du droit étranger, dans les cas visés par l'art. 65 EIMP (art. 80*i* al. 1 let. b EIMP) [1065]. Le délai de recours est de 30 jours dès la communication écrite de la décision, sous réserve du recours pour déni de justice qui peut être formé en tout temps. Le recours contre la décision de clôture a effet suspensif (art. 80*l* al. 1 EIMP).

76 Le système prévu par l'EIMP peut parfois conduire à des situations insatisfaisantes dans la mesure où il peut s'écouler plusieurs années entre la saisie des avoirs et leur remise[1066]. Dans ces circonstances, la recevabilité du recours n'est exceptionnellement pas subordonnée à l'existence d'un préjudice immédiat et irréparable[1067], afin de permettre par exemple au titulaire d'un compte bancaire de faire contrôler la légalité ou la proportionnalité de la mesure coercitive par une autorité judiciaire avant que ne soit prise la décision de libérer les avoirs ou de les remettre à l'État requérant[1068]. Le séquestre d'objets ou de valeurs sans décision sur la remise dans un délai raisonnable ouvre également la voie du recours pour déni de justice formel[1069].

77 La décision du TPF ne peut faire l'objet d'un **recours au TF** que de manière exceptionnelle, à savoir lorsque les conditions de l'art. 84 LTF sont remplies[1070]. Le cas doit être particulièrement important (al. 1). Tel est le cas

1064 TPF, RR.2012.255 du 22 mai 2013, cons. 1.3.

1065 BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 84.

1066 TF 1A.335/2005 du 18 août 2006, cons. 1 ; TPF 2007 124 du 1er juin 2009, cons. 2.3.4 ; TPF RR.2020.304 du 26 février 2021, cons. 1.4.2 ; TPF RR.2022.35 du 16 novembre 2022, cons. 1.2.3.

1067 TPF RR.2020.329 du 11 mai 2021, cons. 1.2.3 ; TPF RR.2022.164 du 19 janvier 2023, cons. 2.4.2.

1068 TF 1A.335/2005 du 18 août 2006, cons. 1.

1069 Zimmermann, N 721 ; TF 1A.77/2006 du 27 juin 2006, cons. 1.2 ; TPF RR.2013.268 du 27 mars 2014, cons. 1.3 ; TPF RR.2012.41 du 2 août 2012, cons. 3.

notamment lorsqu'il y a des raisons de supposer que la procédure à l'étranger viole des principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves (al. 2). Un tel cas peut aussi être admis quand une question juridique de principe se pose, quand l'instance précédente s'est écartée de la jurisprudence du TF ou quand l'affaire revêt autrement une portée extraordinaire[1071]. Le Tribunal fédéral a notamment retenu que tel était le cas s'agissant de l'application de l'art. 74*a* à la remise de valeurs patrimoniales aux fins de l'exécution d'une créance compensatrice, dans la mesure où il ne s'était pas encore déterminé à cet égard[1072]. En tout état, les exigences pour retenir un tel cas sont élevées[1073]. Le délai de recours est de dix jours à compter de la notification de l'expédition complète de la décision (art. 100 al. 2 let. b LTF). En principe, le recours a effet suspensif (art. 103 al. 2 LTF). Une violation des droits fondamentaux prévus par la CEDH peut ultimement être portée devant la CourEDH aux conditions prévues par la convention.

BIBLIOGRAPHIE

Aepli Michael, commentaire de l'art. 74*a*, in Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Basler Kommentar: Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Bâle 2015 (cit. BSK IRSG-Aelpli).

Baumann Florian, commentaire de l'art. 72, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht, StGB, JStGB, 4e éd., Bâle 2019 (cit. BSK StGB-Baumann).

Bonzanigo Francesca/Ludwiczak Glassay Maria, Extradition et droit à un procès équitable : la pratique suisse face à l'hésitante confiance mutuelle au sein de l'Union européenne, in : Strafrecht und Demokratie, Zurich 2023, p. 43-56.

Bottinelli Nicolas, La confiscation dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, in : Giroud Sandrine/Rordorf-Braun Héloïse (édit.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Bâle 2020, p. 108-124 (cit. Confiscation).

1070 BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 86.

1071 ATF 142 IV 250, cons. 1.3.

1072 TF, 1C_624/2022 du 21 avril 2023, cons. 1 (partiellement publié aux ATF 149 IV 376).

1073 BSK IRSG-Aepli, Art. 74*a* N 86, en référence aux ATF 133 IV 125, ATF 133 IV 129 et ATF 133 IV 131.

Bottinelli Nicolas, La restitution dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, in : Giroud Sandrine/Rordorf-Braun Héloise (édit.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Bâle 2020, p. 169-174 (cit. Restitution).

Cassani Ursula, La confiscation de l'argent des « potentats » : à qui incombe la preuve ?, SJ II 2009 p. 229-256.

Chablais Alain, Le blocage prononcé sur la base de la Cst. et de la LVP, in : Giroud Sandrine/Rordorf- Braun Héloïse (édit.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Bâle 2020, p. 70-95.

Charrière Antonin, Extradition et garanties diplomatiques : examen de la pratique suisse, en particulier lorsque l'extradable a été jugé par défaut dans l'État requérant, PJA 2016, p. 879-889.

Donatsch Andreas/Heimgartner Sefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2e éd., Zurich 2015.

Giroud Sandrine, De Baby Doc à Teddy Obiang : retour vers le futur de la confiscation des avoirs de potentats : Propositions d'amélioration de l'arsenal juridique suisse en matière de confiscation des avoirs de potentats à la lumière de l'affaire des « biens mal acquis », in : Perrier Depeursinge Camille/ Dongois Nathalie/Garbarski Michael Andrew/Lombardini Carlo/Macaluso Alain (édit.), Cimes et Châtiments : Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon, Berne 2022, p. 137-155 (cit. Baby Doc).

Giroud Sandrine, Le droit des victimes de potentats à obtenir réparation : progrès et lacunes de la LVP, in : Giroud Sandrine/Rordorf-Braun Héloïse (édit.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Bâle 2020, p. 309-333 (cit. Droit des victimes).

Giroud Sandrine, The fine art of recovering illicitly trafficked cultural property – Méta-mécaniques of mutual legal assistance in criminal matters and international sanctions, in : Mosimann Peter/Schönenberger Beat/ Rüegger Vanessa (edit.), Kunst & Recht 2023 / Art & Law 2023, p. 111-127 (cit. Cultural property).

Gstöhl Caroline, Geheimnisschutz im Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Berne 2008.

Harari Maurice, Remise internationale d'objets et valeurs : réflexions à l'occasion de la modification de l'EIMP, in : Robert Christian-Nils/Sträuli Bernhard (édit.), Procédure pénale, droit pénal international, entraide pénale : Etudes en l'honneur de Dominique Poncet, Genève 1997, p. 167-201.

Heimgartner Stefan, Strafprozessuale Beschlagnahme, Wesen, Arten und Wirkungen - Unter Berücksichtigung der Beweismittel-, Einziehungs-, Rückgabe- und Ersatzforderungsbeschlagnahme, Zurich 2011.

Lombardini Carlo, Banques et blanchiment d'argent : convention de diligence, ordonnance de la CFB,code pénal et LBA, Zurich 2006.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle 2018 (cit. Entraide).

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide internationale en matière d'exportation de biens culturels : l'obstacle de la double incrimination, forumpoenale 2/2020 p. 149-154 (cité : Entraide biens culturels).

Moreillon Laurent, commentaire de l'art. 74*a*, in: Moreillon Laurent (édit.), Commentaire romand : entraide internationale en matière pénale, Bâle 2004.

Moser Robin, Strafprozessuale Kontosperren bei ausstehenden Lombardkrediten – Ein Problem für die kreditgebende Bank, RSDA 2018 p. 517-530.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bâle 2000.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zurich 2022.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne 2019.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 80 EIMP

Un commentaire de Miro Dangubic / Marco Mignoli

PROPOSITION DE CITATION

Miro Dangubic/Marco Mignoli, Commentaire de l'art. 80 EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Dangubic/Mignoli, art. 80 EIMP N. XXX.

Art. 80 Examen préliminaire

[1] L'autorité fédérale ou cantonale chargée de l'exécution de la demande procède à un examen préliminaire de celle-ci.

[2] En cas d'irrecevabilité de la demande, l'autorité d'exécution la retourne à l'autorité requérante par la même voie que celle suivie lors de l'acheminement.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 411
II. délimitation par rapport à l'examen sommaire selon l'art. 78 al. 2 EIMP 411
III. Examen préliminaire 412
IV. Résultat positif de l'examen préliminaire 413
V. Résultat négatif de l'examen préliminaire 413
Bibliographie 414

I. GÉNÉRALITÉS

La disposition procédurale de l'art. 80 EIMP s'applique après qu'une demande d'entraide judiciaire est parvenue à l'autorité d'exécution compétente, directement ou après un examen sommaire par l'OFJ au sens de l'art. 78 al. 2 EIMP. L'al. 1 oblige l'autorité d'exécution à soumettre la demande d'entraide judiciaire à une analyse prima facie. Il s'agit ainsi de s'assurer que toutes les conditions de l'entraide judiciaire sont remplies avant d'ordonner des actes d'entraide susceptibles de porter atteinte aux droits des personnes concernées. L'al. 2 définit la procédure à suivre en cas de demande d'entraide judiciaire insuffisante. 1

Le destinataire de la norme de l'art. 80 EIMP est l'autorité qui dirige la procédure d'entraide judiciaire. Dans la pratique, il s'agit notamment des ministères publics cantonaux (art. 55 al. 1 CPP), du Ministère public de la Confédération ou des autorités pénales administratives (art. 17 al. 4 et art. 79 al. 2 EIMP) ainsi que de l'OFJ dans les cas visés à l'art. 79a EIMP. 2

L'art. 10 LF-EIMP contient une réglementation similaire pour les relations d'entraide judiciaire avec les Etats-Unis. 3

II. DÉLIMITATION PAR RAPPORT À L'EXAMEN SOMMAIRE SELON L'ART. 78 AL. 2 EIMP

L'examen sommaire au sens de l'art. 78 al. 2 EIMP a lieu avant l'examen préliminaire selon l'art. 80 al. 1 EIMP et est effectué par l'OFJ. Dans la pratique, l'OFJ soumet à l'examen sommaire toutes les demandes d'entraide judiciaire qui lui parviennent, même si la correspondance directe aurait été possible. Le sens et le but de cette disposition est que l'autorité spécialisée trie les demandes d'entraide judiciaire auxquelles il ne peut clairement pas être donné suite, compte tenu de l'état du dossier. Parallèlement, l'autorité compétente pour l'exécution de la demande d'entraide est identifiée, afin que la demande d'entraide puisse lui être transmise ou déléguée - si l'OFJ n'exécute pas lui-même la demande. La densité d'examen de l'examen préliminaire selon l'art. 80 al. 1 EIMP est plus élevée que celle de l'examen sommaire selon l'art. 78 al. 2 EIMP, mais il n'existe pas de délimitation claire - notamment en raison de ces contours flous, l'OFJ dispose d'une grande marge d'appréciation lors de l'examen sommaire. 4

III. EXAMEN PRÉLIMINAIRE

5 La demande d'entraide judiciaire doit être soumise à un examen préliminaire formel et matériel. Les exigences concrètes en matière d'entraide judiciaire découlent des traités internationaux pertinents et, à titre subsidiaire, de l'EIMP et de l'OEIMP (art. 1 al. 1 EIMP), étant entendu qu'en vertu du principe dit de faveur, les dispositions nationales s'appliquent même si elles posent des exigences moindres en matière d'entraide judiciaire.

6 Les aspects formels qu'il convient régulièrement d'examiner sont notamment la langue, la forme ainsi que l'exhaustivité du contenu et des annexes de la demande d'entraide judiciaire. Sur le plan matériel, on examine typiquement si l'exposé des faits est conforme au droit, s'il existe des motifs de refus et si l'exécution de la demande paraît proportionnée. Si l'exécution de la demande d'entraide requiert des mesures de contrainte, il convient également d'examiner la double incrimination (cf. art. 64 al. 1 EIMP).

7 En outre, on contrôle si le droit de procédure suisse, notamment le CPP et le DPA, autorise la mesure demandée. Il est toutefois possible d'entrer en matière sur une demande d'entraide judiciaire (cf. art. 80a al. 1 EIMP) même si tous les actes d'assistance demandés ne sont pas admissibles : Dans ce cas, les mesures admissibles sont exécutées et l'autorité requérante est informée des actes d'exécution qui ne sont pas exécutables en Suisse.

8 Si le traitement de la demande requiert des compétences particulières ou un savoir-faire scientifique actuel et/ou des connaissances spécialisées concernant des matières spéciales du droit suisse, l'autorité d'exécution peut, dans le cadre de l'examen préliminaire, demander l'avis d'autorités spécialisées - telles que l'Administration fédérale des contributions (cf. art. 24 al. 3 OEIMP) ou le Secrétariat d'Etat à l'économie. Il est également possible de consulter des dossiers issus d'autres procédures (p. ex. procédure pénale ou procédure d'entraide judiciaire), des données du registre du commerce ou des sources accessibles au public, si elles peuvent être utiles à l'examen préalable. Des mandats à la police sont également possibles dès ce stade de la procédure.

9 A ce stade de la procédure, il n'est pas obligatoire de répondre à la question de savoir qui a la qualité de partie dans la procédure d'entraide judiciaire, d'autant plus que les parties à la procédure d'entraide judiciaire ne sont en principe identifiées qu'après l'exécution des actes d'entraide.

Comme l'examen préliminaire ne permet pas encore de décider définitivement de l'octroi et de l'étendue de l'entraide judiciaire, l'art. 80 al. 1 EIMP prévoit uniquement une analyse prima facie de la demande d'entraide judiciaire. Selon l'opinion défendue ici, l'autorité d'exécution devrait néanmoins procéder à un contrôle minutieux de la demande d'entraide dès ce stade de la procédure : D'une part, cela permet d'éviter des mesures de procédure pénale coûteuses et inutiles. D'autre part, en cas de demande d'entraide judiciaire insuffisante (art. 80 al. 2 EIMP), seul un examen minutieux permet d'agir de manière ciblée vis-à-vis de l'autorité requérante. 10

Dans le cadre de l'art. 80 al. 1 EIMP, il n'est pas nécessaire d'examiner si l'entraide judiciaire doit être limitée ou refusée en raison d'intérêts suisses essentiels contraires selon l'art. 1a EIMP. Une telle décision relève de la compétence du DFJP, qui peut être sollicité dans les 30 jours suivant la décision de clôture (cf. art. 17 al. 1 EIMP). 11

Les demandes d'entraide judiciaire complémentaires ne font l'objet que d'un examen préliminaire limité, notamment en ce qui concerne l'admissibilité des mesures demandées. 12

IV. RÉSULTAT POSITIF DE L'EXAMEN PRÉLIMINAIRE

Si l'examen préliminaire est positif, une décision d'entrée en matière sommairement motivée est rendue (art. 80a al. 1 EIMP), dans laquelle le résultat de l'examen préliminaire est consigné. Suivent ensuite les actes d'exécution demandés, notamment les ordonnances de production, les perquisitions, les saisies, les auditions, les mesures de surveillance secrètes et les blocages de comptes (cf. art. 63 ss. EIMP). Ensuite, les droits des parties (notamment le droit d'être entendu) sont accordés et la procédure d'entraide judiciaire est close. Même si l'examen préliminaire est positif, l'entraide judiciaire peut encore être refusée par l'autorité d'exécution. 13

V. RÉSULTAT NÉGATIF DE L'EXAMEN PRÉLIMINAIRE

Si la demande d'entraide judiciaire ne satisfait pas aux exigences, il n'en est pas fait mention dans une décision formelle. Conformément à l'art. 80 al. 2 EIMP, la demande d'entraide doit dans ce cas être renvoyée à l'autorité requérante. Outre le refus de l'entraide, il est également possible, à ce stade de la procédure, d'inviter l'autorité requérante à compléter ou à améliorer la 14

demande d'entraide. Les motifs de la demande ou du refus d'entraide doivent être communiqués à l'autorité requérante.

15 Si une communication directe est possible avec l'Etat requérant, l'autorité d'exécution peut elle-même intervenir auprès de l'autorité requérante - même si la demande d'entraide lui a été déléguée ou transmise par l'OFJ. Dans le cas contraire, l'OFJ doit être impliqué.

VI Droits des parties et voies de recours

16 Avant l'examen préliminaire, les parties potentielles n'ont pas le droit de consulter le dossier (art. 80b al. 1 EIMP) ni de s'exprimer préalablement (art. 30 al. 1 PA). En ce qui concerne les examens préliminaires négatifs, il n'existe en outre aucune obligation de divulgation à l'égard des parties potentielles, ni aucun moyen de recours. S'il est donné suite à la demande d'entraide judiciaire, les règles habituelles concernant les droits des parties et les voies de recours s'appliquent dans le cadre de la procédure d'entraide judiciaire correspondante.

L'opinion juridique des deux auteurs est indépendante de celle de leur employeur. Les termes qui se réfèrent à des personnes s'appliquent indifféremment aux femmes et aux hommes.

BIBLIOGRAPHIE

Dangubic Miro, Parteistellung und Parteirechte bei der rechtshilfeweisen Herausgabe von Kontoinformationen, forumpoenale 2018, S. 112-117.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, 2. Aufl., Zürich et al. 2015.

Fiolka Gerhard, Kommentierung zu Art. 1 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Garré Roy, Kommentierung zu Art. 35 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Kuster Susanne, Kommentierung zu Art. 78 und Art. 80 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale, EIMP, TEJUS, LTEJUS, TEXUS, Basel 2004.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel et al. 2001.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 80a EIMP

Un commentaire de Miro Dangubic / Cyrill Purtscheller

PROPOSITION DE CITATION

Miro Dangubic/Cyrill Purtscheller, Commentaire de l'art. 80a EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Dangubic/Purtscheller, art. 80a EIMP N. XXX.

Art. 80*a* Entrée en matière et exécution

[1] L'autorité d'exécution rend une décision d'entrée en matière sommairement motivée et procède aux actes d'entraide admis.

[2] Elle exécute les actes d'entraide conformément à son propre droit de procédure.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 419
II. La décision d'entrer en matière 419
A. Contenu et forme 419
B. Combinaison avec d'autres décisions 420
C. En cas de demandes d'entraide judiciaire complémentaires 421
III. Actes d'entraide judiciaire 421
A. Généralités 421
B. Application du droit de procédure pénale 421
1. Sources du droit de l'entraide judiciaire 421
2. CPP/PPA 422
3. Droit procédural étranger 422
IV. Droits des parties et voies de recours 423
A. Droits des parties 423
B. Voies de recours 423
V. Questions de procédure 423
A. Délais 423
B. Refus de l'entraide judiciaire 424
Bibliographie 424
Materials 426

I. GÉNÉRALITÉS

La **disposition procédurale** de l'art. 80*a* EIMP s'adresse à l'autorité d'exécution et s'applique lorsque l'examen préliminaire au sens de l'art. 80, al. 1, EIMP a abouti à un résultat positif. L'art. 80*a* al. 1 EIMP prévoit que le résultat de l'examen préliminaire doit être consigné dans une décision d'entrée en matière, motivée sommairement, et que les actes d'entraide judiciaire nécessaires doivent être ordonnés. Le droit procédural applicable à ces actes d'entraide judiciaire est réglé à l'art. 80*a* al. 2 EIMP. 1

Par la notion très générale d'**acte d'entraide**, l'art. 80*a* EIMP vise en particulier les actes de procédure pénale au sens des art. 63 ss EIMP. 2

L'**autorité d'exécution** au sens de l'art. 80*a* EIMP est l'autorité qui a effectué l'examen préliminaire, à savoir en particulier les ministères publics cantonaux (art. 55 al. 1 CPP), le Ministère public de la Confédération ou les autorités pénales administratives (art. 17 al. 4 et art. 79 al. 2 EIMP) ainsi que l'OFJ dans les cas visés à l'art. 79*a* EIMP. 3

En ce qui concerne l'entraide judiciaire avec les États-Unis, l'**art. 10 LF-EIMP** s'applique à la décision d'entrer en matière et à l'exécution. 4

II. LA DÉCISION D'ENTRER EN MATIÈRE

La décision d'entrer en matière est rendue à la suite d'un examen préliminaire positif au sens de l'art. 80 EIMP. Elle constate en particulier que les conditions matérielles et formelles requises pour l'octroi de l'entraide judiciaire sont remplies. 5

Hormis les cas prévus à l'art. 18, al. 2, EIMP, la décision d'entrer en matière est en principe une **condition formelle** pour l'exécution des actes d'entraide judiciaire dans le cadre de la petite entraide judiciaire. Contrairement à la décision d'ouverture dans la procédure pénale, elle n'a donc pas seulement un effet déclaratoire. 6

A. Contenu et forme

La décision d'entrer en matière est en principe rendue par écrit. Elle doit être désignée comme telle et contenir une indication des voies de recours ainsi 7

qu'une motivation sommaire. La motivation sommaire peut notamment comprendre les éléments suivants :

- les informations relatives à la demande d'entraide judiciaire (date de la demande, désignation de l'autorité requérante, numéro de procédure de l'enquête pénale étrangère, infractions pénales au centre de cette enquête et noms des personnes mises en cause) ;
- un résumé des faits décrits dans la demande ;
- le motif de la demande ;
- les bases légales de la procédure d'entraide judiciaire, en particulier les traités internationaux pertinents ;
- le résultat de l'examen formel et matériel des conditions de l'entraide judiciaire ;
- le résultat de l'examen de la double incrimination, si des mesures de contrainte doivent être exécutées ;
- un dispositif ; et
- la formule d'ouverture.

B. Combinaison avec d'autres décisions

8 La décision d'entrée en matière peut être combinée avec d'autres décisions d'entraide judiciaire. Si les conditions sont réunies, les décisions suivantes peuvent notamment être rendues en même temps que la décision d'entrée en matière :

- décision incidente ordonnant des actes d'entraide judiciaire ;
- décision incidente concernant la présence de personnes participant à la procédure étrangère (art. 65*a* EIMP) ;
- décision incidente autorisant l'audition par vidéoconférence ;
- décision incidente concernant les conditions de l'entraide judiciaire dite dynamique (art. 18*b* et 80*d*^{bis} EIMP) ;
- décision finale au sens de l'art. 80*d* EIMP.

C. En cas de demandes d'entraide judiciaire complémentaires

Si l'autorité de poursuite pénale étrangère émet, dans le cadre de la même procédure pénale, d'autres demandes d'entraide judiciaire concernant le même ensemble de faits, on parle alors de demandes d'entraide judiciaire complémentaires. Pour ces demandes dites complémentaires, l'autorité d'exécution n'est pas tenue de rendre une nouvelle décision d'entrée en matière, mais peut ordonner immédiatement des actes d'entraide judiciaire sur la base de la décision initiale. 9

III. ACTES D'ENTRAIDE JUDICIAIRE

A. Généralités

Les actes d'entraide judiciaire sont les actes de procédure qui nécessitent l'octroi éventuel de l'entraide judiciaire, notamment les actes de procédure pénale tels que : 10

- les perquisitions (art. 244 s. CPP) ;
- les auditions (art. 142 ss CPP) ;
- l'obtention de rapports écrits (art. 145 CPP) ;
- mesures de surveillance secrètes (art. 269 ss CPP) ;
- ordonnances de remise (art. 265 CPP) et
- saisies (art. 263 ss CPP).

Il n'existe pas de *numerus clausus* pour les éventuels actes d'entraide judiciaire – la liste des art. 63 ss EIMP n'est donc pas exhaustive. 11

Les actes d'entraide judiciaire sont, au sens formel, des **décisions incidentes**. 12

B. Application du droit de procédure pénale

1. Sources du droit de l'entraide judiciaire

Les procédures d'entraide judiciaire relevant du champ d'application de l'EIMP sont régies en premier lieu par les traités internationaux déterminants et, à titre subsidiaire, par l'EIMP et l'OEIMP (art. 1, al. 1, EIMP), étant précisé que, conformément au principe de la clémence, les dispositions nationales 13

s'appliquent également lorsqu'elles prévoient des exigences moins strictes en matière d'entraide judiciaire. Étant donné que les traités internationaux ne contiennent généralement pas de dispositions procédurales et que l'EIMP et l'OEIMP ne régissent pas complètement la procédure en matière de petite entraide judiciaire, d'autres dispositions nationales s'appliquent à titre subsidiaire, à savoir le CPP et la PPA pour les actes de procédure pénale et la PA pour le reste (cf. art. 12, al. 1, EIMP).

2. CPP/PPA

14 L'art. 80*a*, al. 2, EIMP stipule que l'autorité d'exécution exécute les actes d'entraide judiciaire conformément à son droit procédural interne, reprenant ainsi la règle de l'art. 12, al. 1, EIMP, selon laquelle le CPP ou le DPA s'appliquent par analogie aux **actes de procédure pénale**.

15 Le droit de procédure pénale n'est toutefois applicable que dans la mesure où il régit l'**exécution** ou les **modalités** de l'acte d'entraide. Par exemple, l'art. 244 s. CPP s'applique aux perquisitions, l'art. 266 CPP aux saisies et les art. 269 ss CPP à la surveillance des télécommunications. CPP et, pour les auditions, l'art. 142 ss CPP.

16 Le droit de procédure pénale ne joue pas un rôle plus important en vertu de l'art. 80*a* al. 2 EIMP. Il n'est notamment pas applicable aux questions relatives à la notification des décisions et à la voie de droit.

3. Droit procédural étranger

17 Certains traités internationaux ainsi que **l'art. 65 EIMP** prévoient que certaines règles de preuve de l'État requis peuvent être appliquées lors de l'exécution d'actes de procédure pénale. Cela n'est en principe possible qu'à la demande expresse de l'autorité étrangère et si cela est compatible avec le droit suisse. Dans la pratique, cette disposition s'applique notamment aux auditions, par exemple lorsque le témoin est également informé selon le droit étranger.

IV. DROITS DES PARTIES ET VOIES DE RECOURS

A. Droits des parties

Avant la décision d'entrée en matière et les actes d'entraide judiciaire, les parties potentielles ne disposent en principe ni d'un droit de consulter le dossier ni d'un droit de prendre position au préalable (art. 80*b* al. 1 EIMP et art. 30 al. 1 PA). Elles n'ont pas non plus le droit d'être informées directement de la décision d'entrée en matière. En principe, le droit d'être entendu est garanti si les droits des parties sont accordés avant la décision finale. 18

B. Voies de recours

La **décision d'entrée en matière** n'est pas susceptible de recours indépendant. La possibilité de recours indépendant contre les décisions incidentes (y compris les **actes d'entraide judiciaire**) est régie par l'art. 80*e* al. 2 EIMP. Selon cette disposition, les décisions incidentes peuvent faire l'objet d'un recours autonome lorsqu'elles causent un préjudice direct et irréparable par la saisie de valeurs patrimoniales et d'objets de valeur (let. a) ou par la présence de personnes participant à la procédure étrangère (let. b). Les irrégularités de la procédure d'entraide judiciaire (y compris les décisions d'entrée en matière ou les décisions incidentes erronées) peuvent être invoquées dans le cadre du recours contre la décision finale (art. 80*e* al. 2 EIMP). 19

V. QUESTIONS DE PROCÉDURE

A. Délais

Les procédures d'entraide judiciaire doivent être menées avec diligence (art. 17a EIMP). Il n'existe toutefois **aucun délai légal** pour l'examen préliminaire, la décision d'entrée en matière et l'ordonnance des actes de procédure pénale. 20

Dans un *obiter dictum* dans RR.2013.236-249, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral a estimé que la question de l'entrée en matière devait en principe être tranchée en quelques jours et ne pouvait prendre plusieurs semaines que dans des cas complexes. Cette considération ne s'est toutefois pas imposée dans la pratique jusqu'à présent. 21

B. Refus de l'entraide judiciaire

22 Il est possible de donner suite à une demande d'entraide judiciaire même si toutes les mesures d'entraide demandées ne sont pas admissibles. Dans ce cas, les actes de procédure pénale admissibles sont exécutés et l'autorité requérante est informée des mesures qui ne peuvent être exécutées en Suisse.

23 L'autorité d'exécution peut également **refuser l'**entraide judiciaire si elle a donné suite à la demande d'entraide et exécuté divers actes d'entraide. En principe, cela ne nécessite pas de décision formelle de l'autorité d'exécution, mais simplement une communication à l'autorité requérante.

Remarque

Les termes utilisés dans le texte qui se réfèrent à des personnes s'appliquent indifféremment aux femmes et aux hommes.

À propos des auteurs

L'auteur est procureur de la Confédération dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Son opinion juridique est indépendante de celle de son employeur. Le coauteur est assistant du procureur de la Confédération dans le domaine de la cybercriminalité. Son opinion juridique est indépendante de celle de son employeur.

BIBLIOGRAPHIE

Bottinelli Nicolas, Le séquestre dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, in: Giroud Sandrine/Rordorf-Braun Héloïse (Hrsg.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Basel 2020, S. 46-56.

Dangubic Miro, Parteistellung und Parteirechte bei der rechtshilfeweisen Herausgabe von Kontoinformationen, forumpoenale 2 (2018), S. 112–117.

Dangubic Miro/Mignoli Marco, Kommentierung zu Art. 80 IRSG, in: Staffler Lukas/Ludwiczak Glassey Maria (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 8.9.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg80, besucht am 24.3.2025, DOI: 10.17176/20230908-112318-0.

Dangubic Miro/Keshelava Tornike, Kommentierung zu Art. 12 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, 3. Aufl., Zürich et al. 2024.

Heimgartner Stefan, Kommentierung zu Art. 54 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 3. Aufl., Zürich et al. 2020.

Heimgartner Stefan, Kommentierung zu Art. 63 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Kuster Susanne, Kommentierung zu Art. 79a IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Kuster Susanne, Kommentierung zu Art. 80a IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 80a IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, Basel 2024.

Lugentz Frédéric/Rayroud Jacques/Turk Michel, L' Entraide Pénale internationale en Suisse, en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg, Bruxelles 2014.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel et al. 2001.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich 2022.

Unseld Lea, Internationale Rechtshilfe im Steuerrecht. Akzessorische Rechtshilfe, Auslieferung und Vollstreckungshilfe bei Fiskaldelikten, Zürich 2011.

MATERIALS

Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, Bundesamt für Justiz, 9. Aufl. 2009, abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/strafrecht/wegleitungen.html (zit. Wegleitung Bundesamt für Justiz).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 80b EIMP

Un commentaire de Miro Dangubic / Marta Stelzer-Wieckowska

PROPOSITION DE CITATION

Miro Dangubic/Marta Stelzer-Wieckowska, Commentaire de l'art. 80b EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Dangubic/Stelzer-Wieckowska, art. 80b EIMP N. XXX.

Art. 80*b* Participation à la procédure et consultation du dossier

[1] Les ayants droit peuvent participer à la procédure et consulter le dossier si la sauvegarde de leurs intérêts l'exige.

[2] Les droits prévus à al. 1 ne peuvent être limités que si l'exigent:

a. l'intérêt de la procédure conduite à l'étranger;

b. la protection d'un intérêt juridique important, si l'État requérant le demande;

c. la nature ou l'urgence des mesures à prendre;

d. la protection d'intérêts privés importants;

e. l'intérêt d'une procédure conduite en Suisse.

[3] Le refus d'autoriser la consultation de pièces ou la participation à la procédure ne peut s'étendre qu'aux actes qu'il y a lieu de garder secrets.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 430
II. Historique 431
III. Les ayants droit 431
A. En général 431
B. Qualité de partie 432
C. Conséquences procédurales de la qualité de partie 433
IV. Droit de consulter le dossier 433
A. Obligation de tenir le dossier comme condition préalable 434
B. Étendue du droit de consulter le dossier 435
C. Modalités du droit de consulter le dossier 436
D. Moment de l'octroi de la consultation du dossier 436
E. Procédure de recours 436
V. « Droit de participation » 437
A. Droit de s'exprimer préalablement 437
B. Délimitation avec l'art. 65a EIMP 438
VI. Restrictions 438
A. Motifs de restriction (art. 80b, al. 2) 439
1. Dans l'intérêt de l'Etat requérant (let. a et b) 439
2. Nature ou urgence de la mesure à prendre (let. c) 440
3. Protection des intérêts privés essentiels (let. d) 440
4. Dans l'intérêt d'une procédure suisse (let. e) 441
5. Intérêts publics essentiels de la Confédération ou des cantons (art. 27 al. 1 let. a PA). 441
B. Limites au refus de consultation 441
C. Questions de procédure 442
Bibliographie 442
Matériaux 444

I. GÉNÉRALITÉS

1 Les parties à la procédure d'entraide judiciaire accessoire ont le droit d **'être entendues**, notamment de se voir notifier les décisions, de consulter le dossier, de s'exprimer préalablement et de motiver les décisions. Ces droits des parties sont typiques des procédures administratives régies par des lois spéciales. Pour la petite entraide judiciaire, ils sont ancrés, outre l'EIMP et l'OEIMP, notamment dans la PA, qui s'applique en tant que droit de procédure subsidiaire (art. 12 al. 1 EIMP), une grande partie de la pratique actuelle étant issue de la casuistique.

2 L'art. *80b* al. 1 EIMP règle une partie du droit d'être entendu, à savoir le **droit de consulter le dossier** et le **droit de participer à la** procédure. L'art. *80b* al. 2 et 3 EIMP contient des dispositions limitant le droit de consulter le dossier. L'art. *80b* EIMP est complété et concrétisé par les art. 26, 27, 28 et 30 PA.

3 En ce qui concerne le « droit de participation » stipulé à l'art. *80b* al. 1 EIMP, il convient de noter que la jurisprudence en déduit essentiellement le **droit de s'exprimer préalablement** et qu'elle ne vise pas les droits de participation dans le cadre de l'enquête pénale étrangère.

4 Les dispositions de procédure de l'art. *80b* EIMP s'adressent aux autorités d'exécution - donc en particulier aux ministères publics cantonaux (art. 55 al. 1 CPP), au Ministère public de la Confédération ou aux autorités pénales administratives (art. 17 al. 4 et art. 79 al. 2 EIMP) ainsi qu'à l'Office fédéral de la justice dans les cas visés à l'art. *79a* EIMP. Ces derniers sont compétents pour accorder le droit d'être entendu. Le titulaire des droits est en revanche la partie à la procédure d'entraide judiciaire (« **les ayants droit** »).

5 L'art. 9 LF-EIMP contient une réglementation identique pour les relations d'entraide judiciaire avec les Etats-Unis. Dans les relations d'extradition relevant du champ d'application de l'EIMP, les art. 52 et 55 al. 1 EIMP sont applicables.

II. HISTORIQUE

L'art. *80b* EIMP a été introduit dans la loi dans le cadre de la révision de l'EIMP du 4 octobre 1996 (entrée en vigueur le 1er février 1997) et son libellé est resté inchangé depuis lors. 6

Dans la version de l'EIMP entrée en vigueur le 1er janvier 1983, le droit de participation n'était pas explicitement réglé. En revanche, le droit de consulter le dossier était inscrit à l'art. 79 al. 3 EIMP. En ce qui concerne le droit de consulter le dossier, l'ancien art. 76 al. 3 EIMP prévoyait que les art. 6, 26 et 27 PA s'appliquaient à son exercice, même dans la procédure cantonale, et que la demande d'entraide et les pièces qui s'y rapportent pouvaient être consultées par l'ayant droit dans la mesure où cela était nécessaire à la sauvegarde de ses intérêts. L'inculpé qui n'était pas personnellement concerné par la mesure d'entraide ne devait avoir le droit de consulter le dossier que s'il avait sa résidence habituelle en Suisse, et ce « uniquement dans l'intérêt du respect de ses droits de la défense dans la procédure pénale étrangère » (art. 79 al. 3 p. 2 et 3 EIMP dans la version en vigueur jusqu'au 1er février 1997). 7

III. LES AYANTS DROIT

A. EN GÉNÉRAL

8 Le droit de consulter le dossier et le droit de participation au sens de l'art. *80b* al. 1 EIMP appartiennent aux **ayants droit**. Selon une pratique constante, l'ayant droit au sens de l'art. *80b* al. 1 EIMP est celui qui a la qualité de partie à la procédure d'entraide judiciaire. Toutefois, contrairement à la PA et au CPP, ni l'EIMP ni l'OEIMP ne définissent qui est partie à la procédure d'entraide. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, est partie toute personne qui est personnellement et directement concernée par une mesure d'entraide judiciaire et qui a un intérêt digne de protection à sa levée ou à sa modification. La qualité de partie s'oriente donc vers la légitimation à recourir au sens de l'art. 80h*let* . b EIMP. Il n'en va d'ailleurs pas autrement dans le domaine d'application de la PA : la notion de partie de l'art. 6 PA se réfère à la légitimation à recourir selon l'art. 48 PA.

B. QUALITÉ DE PARTIE

9 Contrairement à une instruction pénale, la procédure d'entraide judiciaire mineure ne porte pas sur la personne accusée, mais en particulier sur les preuves et les valeurs patrimoniales. En conséquence, la qualité de partie dépend de la relation avec les preuves ou les valeurs patrimoniales. En règle générale, la partie à la procédure d'entraide judiciaire est la personne contre laquelle une **mesure de procédure pénale** a été ordonnée ou exécutée. Par conséquent, la qualité de partie dans une procédure d'entraide judiciaire doit être examinée séparément pour chaque acte d'entraide judiciaire. En raison du critère restrictif, la qualité de partie ne peut en principe être accordée qu'à une seule personne par acte d'entraide judiciaire.

10 L'État requérant n'a pas la qualité de partie à la procédure d'entraide judiciaire.

11 Voici quelques exemples de la personne considérée comme partie - et donc comme ayant droit au sens de l'art. *80b* al. 1 EIMP - lors d'actes d'entraide spécifiques :

- En cas de mesures concernant un **compte bancaire**, en principe uniquement le titulaire du compte, subsidiairement, le cas échéant, l'« ayant droit économique » et, dans des cas exceptionnels, la banque qui gère le compte.
- En cas **de perquisition** (art. 244 CPP), la personne qui détient le pouvoir de disposition effectif sur les locaux perquisitionnés. Il peut s'agir aussi bien du locataire que du propriétaire.
- Pour les mesures concernant **les véhicules à moteur**, il s'agit du détenteur du véhicule.
- En cas **d'ordonnance de remise** (art. 265 CPP), la personne tenue de remettre les objets.
- En cas de **perquisition** de personnes (art. 249 s. CPP), la personne perquisitionnée.
- En cas de **remise en vue de confiscation ou de restitution**, en plus le tiers de bonne foi (art. *74a* al. 4 let. c EIMP).
- En cas **d'audition** par voie d'entraide judiciaire (art. 142 ss CPP), on distingue la fonction de la personne à entendre : le prévenu et la personne

appelée à donner des renseignements selon l'art. 178 let. d CPP ont toujours la qualité de partie. Le témoin, en revanche, n'a la qualité de partie que si ses propres déclarations le concernent également ou s'il peut se prévaloir d'un droit de refuser de témoigner.

Les personnes susmentionnées ont en principe aussi la qualité de partie lorsqu'elles ont dû se soumettre à la mesure de procédure pénale correspondante dans le cadre d'une procédure pénale suisse et que les preuves recueillies dans ce cadre sont utilisées dans la procédure d'entraide judiciaire. 12

C. CONSÉQUENCES PROCÉDURALES DE LA QUALITÉ DE PARTIE

Si une personne est partie à la procédure d'entraide judiciaire, cela a pour conséquence qu'elle bénéficie notamment du droit de consulter le dossier et du droit de participer à la procédure conformément à l'art. *80b* al. 1 EIMP. 13

L'octroi de la qualité de partie et des droits de partie ne présuppose en principe aucune **décision formelle**, contrairement au refus. La décision par laquelle l'autorité d'exécution refuse la qualité de partie à un justiciable et, par conséquent, le droit de consulter le dossier et le droit de participation, doit être traitée, en ce qui concerne cette personne, comme une décision finale pouvant faire l'objet d'un recours auprès de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral. 14

Lors de l'évaluation de la qualité de partie, l'autorité d'exécution dispose d'**une marge d'appréciation**. Elle peut notamment accorder les droits de partie même si la qualité de partie est douteuse et n'est pas obligatoirement tenue de prononcer l'exclusion du justiciable. 15

L'exercice du droit de consulter le dossier et de s'exprimer est subordonné à la condition d'**avoir son domicile/siège** ou **son domicile de notification** en Suisse. 16

IV. DROIT DE CONSULTER LE DOSSIER

Le droit de consulter le dossier selon l'art. *80b* al. 1 EIMP doit permettre à la partie à la procédure d'entraide judiciaire de s'informer sur le dossier de la procédure au plus tard avant la clôture formelle de la procédure d'entraide 17

judiciaire (décision de clôture selon l'art. *80d* EIMP ou exécution simplifiée selon l'art. *80c* EIMP), afin de pouvoir notamment exercer son droit de s'exprimer de manière pertinente.

A. OBLIGATION DE TENIR LE DOSSIER COMME CONDITION PRÉALABLE

18 Le droit de consulter le dossier implique l'obligation pour les autorités d'entraide judiciaire de tenir un dossier. Les autorités d'entraide judiciaire sont notamment tenues de consigner dans le dossier tout ce qui fait partie de l'affaire et qui peut être **important pour la décision**. Font en principe partie des actes d'entraide typiques :

- la demande d'entraide judiciaire (traduite), y compris les annexes ;
- les éventuelles demandes complémentaires ;
- les décisions d'entraide judiciaire rendues ;
- la décision de délégation de l'Office fédéral de la justice ;
- les preuves prévues pour la remise ;
- les communications des parties ; ainsi que
- la correspondance avec l'autorité requérante relative à la décision.

19 Ne sont pas considérés comme importants les **documents internes à l'administration** établis dans le cadre de l'exécution de la procédure d'entraide judiciaire, notamment les notes figurant dans les dossiers de l'autorité d'exécution, les copies de courriels échangés entre les autorités ou les notes de conversations téléphoniques.

20 Dans le cadre de la coopération internationale entre les autorités de poursuite pénale, il arrive régulièrement que **des réunions** dites **de coordination aient** lieu avant ou pendant l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire. Dans le domaine d'application du CPP, le Tribunal fédéral a décidé que les rencontres internationales entre autorités de poursuite pénale qui se limitent à de simples questions de coordination ne sont pas couvertes par l'obligation de dresser procès-verbal et ne sont donc pas intégrées au dossier pénal. Ce principe s'applique également à la procédure d'entraide judiciaire.

La jurisprudence du Tribunal fédéral a essentiellement répondu par la négative à la question de savoir si une transmission dite spontanée au sens de **l'art. 67*a* EIMP**, qui est à l'origine d'une demande d'entraide judiciaire ultérieure, doit ou non figurer dans le dossier de procédure d'une procédure d'entraide judiciaire. Toutefois, si la communication selon l'art. *67a* EIMP n'est pas ou jamais versée au dossier d'entraide judiciaire, il n'y a - en conclusion - aucune protection juridique en relation avec la transmission non sollicitée. Cela contredit la jurisprudence plus ancienne de la Haute Cour, selon laquelle les éventuelles violations de l'art. *67a* EIMP peuvent en principe être dénoncées dans le cadre de la décision finale. Selon l'opinion défendue ici, les transmissions spontanées selon l'art. *67a* EIMP ne sont que très rarement décisives pour la procédure d'entraide judiciaire. Ceci parce qu'elles ne contiennent régulièrement pas d'informations allant au-delà de la demande d'entraide pour la procédure d'entraide judiciaire. En raison de la situation juridique peu claire décrite ci-dessus, les autorités d'exécution devraient néanmoins, en cas de doute, consulter les communications au sens de l'art. *67a* EIMP concernant les dossiers d'entraide judiciaire. Une restriction de l'accès au dossier à cet égard peut ensuite toujours être examinée sur la base de l'art. *80b* al. 2 EIMP. 21

Dans la pratique, les autorités d'exécution ouvrent en général une procédure d'entraide judiciaire par demande d'entraide judiciaire et constituent les dossiers en conséquence. Il est également possible d'ouvrir une procédure d'entraide judiciaire par **preuve/valeur patrimoniale**. Cela est particulièrement judicieux si, dans le cadre d'une demande d'entraide judiciaire, de nombreuses mesures de procédure pénale sont mises en œuvre et concernent différentes parties. 22

B. ÉTENDUE DU DROIT DE CONSULTER LE DOSSIER

Le droit de consulter le dossier de la partie à la procédure d'entraide judiciaire n'est pas absolu. Il se limite notamment, du **point de vue personnel**, aux actes de procédure qui sont pertinents pour la partie concernée. Il n'existe donc pas de droit de regard sur les actes d'enquête ou les moyens de preuve recueillis pour lesquels le requérant n'a pas la qualité de partie. Les indications correspondantes peuvent en outre être rendues méconnaissables par l'autorité d'exécution dans la demande d'entraide judiciaire. Il en va de même pour les complexes de faits qui ne sont pas pertinents pour cette partie. 23

C. MODALITÉS DU DROIT DE CONSULTER LE DOSSIER

24 L'autorité d'exécution est **compétente** pour la tenue du dossier et l'octroi du droit de consultation. Elle décide de ce qui doit figurer dans le dossier de procédure et de l'étendue de la consultation du dossier par la partie. Les justiciables peuvent être sûrs que seules les parties qui ne sont pas soumises au droit de consultation du dossier ont été retirées ou rendues méconnaissables.

25 La consultation du dossier est accordée sur **demande** et a lieu en règle générale au siège de l'autorité d'exécution concernée. Il n'existe pas de droit à la remise ou à l'envoi de dossiers originaux ou de copies. De nombreux ministères publics transmettent néanmoins les dossiers de procédure sous forme numérique aux parties ou à leurs représentants légaux. La remise des dossiers originaux peut, dans certains cas, être effectuée à un avocat inscrit au barreau. Si la partie est d'accord, l'autorité d'entraide judiciaire peut, sur la base de l'art. 26 al. 1bis PA, lui envoyer le dossier par voie électronique pour qu'elle puisse le consulter. Il n'existe toutefois en principe pas de droit à la notification électronique.

D. MOMENT DE L'OCTROI DE LA CONSULTATION DU DOSSIER

26 La consultation du dossier doit être accordée au plus tard avant la clôture de la procédure d'entraide judiciaire (décision de clôture selon l'art. *80d* ou exécution simplifiée selon l'art. *80c* EIMP).

27 Le droit de consulter le dossier selon l'art. *80b* al. 1 EIMP existe aussi longtemps que cela est nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la partie à la procédure d'entraide judiciaire. En conséquence, la partie n'a plus le droit de consulter le dossier lorsque la procédure d'entraide judiciaire est définitivement close (cf. également art. *80m* al. 2 et *80n* al. 2 EIMP).

E. PROCÉDURE DE RECOURS

28 Aux fins de l'exécution de la **procédure de recours**, la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral peut, sur la base de l'art. 57 al. 1 PA, demander à l'autorité d'exécution de déposer le dossier de la procédure. La remise du

dossier de procédure est une obligation de l'autorité dans le cadre de l'entraide administrative.

L'obligation de l'autorité d'exécution de remettre le dossier à la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral ne concerne toutefois que les documents sur lesquels se fonde la décision attaquée - c'est-à-dire les documents pour lesquels la partie a un droit de regard sur le dossier. Selon la pratique, seuls ces dossiers doivent être mis à disposition de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral sous la forme correspondante (c'est-à-dire avec les éventuelles couvertures). L'instance de recours n'effectue donc pas de triage (par ex. selon les parties). 29

Si des pièces de procédure importantes pour la décision font défaut, la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral s'adresse, conformément à la pratique, à l'autorité d'exécution. Si celle-ci omet à nouveau de mettre les documents pertinents à la disposition du tribunal, il y a, selon la jurisprudence du Tribunal pénal fédéral, violation du droit d'être entendu. 30

V. « DROIT DE PARTICIPATION »

La jurisprudence déduit essentiellement du « droit de participation » mentionné à l'art. *80b* al. 1 EIMP le **droit de s'exprimer préalablement**. 31

D'autres « **droits de participation** » dans la procédure d'entraide judiciaire découlent également, en particulier, de dispositions de l'EIMP et du CPP. 32

A. DROIT DE S'EXPRIMER PRÉALABLEMENT

33 Le droit de s'exprimer préalablement (art. *80b* al. 1 EIMP en relation avec l'art. 30 PA) est l'élément clé du droit d'être entendu. Dans le cadre de l'entraide judiciaire mineure, il n'existe que pour la décision finale (art. 80d*EIMP*). Il est respecté si la partie est invitée à **prendre position par écrit** avant la clôture de la procédure d'entraide judiciaire en indiquant les preuves/valeurs patrimoniales dont la remise est prévue. Elle a ainsi la possibilité de s'exprimer sur la procédure d'entraide judiciaire, de formuler des demandes et, le cas échéant, de présenter des preuves. Dans la pratique, il est courant que l'autorité d'exécution fixe un délai à la partie pour prendre position et lui demande en même temps si elle accepte irrévocablement l'exécution simplifiée selon l'art. *80c* EIMP. Le délai pour la prise de position

ne devrait pas être inférieur à 10 jours. Pour le fixer, il faut notamment tenir compte de la complexité de la procédure d'entraide judiciaire et du volume du dossier. L'autorité d'exécution peut éventuellement prolonger le délai. Il n'existe en revanche aucun droit à une audition orale.

34 Les droits suivants des parties dans la procédure d'entraide judiciaire sont en corrélation avec le droit de s'exprimer préalablement ou ont une **fonction auxiliaire** à cet égard :

- Droit de notification des décisions (art. *80m* EIMP et art. 34 al. 1 PA) ;
- Droit de consulter le dossier (art. *80b* al. 1 EIMP et art. 26 ss PA) ;
- Droit de motiver la décision (art. *80a* et *80d* EIMP et art. 35 al. 1 PA) ;
- Droit à la représentation et à l'assistance gratuite (art. 21 EIMP et art. 29 al. 3 Cst.).

B. DÉLIMITATION AVEC L'ART. *65A* EIMP

35 Il convient de distinguer les droits des parties dans la procédure d'entraide judiciaire des droits de participation à l'administration des preuves dans le cadre de l'enquête pénale étrangère qui est à la base de la procédure d'entraide judiciaire.

36 Si l'Etat requérant demande, sur la base de son droit de procédure, que le prévenu, un co-prévenu ou la partie plaignante ou leurs conseils soient directement présents lors de l'administration des preuves en Suisse, l'autorité d'exécution peut autoriser cette demande sur la base de l'art. *65a* EIMP ou de dispositions conventionnelles analogues. Sur le fond, le droit de participation concerne en premier lieu les auditions (art. 142 ss CPP). Il serait également envisageable de participer aux inspections (art. 193 CPP) et aux expertises (cf. art. 185 CPP). Les participants à l'enquête pénale étrangère n'ont toutefois pas la qualité de partie dans la procédure d'entraide judiciaire.

VI. RESTRICTIONS

37 Le droit d'être entendu n'est pas absolu. Il trouve notamment ses limites dans des intérêts publics prépondérants ou dans les intérêts légitimes de tiers. En ce qui concerne le droit de consulter le dossier, l'art. *80b* al. 2 EIMP règle les

motifs qui justifient une restriction, et l'art. *80b* al. 3 EIMP concrétise le principe de proportionnalité dans ce contexte.

En ce qui concerne le **droit d'expression préalable**, on ne voit pas dans quelle mesure les dispositions de l'art. *80b* al. 2 et 3 EIMP pourraient être pertinentes. 38

Les dispositions restrictives de l'art. *80b* al. 2 et 3 ne s'appliquent que s'il existe un droit de consulter le dossier : C'est-à-dire que la pièce concrète du dossier figure dans le dossier de procédure (elle est donc en particulier essentielle à la décision) et qu'elle est importante pour la personne qui demande à consulter le dossier. En outre, le droit doit également exister dans le temps, c'est-à-dire que la procédure d'entraide judiciaire doit en principe être en cours avant la clôture formelle. 39

A. MOTIFS DE RESTRICTION (ART. *80B*, AL. 2)

Les motifs alternatifs de restriction du droit de consulter le dossier sont régis par l'art. *80b* al. 2 let. a-e EIMP. Cette **énumération formulée de manière très générale** n'est toutefois pas exhaustive : selon la jurisprudence, le droit de consulter le dossier peut notamment être limité sur la base de l'art. 27 PA. 40

1. Dans l'intérêt de l'Etat requérant (let. a et b)

Le droit de consulter le dossier peut être limité dans l'intérêt de l'Etat requérant, notamment « dans l'intérêt de la procédure pénale étrangère » (art. *80b* al. 2 let. a EIMP) ou « pour protéger un intérêt juridique essentiel, si l'Etat requérant le demande » (art. 80b*al.* 2 let. b EIMP). 41

Comme Heimgartner l'a déjà reconnu à juste titre, les deux variantes d'état de fait exigent au moins une **demande** implicite de l'autorité requérante de restreindre le droit de consulter le dossier. Dans ces variantes d'état de fait, qui ne peuvent pas être délimitées avec précision, la restriction ne peut en fin de compte se rapporter qu'à certaines sections de la demande d'entraide judiciaire ou à ses annexes. Les raisons d'une demande de l'autorité requérante de limiter le droit de consulter le dossier pourraient notamment être les suivantes : 42

- risque de collusion dans l'enquête pénale étrangère ;
- sécurité intérieure et extérieure de l'Etat requérant ;

- sécurité des personnes impliquées dans l'enquête pénale étrangère (témoins, personnes appelées à fournir des renseignements, prévenus, experts, traducteurs et membres des autorités de poursuite pénale ou leurs proches) ;
- les intérêts privés, comme dans le cas des dossiers médicaux ou des secrets de fabrication, d'affaires ou de brevets dans l'État requérant.

43 Lors de l'examen de la restriction du droit de consulter le dossier, il convient notamment de tenir compte du fait que le **principe de confiance** du droit international public s'applique, c'est-à-dire que l'on peut en principe se fier à l'exactitude des déclarations de l'autorité requérante. L'autorité requise ne doit donc en principe pas vérifier s'il existe effectivement un risque de collusion dans l'enquête pénale étrangère, par exemple.

2. Nature ou urgence de la mesure à prendre (let. c)

44 L'art. *80b* al. 2 let. c EIMP stipule que le droit de consulter le dossier peut être limité en raison de la nature ou de l'urgence des mesures à prendre. Selon le message, cette variante de l'infraction devrait notamment permettre de limiter le droit de la partie de consulter le dossier en amont du séquestre (art. 263 ss CPP) et de la confiscation (art. 69 ss CP). La doctrine, en revanche, met cette disposition en relation avec les mesures de surveillance secrètes (art. 269 ss CPP).

45 Selon l'opinion défendue ici, l'art. *80b* al. 2 let. c EIMP est lettre morte, car on ne voit pas de constellations dans lesquelles le champ d'application pourrait s'appliquer : D'une part, il n'existe de toute façon pas de droit à la consultation du dossier en amont de mesures de procédure pénale telles que le séquestre, l'observation et la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication. D'autre part, les droits des parties doivent impérativement être accordés en amont de la décision finale. Ce n'est pas un hasard s'il n'existe pas de jurisprudence pertinente concernant cette disposition.

3. Protection des intérêts privés essentiels (let. d)

46 Le droit de consulter le dossier peut également être limité pour protéger des intérêts privés essentiels (art. *80b* al. 2 let. d EIMP). En ce qui concerne les intérêts privés à la confidentialité, il s'agit de la préservation du domaine

secret et du domaine privé. On pense ici aux dossiers médicaux ou aux secrets de fabrication, d'affaires et de brevets.

4. Dans l'intérêt d'une procédure suisse (let. e)

Si des enquêtes pénales matériellement connexes sont menées en Suisse et dans l'Etat requérant, la consultation du dossier dans la procédure d'entraide judiciaire peut être limitée dans l'intérêt de l'enquête pénale suisse (art. *80b* al. 2 let. e EIMP). On pense ici notamment au risque de collusion dans la procédure pénale suisse ou à la sécurité des personnes impliquées dans l'enquête pénale suisse (témoins, personnes entendues aux fins de renseignement, prévenus, experts, traducteurs et membres des autorités de poursuite pénale ou leurs proches). 47

5. Intérêts publics essentiels de la Confédération ou des cantons (art. 27 al. 1 let. a PA).

L'autorité d'exécution peut également refuser la consultation du dossier si des intérêts publics essentiels de la Confédération ou des cantons, notamment la sécurité intérieure ou extérieure de la Confédération, exigent le maintien du secret (art. 27 al. 1 let. a PA). Selon le Tribunal pénal fédéral, il existe notamment un intérêt digne de protection à garantir la sécurité des informateurs et des personnes de contact ainsi qu'à ne pas divulguer la manière dont les autorités suisses et leurs représentations à l'étranger se procurent des informations. Dans la pratique, il s'agissait en particulier de prises de position du Département fédéral des affaires étrangères à l'intention de l'Office fédéral de la justice concernant les institutions de l'Etat requérant. 48

B. LIMITES AU REFUS DE CONSULTATION

La consultation ne peut être refusée que pour les pièces pour lesquelles il existe des motifs de confidentialité (art. *80b* al. 3 EIMP). Le refus doit donc être limité au strict **nécessaire** et le reste du contenu du dossier ou de la pièce concernée, qui ne peut donc pas être gardé secret, doit être rendu accessible sous une forme appropriée (tri, couverture des passages à garder secrets, des noms et des données d'identification des auteurs et des personnes de contact, etc. 49

C. QUESTIONS DE PROCÉDURE

50 L'art. *80b* al. 2 EIMP est une **disposition** dite **potestative**. L'autorité d'exécution dispose donc d'une marge d'appréciation pour décider si - lorsque les conditions sont réunies - l'accès au dossier doit être limité.

51 Selon la jurisprudence, l'autorité d'exécution ne peut pas se fonder sur des pièces ou des parties du dossier secrètes et inaccessibles aux parties pour rendre sa décision finale. Si elle entend se fonder sur une pièce secrète du dossier au détriment d'une partie, elle doit lui donner connaissance, oralement ou par écrit, de son contenu essentiel et lui donner la possibilité de s'exprimer à ce sujet.

52 La restriction de l'accès au dossier selon l'art. *80b* al. 2 EIMP ne peut être contestée que dans le cadre de la décision finale.

L'auteur est procureur de la Confédération dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Son point de vue juridique est indépendant de celui de son employeur. L'auteur est collaborateur scientifique à l'Université de Zurich. Les termes utilisés dans le texte qui se réfèrent à des personnes s'appliquent indifféremment aux femmes et aux hommes.

BIBLIOGRAPHIE

Dangubic Miro, Parteistellung und Parteirechte bei der rechtshilfeweisen Herausgabe von Kontoinformationen, forumpoenale 2018, S. 112–117.

Dangubic Miro/Werndli Patricia, Rechtshilfeweise Herausgabe von Einvernahmeprotokollen aus inländischen Verfahren – unter besonderer Berücksichtigung von TPF 2020 180, forumpoenale 2023, S. 212–216.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, 3. Aufl., Zürich et al. 2024.

Garré Roy, Kommentierung zu Art. 35 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Hansjakob Thomas/Pajarola Umberto, Kommentierung zu Art. 272 StPO, in Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2020.

Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander, Kommentierung zu Einführung IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Ludwiczak Glassey Maria/Bozanigo Francesca, Qualité pour recourir de certaines entités particulières en entraide pénale internationale: hoirie, société dissoute et liquidée et trust, AJP 2022, S. 146-155.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Basel 2018.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 80*b* IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Entraide internationale en matière pénale, Commentaire romand, Basel 2004.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel et al. 2001.

Riklin Franz, StPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2014.

Daniel Schaffner/Yves Rohner, Kommentierung zu Art. 67a IRSG, in: Lukas Staffler/Maria Ludwiczak Glassey (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 29.11.2024: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg67a (besucht am 28.1.2025), DOI: 10.17176/20241129-095601-0.

Sprenger Thomas, Kommentierung zu Art. 65*a* IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich 2022.

Seethaler Frank/Plüss Kaspar, Kommentierung zu Art. 57 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016.

Waldmann Bernhard/Bickel Jürg, Kommentierung zu Art. 30 VwVG in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016.

Patrick Sutter, Kommentierung zu Art. 30 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren: Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2019.

Waldmann Bernhard/Oeschger Magnus, Kommentierung zu Art. 26 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019.

MATÉRIAUX

Botschaft betreffend die Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 29.3.1995, BBl 1995 III 1 ff., abrufbar unter BBl 1995 III 1 - Botschaft betreffend die Änderu... | Fedlex (admin.ch), besucht am 4.4.2024 (zit. Botschaft IRSG)

COMMENTAIRE

Art. 80h EIMP

Un commentaire de Clara Poglia / Michaël Jakubowski

PROPOSITION DE CITATION

Clara Poglia/Michaël Jakubowski, Commentaire de l'art. 80h EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Poglia/Jakubowski, art. 80h EIMP N. XXX.

Art. 80h Qualité pour recourir

Ont qualité pour recourir:

a. l'office fédéral;

b. quiconque est personnellement et directement touché par une mesure d'entraide et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction 447
II. Historique de l'art. 80h eimp 448
III. La Qualité pour recourir 449
A. Office fédéral (let. a) 449
B. Qualité pour recourir d'autres personnes (let. b) 450
C. Les cas visés par l'art. 9a OEIMP 452
1. En cas d'information sur un compte bancaire (art. 9a let. a OEIMP) 452
a. Le titulaire du compte 453
b. La banque 454
c. L'ayant droit économique 455
d. Les tiers 459
2. Perquisitions et séquestres (art. 9a let. b OEIMP) 460
3. Mesures concernant un véhicule à moteur (art. 9a let. c OEIMP) 464
D. Les autres cas 464
1. Les auditions 464
a. Le prévenu 465
b. Le témoin 465
c. La personne appelée à donner des renseignements 465
d. Le tiers 465
e. La personne morale 466
2. La remise de pièces d'une procédure suisse 467
3. Les documents détenus auprès d'autres autorités 469
4. Les personnes qui ont fait l'objet de mesures de surveillance secrètes 470
IV. Conclusions 471
Bibliographie 472

I. INTRODUCTION

Figurant dans la troisième partie de l'EIMP (art. 63 et ss EIMP), l'art. 80*h* EIMP régit la qualité pour recourir en matière d'autres actes d'entraide[1074]. 1

L'art. 80*h* EIMP trouve application dans l'examen de la recevabilité que fait la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral[1075]. En cas de recours auprès du Tribunal fédéral, c'est l'art. 89 LTF qui s'appliquera, bien que cette différence n'ait aucune incidence pratique[1076]. 2

Dans la mesure où l'entraide internationale en matière pénale est une procédure administrative, la PA est, sauf disposition contraire, applicable par analogie (art. 12 al. 1 EIMP). La qualité pour recourir étant néanmoins déjà réglementée par l'art. 80*h* EIMP, cette dernière disposition prime l'art. 48 PA en tant que *lex specialis*[1077]. 3

En cas d'entraide pénale avec les Etats-Unis, l'art. 17a LTEJUS s'applique en tant que *lex specialis* à l'art. 80*h* EIMP. Ces deux dispositions sont néanmoins rédigées de manière identique et ont ainsi la même portée[1078]. 4

La présente contribution débutera par une brève présentation du contexte historique de l'art. 80*h* EIMP (ch. II), avant d'examiner plus en détail ses conditions d'application (ch. III.A et B), puis les règles connexes prévues à l'art. 9a OEIMP, disposition concrétisant lesdites conditions (ch. III.C). Elle terminera par une revue de la jurisprudence en matière de qualité pour recourir en cas de transmission (i) de procès-verbaux (ch. III.D.1), (ii) de pièces issues d'une procédure suisse (ch. III.D.2), (iii) de documents détenus par des autorités suisses autres que pénales (ch. III.D.3), et finalement (iv) de preuves obtenues au moyen de mesures de surveillance secrète (ch. III.D.4). 5

1074 La qualité pour recourir en matière d'extradition est quant à elle gouvernée par l'art. 21 EIMP – cf. notamment BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N. 30.

1075 Cf. art. 80*e* al. 1 EIMP.

1076 TF 1C_287/2008 du 12.1.2009, cons. 2.2; Zimmermann, 524.

1077 TF 1C_44/2022 du 28.1.2022, cons. 2.2.

1078 BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N 5; Voir par exemple TPF 2011 131, cons. 2.2.

II. HISTORIQUE DE L'ART. 80*H* EIMP

6 L'art. 80*h* EIMP a été introduit le 1er février 1997 lors d'une importante révision de cette loi.

7 Le législateur avait relevé des faiblesses dans le régime en place à cette époque, en considérant en particulier excessive la durée des procédures d'exécution, celle-ci étant imputable à la multiplicité des voies de recours qui prévalait du fait de la structure fédéraliste suisse[1079]. Il relevait également l'utilisation abusive des voies de droit à des fins dilatoires par des personnes se présentant souvent à tort comme des ayants droit[1080].

8 Cette révision a ainsi visé à simplifier et accélérer les procédures d'entraide[1081] en limitant notamment la qualité pour recourir aux personnes directement et personnellement touchées par une mesure d'entraide[1082].

9 La condition alternative qui existait auparavant selon laquelle la légitimation pour recourir revenait également à la personne dont les droits de la défense pouvaient être affectés dans la procédure pénale étrangère, a été supprimée. Le législateur a considéré que le prévenu ne devait pas être plus protégé que d'autres parties, ce d'autant qu'il pouvait encore agir dans le cadre de la procédure pénale dans l'état requérant[1083].

10 Les propositions visant à supprimer purement et simplement une voie de recours n'ont quant à elles pas été suivies, car jugées insuffisamment respectueuses des droits fondamentaux[1084].

11 Le texte de l'EIMP, après révision, comporte de multiples redites. En témoigne par exemple l'art. 21 al. 3 EIMP régissant la qualité pour recourir du prévenu, et l'art. 80*h* let. b EIMP qui réitère exactement les mêmes principes

---

1079 Message concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de la loi fédérale relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 29.3.1995, FF 1995 III 1 ss, 2 et 5.

1080 FF 1995 III 1 ss, 2.

1081 FF 1995 III 1 ss, 2; TPF RR.2021.284 du 30.8.2022, cons. 4.2.3.

1082 FF 1995 III 1 ss, 11; voir aussi Ludwiczak, N. 626.

1083 FF 1995 III 1 ss, 19; TPF RR.2018.234 du 31.1.2019, cons. 3.3.1; Stelzer-Więckowska, 190; BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N. 7-8.

1084 FF 1995 III 1 ss, 19.

tant pour la personne visée que pour toutes les personnes touchées dans le cadre d'autres actes d'entraide (à savoir en particulier l'administration et la remise de moyens de preuve et la saisie d'objets ou de valeurs en vue de confiscation – cf. art. 63 EIMP). Le législateur a volontairement adopté ce style, considérant que les redites étaient préférables à d'incessants renvois dans une loi aussi complexe que l'EIMP[1085].

Cela étant, la qualité pour recourir en matière d'autres actes d'entraide s'examinera exclusivement sous l'angle de l'art. 80*h* EIMP[1086], dont la portée est identique à celle de l'art. 21 al. 3 EIMP[1087]. 12

III. LA QUALITÉ POUR RECOURIR

A. Office fédéral (let. a)

L'art. 80*h* let. a EIMP confère la qualité pour recourir à "l'office fédéral", ce par quoi il faut comprendre l'Office fédéral de la justice[1088]. 13

Cet office peut ainsi librement recourir contre les décisions de clôture des autorités cantonales et fédérales d'exécution, sans qu'aucune autre condition ne doive être réalisée. Ce régime vise à lui permettre d'exercer son rôle d'autorité de surveillance en matière d'entraide pénale[1089]. 14

L'intervention de cette autorité pourra, cas échéant, servir les intérêts de tierces personnes lorsqu'une application correcte de l'EIMP et des conventions internationales l'exige[1090]. En pratique toutefois, l'Office fédéral de la justice tendra à promouvoir une large coopération avec l'étranger et 15

1085 FF 1995 III 1 ss, 10.

1086 TF 1C_44/2022 du 28.1.2022, cons. 2.2.

1087 Ludwiczak, N 628; BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N 3.

1088 Voir la définition du terme "office fédéral" à l'art. 8 al. 1 EIMP; ATF 130 II 505, cons. 1; Ludwiczak/Bonzanigo, PJA 2022, 146; BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N. 2 et 12; Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, 152-153.

1089 ATF 130 II 505, cons. 1; TPF RR.2010.39 du 28 avril 2010, cons. 3.2 sur l'obligation des autorités d'exécution de notifier leurs décisions à l'Office fédéral de la justice afin que ce dernier puisse efficacement exercer sa fonction d'autorité de surveillance et, cas échéant, former recours (cf. art. 5 OEIMP); voir aussi les art. 25 al. 3 EIMP et 3 OEIMP; Ludwiczak, N 623; BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N. 12.

1090 ATF 130 II 505, cons. 1; voir notamment TPF 2020 180 pour un arrêt provoqué par l'Office fédéral de la justice en faveur du justiciable.

pourra agir dans l'intérêt de l'Etat requérant qui, lui, n'est en principe pas partie à la procédure d'exécution[1091].

B. Qualité pour recourir d'autres personnes (let. b)

16 A rigueur de texte, l'art. 80*h* let. b EIMP exige la double condition (i) d'être personnellement et directement touché par une mesure d'entraide, et (ii) d'avoir un intérêt digne de protection à ce que cette mesure soit annulée ou modifiée.

17 Par mesure d'entraide, il faut comprendre toutes les mesures prises par les autorités suisses en exécution d'une commission rogatoire, soit en premier lieu l'obtention de preuves (si nécessaire à l'aide de mesures de contrainte) et leur remise en faveur de l'Etat requérant[1092].

18 La personne poursuivie à l'étranger peut recourir aux mêmes conditions (cf. aussi art. 21 al. 3 EIMP)[1093]. Le seul fait que la transmission de renseignements puisse entraîner des conséquences préjudiciables au prévenu ne suffit ainsi pas à lui conférer la qualité pour recourir[1094].

19 La qualité pour recourir est examinée d'office par le Tribunal pénal fédéral, lequel n'est pas lié par une position plus favorable qui aurait éventuellement été accordée par l'autorité d'exécution[1095].

20 L'intérêt fondant la qualité pour agir peut être juridique ou de fait. Le recourant doit toutefois être touché plus que quiconque ou que la généralité des administrés dans un intérêt important, résultant de sa situation par rapport à l'objet litigieux[1096].

21 Un intérêt digne de protection existe lorsque la situation de fait ou de droit du recourant peut être influencée par le sort de la cause. Il faut que l'admission du recours procure au recourant un avantage de nature économique, matérielle ou idéale[1097]. En l'absence d'un intérêt propre digne de protection,

1091 Voir notamment TF 1C_498/2016 du 2.11.2016, cons. 2.
1092 Zimmermann, N 380; BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N. 29.
1093 ATF 130 II 162, cons. 1.1; TPF RR.2021.29 du 10.8.2021, cons. 2.2; BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N. 14-15
1094 TF 1C_701/2020 du 29.1.2021, cons. 3.2 et 3.3; Ludwiczak, N. 628.
1095 TF 1C_161/2011 du 11 avril 2011, cons. 1.4.
1096 ATF 126 II 258, cons. 2d); TPF RR.2021.224 du 30.12.2022, cons. 1.4; Zimmermann, N. 524.
1097 ATF 126 II 258, cons. 2d); TPF 2020 180, cons. 4.5.1; Zimmermann, 524.

il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur les recours formés en lieu et place d'un tiers[1098].

La locution "*et*" qui lie les deux conditions de l'art. 80*h* let. b EIMP pourrait laisser entendre que celles-ci sont cumulatives. L'interprétation de cette disposition par la jurisprudence n'est toutefois pas aussi limpide[1099]. 22

En effet, le Tribunal fédéral considère que celui qui est directement et personnellement touché par une mesure d'entraide dispose déjà de la qualité pour agir, et tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'une mesure de contrainte – la condition de l'intérêt digne de protection n'ayant alors pas de portée indépendante additionnelle[1100]. Malgré cette jurisprudence, un intérêt digne de protection sera quand même exigé dans certains cas, notamment en ce qui concerne le témoin et la remise de son procès-verbal[1101]. 23

Au contraire, il existe certaines constellations où la condition de l'intérêt digne de protection sera la seule à être décisive d'après la jurisprudence, le fait d'être touché par une mesure d'entraide n'ayant dans ces cas aucune portée[1102]. 24

Ces solutions diverses et parfois discordantes – qui rendent la matière difficile à appréhender – trouvent leur origine en premier lieu dans la concrétisation de l'art. 80*h* let. b EIMP par l'art. 9a OEIMP. Cette disposition précise qui dispose de la qualité pour recourir en cas d'informations sur un compte bancaire (let. a), de perquisition (let. b) ou de mesures concernant un véhicule à moteur (let. c). Ces constellations étant les plus fréquentes, l'importance de cette disposition est considérable en pratique. 25

En deuxième lieu, la jurisprudence rendue en application de l'art. 80*h* let. b EIMP est le résultat d'un arbitrage voulu par le législateur entre les impératifs liés, d'une part, à l'exécution rapide des demandes d'entraide (qui ne doit pas être compliquée par des voies de recours trop extensives) et, d'autre part, la 26

1098 ATF 137 IV 134, cons. 5.2.2.

1099 Voir notamment Ludwiczak/Bonzanigo, PJA 2022, 151; Zimmermann, 524; Ludwiczak, N 625 ss; Kuster/Mauro, 51; BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N. 16 ss.

1100 ATF 137 IV 134, cons. 5.1.2 et 5.2.2; TF 1C_287/2008 du 12.1.2009, cons. 2.2; TPF 2020 180, cons. 4.6.2; Zimmermann, 524.

1101 TPF 2020 180, cons. 4.4.2.

1102 En particulier en cas de remise de preuves (documentaires) administrées en amont dans une procédure pénale nationale, cf: TPF 2020 180, cons. 4.4.3 et 4.8.3 et TPF RR.2021.41 du 14.9.2021, cons. 1.4.6.

nécessité d'une protection juridique suffisante de ceux qui se trouvent dans un rapport étroit avec la mesure d'entraide[1103].

27 Il arrive qu'une interprétation trop stricte de l'art. 80*h* let. b EIMP puisse conduire à la conséquence inadmissible qu'aucune personne ne dispose, même théoriquement, de la qualité pour recourir. Pour pallier cette situation et garantir l'existence d'une voie de droit effective, la jurisprudence consacre, au gré des circonstances d'espèce, des exceptions qui peuvent, parfois, s'éloigner du texte de l'art. 80*h* let. b EIMP[1104].

28 Dans la mesure où la présente contribution se veut avant tout pratique, nous ne nous attarderons pas d'avantage sur la portée générale de l'art. 80*h* let. b EIMP tant celle-ci peut varier de cas en cas. Nous exposerons plutôt ci-après les solutions concrètes développées par la jurisprudence dans les nombreuses constellations qui se sont présentées ces dernières années. Nous débuterons tout d'abord par l'examen des règles prévues à l'art. 9a OEIMP – les cas les plus fréquents en pratique –, puis de ceux qui ne sont pas appréhendés par cette disposition et qui ressortent de la pratique des tribunaux.

C. Les cas visés par l'art. 9a OEIMP

1. En cas d'information sur un compte bancaire (art. 9a let. a OEIMP)

29 Selon l'art. 9a let. a OEIMP, est réputé personnellement et directement touché le titulaire du compte bancaire lorsque des informations sur ce dernier sont administrées.

30 L'art. 9a let. a OEIMP concerne avant tout les informations obtenues auprès de banques.

31 En revanche, lorsque la documentation est obtenue auprès d'autres mandataires, notamment un fiduciaire ou un avocat, le Tribunal fédéral exclut l'application de l'art. 9a let. a OEIMP en privilégiant celle de l'art. 9a let. b

1103.ATF 137 IV 134, cons. 6.3; ATF 122 II 130, cons. 2.b).

1104.A titre d'exemple, on peut citer les exceptions développées en cas de remise de moyens de preuve collectés dans le cadre d'une procédure nationale suisse puis versés dans la procédure d'entraide (situation dans laquelle personne n'est formellement touché par une mesure d'entraide – cf. ci-dessous N 74 ss), ou lorsque le titulaire du compte bancaire dont la documentation a été éditée est une personne morale dissoute (constellation où celui qui a la qualité pour recourir selon l'art. 9a let. a OEIMP n'existe plus – cf. ci-dessous N 41 s).

OEIMP, selon lequel celui qui a la possession immédiate de la chose saisie est légitimé à recourir. Dans de tels cas, le titulaire du compte concerné ne bénéficie dès lors plus de la qualité pour recourir qui aurait pourtant été admise si la mesure était intervenue auprès d'une banque[1105]. Cette position ne convainc pas, en particulier lorsque les pièces saisies comportent une véritable transmission de documentation bancaires au sens de l'art 9a let. a OEIMP (cf. ci-dessous pour plus de détails N. 60).

Les développements qui suivent valent tant lorsque le recourant conteste la remise des informations bancaires qu'en cas de blocage des comptes y relatifs[1106]. 32

a. Le titulaire du compte

L'art. 9a let. a OEIMP accorde en premier lieu la qualité pour recourir au titulaire lorsque des informations sur un compte bancaire sont administrées. 33

Par titulaire du compte, il faut comprendre celui qui ressort en tant que tel de la documentation bancaire éditée. Celui qui ouvre un compte sous un faux nom ou un pseudonyme, notamment en présentant à la banque de faux documents d'identité, ne peut se prévaloir de son statut de titulaire dissimulé[1107]. Le Tribunal fédéral envisage néanmoins une exception pour celui qui fournit la preuve qu'il est effectivement le titulaire du compte, ainsi qu'une clarification sur les motifs qui expliqueraient, voire justifieraient la dissimulation de sa véritable identité[1108]. 34

Lorsque plusieurs personnes sont cotitulaires du compte, la qualité pour recourir devrait être conférée à chacune d'entre elles individuellement[1109]. 35

En cas de décès du titulaire du compte, le droit de recourir doit être exercé au nom de tous les hoirs formant la communauté héréditaire[1110], le cas échéant 36

1105.TF 1A.293/2004 du 18 mars 2005, cons. 2.2 et 2.3; Voir aussi TF 1C_639/2013 du 22.8.2013, cons. 1.3.2; TPF RR.2019.12 du 29.5.2019, cons. 3.3; Voir néanmoins TF 1A.60/2000 du 22.6.2000, cons. 2a) et TPF RR.2019.12 du 29.5.2019, cons. 4.2 concernant le négociant de valeurs mobilières soumis à l'art. 43 LBVM – aujourd'hui abrogée.

1106.TPF RR.2021.20 du 27.5.2021, cons. 1.4; TPF RR.2019.346 du 23 avril 2020, cons. 3.4; Ludwiczak, N. 647.

1107.ATF 131 II 169, cons. 2.2.2; ATF 129 II 268, cons. 2.3.3; TPF 2009 17, cons. 1.6.2; Moreillon/Dupuis/Mazou, N 79; Zimmermann, N 527; Ludwiczak, N. 630 et 640.

1108.ATF 131 II 169, cons. 2.2.2; ATF 129 II 268, cons. 2.3.3; Zimmermann, N. 527; Ludwiczak, N. 630.

par un représentant commun, un exécuteur testamentaire ou un administrateur de la succession[1111]. En effet, la communauté héréditaire comme telle n'a pas qualité pour ester en justice[1112]. Deux exceptions existent toutefois à cette règle, fondées sur la jurisprudence de droit civil. Un héritier peut recourir seul (i) en cas d'urgence afin de sauvegarder provisoirement les intérêts de la communauté héréditaire, ou (ii) lorsque l'hoirie est en proie à un litige interne impliquant tous ses membres[1113].

37 Lorsque le compte est détenu par un trustee au nom d'un trust (par exemple par la formule "*X as trustee of the Trust Y*"), la qualité pour recourir est conférée au trustee, le trust en tant que tel ne disposant pas de la capacité d'ester en justice[1114]. Le recourant devra ainsi veiller à ce que son recours soit déposé au nom du trustee et non du trust, sous peine d'irrecevabilité[1115]. Un avant-projet tendant à introduire l'institution du trust dans le code des obligations est en cours d'examen par le législateur, mais ne devrait pas, *a priori*, impacter la jurisprudence actuelle dans la mesure où, selon la nouvelle législation, le trust continuera à être représenté en justice par le trustee (art. 529g al. 2 AP-CO)[1116].

b. La banque

38 On peut se demander si la banque ne devrait pas aussi avoir la qualité pour recourir à teneur des principes généraux développés par la jurisprudence, en tant qu'elle se soumet, concrètement, à une mesure de contrainte.

39 Tel était le cas avant l'entrée en vigueur des art. 80*h* let. b EIMP et 9a let. a OEIMP le 1er février 1997. Depuis, le Tribunal fédéral a considéré, à l'issue d'une analyse de ces deux dispositions, que le législateur a sciemment voulu

1109. TPF RR.2021.247 du 31.1.2023, cons. 2.2; Ludwiczak/Bonzanigo, PJA 2022, 147.
1111. TPF RR.2012.113 du 5.10.2012, cons. 1.3.2.c/aa); TPF RR.2010.122 du 10.2.2011, cons. 2.2.2; Ludwiczak, N 631.
1112. TPF RR.2012.197 du 13.2.2013, cons. 1.4; TPF RR.2012.113 du 5.10.2012, cons. 1.3.2.c/aa); Ludwiczak/Bonzanigo, PJA 2022, 149.
1113. TPF RR.2012.113 du 5.10.2012, cons. 1.3.2.c/aa); TPF RR.2010.122 du 10.2.2011, cons. 2.2.2; Zimmermann, N. 526.a); Ludwiczak, N. 631.
1114. TPF RR.2021.38 du 14.6.2021, cons. 2.1.2 et 2.3; TPF RR.2018.77-80 du 23.10.2018, cons. 2.2.2; Ludwiczak/Bonzanigo, PJA 2022, 150-151.
1115. TPF RR.2021.38 du 14.6.2021, cons. 2.3; Ludwiczak/Bonzanigo, PJA 2022, 150-151.
1116. https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/wirtschaft/gesetzgebung/trustrecht/vorentw.pdf (consulté le 20.3.2023).

exclure la banque du cercle des recourants au profit du titulaire du compte. Par conséquent, la banque ne peut intervenir dans la procédure d'entraide lorsqu'elle ne fait que renseigner sur ses clients[1117], et ce même si ses employés sont entendus afin de fournir des explications complémentaires[1118].

En revanche, si la mesure touche la banque dans la conduite de ses propres affaires internes[1119], notamment lorsqu'elle est elle-même titulaire du compte concerné (par exemple un compte de passage), la qualité pour recourir lui sera reconnue à ce titre[1120]. Est particulièrement décisif le fait que la banque cherche à protéger ses propres secrets d'affaires et non le simple secret bancaire de son client[1121]. Dans ce contexte, la jurisprudence estime qu'elle n'est pas habilitée à recourir lorsque les documents à transmettre sont ceux relatifs à l'ouverture du compte du client, les relevés de compte, les avis de débit et crédit, la correspondance entre elle et son client, ou encore les notes téléphoniques ou de visite du client dans la mesure où ceux-ci visent principalement l'activité de ce dernier[1122]. En revanche, lorsque les documents à transmettre permettent de vérifier le respect des obligations légales incombant à la banque, comme les clarifications sur l'origine des fonds ou le profil client en lien avec le KYC, la qualité pour recourir doit lui être reconnue[1123]. 40

c. L'ayant droit économique

De jurisprudence constante, l'ayant droit économique du compte concerné ne dispose pas de la qualité pour agir au sens de l'art. 80*h* let. b EIMP[1124]. 41

Néanmoins, le Tribunal fédéral a jugé que lorsque la société titulaire du compte est dissoute, une protection juridique suffisante exige d'accorder, exceptionnellement, la qualité pour recourir à l'ayant droit économique pour 42

1117. ATF 128 II 211, cons. 2.4 et 2.5; voir plus récemment ATF 137 IV 134, cons. 6.1; Ludwiczak, N 643.
1118. ATF 128 II 211, cons. 2.4; TPF RR.2019.349 du 16.10.2020, cons. 1.5.2; Zimmermann, N 533.
1119. TPF RR.2012.81 du 12.12.2012, cons. 1.4.2.
1120. ATF 128 II 211, cons. 2.4; TPF 2008 172, cons. 1.3.1; Moreillon/Mazou, Développements récents 2021, 87; Ludwiczak, N. 643.
1121. TPF RR.2008.154 du 11.9.2008, cons. 1.6.1; BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N. 33.
1122. TPF RR.2008.154 du 11.9.2008, cons. 1.6.1; Ludwiczak, N. 644.
1123. TPF RR.2008.154 du 11.9.2008, cons. 1.6.2 et 1.6.3; Moreillon/Mazou, Développements récents 2022, 63; Ludwiczak, N. 644.
1124. TF 1C_401/2021 du 28.7.2021, cons. 2.3; Dangubic, 113; BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N. 32.

autant que ce dernier prouve ladite dissolution et qu'il est le bénéficiaire du produit de liquidation[1125]. Cette exception s'applique également en cas de dissolution d'une fondation[1126] ou d'un trust[1127].

43 Dans la mesure où la dissolution entraine la fin de la personnalité juridique et de la capacité d'ester en justice de la personne morale[1128], son ayant droit économique doit agir à titre personnel et non pas au nom de celle-ci sous peine de voir son recours déclaré (manifestement) irrecevable[1129].

44 Afin de s'assurer que la dissolution emporte effectivement la fin définitive de la personnalité juridique de la société, le juge peut être amené à examiner le droit étranger applicable à celle-ci en vertu de l'art. 154 LDIP[1130].

45 La condition que la société ait été liquidée en faveur de l'ayant droit est essentielle pour juger de la recevabilité du recours[1131]. Le produit de la liquidation se comprend comme le solde de la dissolution de la société, après compensation de l'ensemble de ses actifs et passifs[1132].

46 Cette condition entraîne dans certaines configurations – notamment lorsque l'ayant droit n'est pas le bénéficiaire du produit de liquidation ou n'est pas en mesure de le prouver –, que personne ne pourra être à même de défendre les droits de la société dissoute. Selon le Tribunal fédéral, cette conséquence ne suffit pas à revenir sur sa jurisprudence, qu'il juge avoir le mérite d'établir une continuité entre la société liquidée et son ayant droit[1133].

47 Le fait que le produit de la liquidation n'ait pas été transféré à l'ayant droit lui-même mais à une autre société qu'il détient également n'empêche pas celui-ci

---

1125. TF 1C_321/2022 du 12.7.2022, cons. 1.2; Pour l'arrêt de principe à ce sujet: ATF 123 II 153, cons. 2c et 2d; Zimmermann, N 529; Ludwiczak, N. 634; Cappa, 45.

1126. TPF RR.2013.33 du 29.7.2013, cons. 2.

1127. TPF RR.2014.122 du 5.11.2014, cons. 1.4; TPF RR.2010.200 du 20.1.2011, cons. 3.3.2; Cappa, 45.

1128. TF 1C_370/2012 du 3.10.2012, cons. 1.

1129. TPF RR.2014.11 du 17.2.2014, cons. 1.4.2-1.4.3; Voir aussi TPF RR.2022.71 du 12.5.2022; TPF RR.2018.118 du 19 avril 2018; Ludwiczak/Bonzanigo, PJA 2022, 148-149; Zimmermann, N 529; Ludwiczak, N. 634.

1130. TPF RR.2017.102 du 17.8.2017, cons. 1.10 [Belize]; TPF RR.2015.71 du 12.8.2015, cons. 1.3.2 [Panama]; TPF RR.2014.190 du 12.5.2015, cons. 1.4.4 [Iles Vierges Britanniques]; Ludwiczak, N 633.

1131. TF 1C_440/2011 du 17.10.2011, cons. 1.5.

1132. TPF RR.2017.298-299 du 29.3.2018, cons. 1.3.3.2; TPF RR.2017.238 du 21.2.2018, cons. 2.2.

1133. TF 1C_401/2021 du 28.7.2021, cons. 2.3.

d'agir personnellement dans le cadre de cette exception, pour autant qu'il démontre effectivement être l'ayant droit de cette deuxième société[1134]. En effet, l'élément décisif n'est pas quelle personne a précisément perçu le produit de liquidation, mais quelle personne en a bénéficié ultimement[1135].

48 La démonstration que l'ayant droit est bel et bien le bénéficiaire du produit de liquidation peut s'avérer compliquée en pratique[1136]. Elle se fera idéalement au moyen de documents officiels, en particulier l'acte de dissolution portant la mention de l'identité du bénéficiaire de la liquidation[1137]. La jurisprudence admet néanmoins que cette démonstration se fasse à l'aide d'autres documents[1138].

49 Ces autres documents peuvent constituer des ordres de paiement ou des avis de virement intervenus lors de la liquidation de la société, démontrant que les comptes de celle-ci ont été soldés en faveur de son ayant droit économique[1139]. Néanmoins, il est indispensable de démontrer que les avoirs déposés sur les comptes soldés sont les seuls actifs de la société dissoute, sous peine d'irrecevabilité[1140]. Le Tribunal fédéral ne voit pas de formalisme excessif à exiger une telle preuve (négative) du recourant[1141]. En tout état, le transfert et la clôture du compte doivent intervenir dans le cadre de la dissolution de la société, à défaut de quoi les avoirs transférés ne pourront être considérés comme le produit de la liquidation au sens de la jurisprudence[1142].

1134. TF 1C_370/2012 du 3.10.2012, cons. 2.6-2.7; TF 1C_161/2011 du 11 avril 2011, cons. 1.3.2; TPF RR.2012.238 du 14.3.2013, cons. 3.3.

1135. TPF RR.2012.238 du 14.3.2013, cons. 3.3.

1136. Voir Cappa, 45-46 pour une critique de la position restrictive adoptée par la jurisprudence; Dangubic, 114.

1137. Voir notamment TF 1C_440/2011 du 17.10.2011, cons. 1.4.

1138. TF 1C_321/2022 du 12.7.2022, cons. 1.2; Pour l'arrêt de principe à ce sujet: TF 1C_370/2012 du 3.10.2012, cons. 2.7; Cappa, 45.

1139. TF 1C_370/2012 du 3.10.2012, cons. 2.7; TPF RR.2021.130 du 17.11.2021, cons. 3.2.3; TPF RR. 2017.9 du 21.6.2017, cons. 1.4.2; TPF RR.2016.36 du 14.7.2016, cons. 1.5.3; TPF RR.2014.231 du 16.12.2014, cons. 4.2; TPF RR.2014.122 du 5.11.2014, cons. 1.4; TPF RR.2012.257 du 2.7.2013, cons. 1.2.2; TPF RR.2012.223 du 14.6.2013, cons. 2.3; Cappa, 45.

1140. TF 1C_278/2021 du 20.5.2021, cons. 2.2; TF 1C_345/2020 du 24.6.2020, cons. 1.3; TPF RR. 2017.238 du 21.2.2018, cons. 2.2; TPF RR.2017.298-299 du 29.3.2018, cons. 1.3.3.2; TPF RR. 2017.23 du 7.12.2017, cons. 2.3.6; Ludwiczak/Bonzanigo, PJA 2022, 148.

1141. TF 1C_162/2018 du 29.5.2018, cons. 2.1.1 et 2.1.2.

1142. TPF RR.2019.142 du 19.9.2019, cons. 2.3.1; TPF RR.2019.24 du 27.2.2019, cons. 2.3; TPF RR. 2018.321 du 27.2.2019, cons. 2.2; TPF RR.2017.238 du 21.2.2018, cons. 2.2.

50 Les documents suivants ont été jugés insuffisants par la jurisprudence pour apporter une telle preuve:

- Le formulaire A: si ce document suffit à démontrer qui est l'ayant droit économique du compte[1143], il est muet sur l'identité du bénéficiaire du produit de liquidation de la société dissoute[1144], deux notions qui doivent impérativement être distinguées l'une de l'autre[1145].
- Une attestation des administrateurs, des co-ayants droit économiques, du mandataire de la société liquidée ou encore du recourant lui-même établissant l'identité du bénéficiaire de la liquidation: les tribunaux considèrent que la valeur probante de tels documents est insuffisante[1146], ceux-ci ne constituant que des allégations[1147].
- Des documents tendant à démontrer que la société n'avait aucun avoir ou actif: le Tribunal fédéral semble exiger la production d'un document attestant l'identité du bénéficiaire de la liquidation, et ce même si la société ne détient aucun actif[1148]. Cette approche nous apparaît excessivement formaliste dans la mesure où l'inexistence d'actifs (pour autant qu'elle soit démontrée) signifie qu'il n'y a, de fait, aucun bénéficiaire de la liquidation[1149]. Dans une jurisprudence antérieure à celle précitée, le Tribunal pénal fédéral semblait néanmoins admettre un raisonnement hypothétique tendant à déterminer à qui aurait été vraisemblablement versé le produit de la liquidation s'il y en avait eu un[1150].
- Un extrait d'un registre du commerce étranger attestant que la société a été radiée en raison d'émoluments impayés[1151].
- Divers documents tendant à démontrer que les opérations effectuées durant l'existence de la société l'ont toujours été en faveur et/ou pour le

1143.TF 1C_370/2012 du 3.10.2012, cons. 2.7; TPF RR.2016.239 du 23.1.2017.

1144.TF 1C_321/2022 du 12.7.2022, cons. 1.3; TF 1C_265/2018 du 6.6.2018, cons. 2.2; TPF RR. 2013.73 du 6.8.2013, cons. 1.3.3.

1145.TPF RR.2009.89 du 3.12.2009, cons. 2.2.2.

1146.TF 1C_278/2021 du 20.5.2021, cons. 2.2; TF 1C_401/2021 du 1.3.2022, cons. 2.4; Voir aussi TF 1C_161/2011 du 11 avril 2011 – néanmoins rendu avant que la jurisprudence étende la possibilité de démontrer à qui a bénéficié la liquidation à l'aide de documents non officiels.

1147.TPF RR.2015.294 du 18.1.2016, cons. 3.2.

1148.TF 1C_321/2022 du 12.7.2022, cons. 1.3; TF 1C_44/2022 du 28.1.2022, cons. A. et 2.3.

1149.Voir également Ludwiczak/Bonzanigo, PJA 2022, 151.

1150.TPF RR.2019.209 du 7.11.2019, cons. 3.3.2.

compte de son ayant droit économique: si ces documents attestent éventuellement à qui ont ultimement bénéficié les opérations effectuées du vivant de la société, ils ne démontrent pas que le produit de la liquidation a profité à cette même personne[1152].

Enfin, l'ayant droit économique ne peut se prévaloir de cette exception lorsqu'elle constitue un abus de droit. Tel sera le cas d'une liquidation dont le but est d'entraver la procédure d'entraide[1153]. La jurisprudence a déjà reconnu un abus dans une situation où cinq sociétés poursuivies à l'étranger ont toutes été soudainement dissoutes moins d'une année après l'ouverture de l'action pénale sans raison économique apparente[1154], ou encore dans le cas d'une fondation dissoute en cours de procédure dont les actifs ont immédiatement servi à créer une seconde fondation en tous points identique[1155]. 51

Outre l'exception de la liquidation de la société, on peut se demander s'il ne faudrait pas en consacrer une autre en faveur de l'ayant droit économique lorsque la société n'est pas dissoute mais est dans l'impossibilité objective d'agir pour des raisons indépendantes de sa volonté. La jurisprudence ne semble pas l'exclure (en l'occurrence, le Tribunal pénal fédéral avait examiné l'existence d'une mesure étatique paralysant objectivement les organes d'un trustee, qu'il a toutefois estimé insuffisamment prouvée)[1156]. 52

En tout état, le simple fait que la société soit inactive n'ouvre pas la voie du recours à son ayant droit économique[1157]. 53

d. Les tiers

Les tiers sont en principe exclus du cercle des recourants. Le seul fait que la documentation éditée contienne le nom d'un tiers, le numéro d'un compte détenu par celui-ci, voire des extraits dudit compte ou d'autres informations le concernant ne suffit pas à lui conférer la qualité pour recourir faute d'être visé directement par la mesure d'entraide[1158]. Cette règle vaut également pour 54

1151. TF 1C_181/2020 du 17 avril 2020, cons. 1.2.
1152. TF 1C_278/2021 du 20.5.2021, cons. 2.2.
1153. TF 1C_122/2011 du 23.5.2011, cons. 4.2 et 5; Moreillon/Mazou, Développements récents 2022, 66.
1154. TF 1A.10/2000 du 18.5.2000, cons. 2d.
1155. TPF RR.2012.106 du 29.11.2012, cons. 2.3.
1156. TPF RR.2015.196 du 18.11.2015, cons. 3.2.6.
1157. TPF RR.2020.70 du 3.6.2020, cons. 2.3.

celui qui ne dispose que d'une procuration sur le compte concerné[1159]. Il est toutefois fréquent que la personne habilitée à recourir, du fait de la défense de ses propres intérêts, se retrouve à protéger simultanément ceux de tiers exclus de la procédure.

2. Perquisitions et séquestres (art. 9a let. b OEIMP)

55 En vertu de l'art. 9a let. b OEIMP, le propriétaire ou le locataire est réputé personnellement et directement touché en cas de perquisition.

56 En ce sens, la personne – physique ou morale – qui doit se soumettre personnellement à la perquisition, ou à un séquestre d'objets ou de valeurs à cette occasion a la qualité pour recourir[1160]. Cette disposition se rattache ainsi à la possession immédiate (pouvoir de disposition de fait)[1161]. En d'autres termes, seul sera légitimé à recourir celui qui voit sa possession directement troublée durant la perquisition ou la saisie[1162].

57 La qualité pour recourir n'est pas uniquement limitée au propriétaire ou au locataire des locaux abritant les objets saisis, mais peut s'étendre au sous-locataire, à l'usufruitier ou au bénéficiaire de tous autre droit d'habitation similaire[1163].

58 Ces développements s'appliquent non seulement aux documents papier saisis, mais aussi aux données électroniques[1164]. Ainsi, seul celui qui dispose de la possession immédiate des lieux a qualité pour recourir contre le séquestre qui

---

1158.TF 1C_529/2017 du 2.11.2017, cons. 1.3.1; TPF RR.2019.68 du 10.7.2019, cons. 1.3.2; voir également TPF RR.2019.12 du 29.5.2019, cons. 3.3; TPF RR.2012.255 du 22.5.2013, cons. 1.3; TPF 2008 172, cons. 1.3.1; Zimmermann, N 526.a) et 532; Ludwiczak, N 642; Dangubic, 114; BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N 38.

1159.TF 1A.217/2004 du 18.10.2004, cons. 2.1; TF 1A.87/2004 du 3.6.2004, cons. 2; Zimmermann, N 529; Ludwiczak, N 641.

1160.TF 1C_731/2021 du 3.12.2021, cons. 2.1; TPF RR.2021.234 du 1.6.2022, cons. 2.2.1; TPF RR. 2019.12 du 29.5.2019, cons. 3.3; TPF 2010 47, cons. 2.1; Ludwiczak, N. 651.

1161.TF 1C_460/2019 du 17.9.2019, cons. 2.1; ATF 137 IV 134, cons. 6.2; TPF RR.2022.1 du 31.1.2022; TPF RR.2021.162 du 8.9.2021, cons. 2.1.1; TPF RR.2019.12 du 29.5.2019, cons. 3.3; Ludwiczak, N. 651.

1162.TPF RR.2022.1 du 31.1.2022; TPF RR.2021.162 du 8.9.2021, cons. 2.1.1; TPF RR.2019.135 du 24.10.2019, cons. 1.5.1.

1163.TF 1C_731/2021 du 3.12.2021, cons. 2.1; TPF 2010 47, cons. 2.1; Ludwiczak, N 650; BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N 40.

1164.TPF 2020 129, cons. 4.2.3; Ludwiczak, N. 653.

s'y déroule d'un disque dur[1165], d'un serveur[1166], d'un compte email[1167], d'un ordinateur portable ou d'une clé USB[1168].

Le recourant sera aussi légitimé à contester la transmission des documents établis à l'occasion de la perquisition, comme le rapport de perquisition ou les photos prises durant celle-ci[1169]. 59

Comme indiqué plus haut (cf. ci-dessus N 31), en cas de saisie de documents bancaires auprès d'un mandataire autre qu'une banque (fiduciaire, avocat, gestionnaire de fortune), seul ce dernier a en principe la qualité pour recourir, à l'exclusion du titulaire du compte[1170]. Cette différence de traitement par rapport à un ordre de dépôt adressé à une banque est prétendument liée au fait que la banque n'intervient pas forcément dans la gestion du compte de son client, contrairement aux autres mandataires[1171]. Cette présomption ne nous apparaît pas convaincante en tant qu'il n'est pas rare qu'une banque dispose aussi d'un mandat de gestion. Dès lors, on ne voit pas pour quelles raisons le titulaire du compte aurait la qualité pour recourir lorsque la documentation est saisie auprès de sa banque au bénéfice d'un mandat de gestion, mais non lorsqu'elle l'est chez son gestionnaire de fortune[1172] – les deux situations étant fortement similaires[1173]. A notre avis, il convient d'admettre la qualité pour recourir au titulaire du compte lorsque la documentation saisie emporte une véritable transmission de documents bancaires au sens de l'art. 9a let. a OEIMP, à l'instar de la jurisprudence en matière d'auditions portant sur des comptes bancaires (cf. ci-dessous N. 72). Un arrêt du Tribunal pénal fédéral a d'ailleurs retenu cette position dans le 60

1165. TF 1C_287/2008 du 12.1.2009, cons. 2.2.
1166. TPF RR.2016.123 du 3.3.2017, cons. 2.2.
1167. TPF RR.2016.277 du 7.2.2017, cons. 1.5.2.
1168. TPF RR.2013.160 du 6.2.2014, cons. 2.2.4.
1169. TPF RR.2021.234 du 1.6.2022, cons. 2.2.5; TPF RR.2009.281 du 7.7.2010, cons. 2.3.10; Ludwiczak, N. 656.
1170. TF 1C_86/2017 du 14.2.2017, cons. 2.3; TF 1C_639/2013 du 22.8.2013, cons. 1.3.2; TPF RR. 2020.86 du 26.5.2020, cons. 2.2; TPF RR.2019.12 du 29.5.2019, cons. 3.3; TPF RR.2016.241 du 30.1.2017; Pour une jurisprudence contraire mais antérieure: TPF RR.2012.261 du 31.1.2013, cons. 2.1; Stelzer-Więckowska, 191; Ludwiczak, N 657.
1171. TF 1A.293/2004 du 18.3.2005, cons. 2.3; TPF RR.2015.260 du 23.12.2015, cons. 1.2.1; Ludwiczak, N 657.
1172. Voir par exemple TPF RR.2016.241 du 30.1.2017.
1173. Voir aussi Ludwiczak, N. 658.

passé, considérant que l'art. 9a let. a OEIMP est une *lex specialis* par rapport à l'art. 9a let. b OEIMP[1174].

61 Sur la base du principe de la possession immédiate, la jurisprudence a nié la qualité pour recourir aux personnes suivantes:

- A la personne concernée par des documents saisis en mains tierces, quand bien même ceux-ci contiennent des informations à son sujet[1175] ou qu'ils pourraient révéler son identité[1176].
- A l'auteur de documents saisis auprès d'un tiers[1177].
- Au propriétaire de l'objet séquestré au sens du droit civil[1178]. Ainsi, le compagnon de la propriétaire d'un appartement perquisitionné où se trouvent des données électroniques lui appartenant n'est pas légitimé à recourir, et ce même s'il y séjourne quelques jours par mois depuis quinze ans[1179]. De même, la légitimité pour recourir sera niée à celui qui dépose temporairement une valise dans l'appartement de son ami, par la suite perquisitionné[1180]. L'existence d'un éventuel mandat entre le tiers qui a dû se soumettre à la mesure et le mandant ne change rien à ce principe, même si cette relation contractuelle permet à ce dernier de pouvoir accéder en tout temps aux objets visés par la mesure[1181]. De même, seul le transporteur[1182] ou l'entrepositaire[1183] est légitimé à recourir contre le séquestre de biens conservés auprès d'eux, à l'exclusion du déposant.
- A la société dite "boîte aux lettres", à savoir une société qui a son siège auprès d'un tiers auquel elle est liée par un contrat de mandat et non de

1174. TPF RR.2012.261 du 31.1.2013, cons. 2.1; En ce sens également BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N. 49.
1175. TF 1C_731/2021 du 3.12.2021, cons. 2.1; TF 1C_460/2019 du 17.9.2019, cons. 2.1; TPF RR. 2022.1 du 31.1.2022; TPF RR.2021.162 du 8.9.2021, cons. 2.1.1; Moreillon/Dupuis/Mazou, N. 80.
1176. ATF 137 IV 134, cons. 5.2.3; Zimmermann, N 532; Ludwiczak, N. 652.
1177. TPF 2020 129, cons. 4.2.3; TPF RR.2018.269 du 18.2.2019, cons. 3.5; Moreillon/Mazou, Développements récents 2022, 65; Zimmermann, N 532; Ludwiczak, N. 654.
1178. TPF RR.2022.1 du 31.1.2022; TPF 2020 129, cons. 4.2.3; TPF RR.2013.160 du 6.2.2014, cons. 2.2.2; Stelzer-Więckowska, 191; Ludwiczak, N. 652.
1179. TF 1C_731/2021 du 3.12.2021, cons. 2.1 et 2.2.
1180. TF 1C_460/2019 du 17.9.2019, cons. 2.1
1181. TPF RR.2013.160 du 6.2.2014, cons. 2.2.2 et 2.2.4.
1182. TF 1A.154/1995 du 27.9.1995; TPF 2010 47, cons. 2.1.
1183. TF 1C_287/2008 du 12.1.2009, cons. 2.2; TPF 2010 47, cons. 2.1.

bail, dans la mesure où elle ne dispose pas de la maitrise effective des locaux[1184].

- A l'unique actionnaire[1185] ou administrateur[1186] de la société perquisitionnée en ses locaux, seule cette dernière étant habilitée à recourir.
- A l'employé titulaire d'une boîte email saisie auprès de son employeur, seul ce dernier étant légitimé à recourir[1187]. Il en va de même lorsque l'employeur enregistre et conserve les appels téléphoniques de son employé, pour autant que ce dernier en ait été informé et y ait consenti dans le cadre de ses rapports de travail[1188].
- A l'utilisateur à distance de données électroniques stockées sur un serveur situé dans des locaux appartenant à une société tierce, quand bien-même il disposerait d'un accès exclusif. Selon la jurisprudence, la donnée électronique n'est pas autonome en tant que telle et n'existe que du fait de sa conservation sur un support physique. Seul ainsi celui qui dispose de la maîtrise effective sur ledit support est légitimé à recourir[1189].
- A l'entreprise qui met à disposition de ses clients des bureaux fixes comme espace de co-working. Dans cette éventualité, seul le client – considéré comme sous-locataire du bureau lui étant attribué de manière fixe – dispose de la qualité pour recourir[1190].

Si le séquestre d'objets intervient sans perquisition (par exemple lors d'une fouille ou une interpellation), le détenteur qui a la possession immédiate de la chose est légitimé à recourir sur la base de l'art. 9a let. b OEIMP[1191]. 62

Dans le cas d'une requête d'édition, la jurisprudence considère cette mesure comme équivalente à une perquisition, de sorte que la qualité pour recourir 63

1184.TPF RR.2021.79 du 18.1.2022, cons. 2.1.1; TPF 2007 136, cons. 3.3.2.
1185.TF 1C_108/2017 du 23.2.2017, cons. 2.1; TPF RR.2008.44 du 16.5.2008, cons. 1.4.
1186.TPF RR.2013.279 du 5.12.2013; TPF RR.2008.44 du 16.5.2008, cons. 1.4.
1187.TPF RR.2016.277 du 7.2.2017, cons. 1.5.2.
1188.TF 1A.303/2000 du 5.3.2001, cons. 2b) et 2c).
1189.TF 1C_423/2020 du 5.8.2020, cons. 1.2; TPF 2020 129, cons. 4.5.
1190.TPF RR.2018.224-225 du 10.10.2018, cons. 2.5.2.
1191.TPF RR.2021.35 du 2.11.2022, cons. 2.3; TPF RR.2021.79 du 18.1.2022, cons. 2.1.1; Ludwiczak, N. 655.

est conférée à la personne qui remet la documentation à l'autorité d'exécution[1192].

3. Mesures concernant un véhicule à moteur (art. 9a let. c OEIMP)

64 A teneur de l'art. 9a let. c OEIMP, en cas de mesures concernant un véhicule à moteur, notamment une voiture[1193] ou un aéronef[1194], son détenteur dispose de la qualité pour recourir.

65 La qualité de détenteur ne se confond pas avec celles de possesseur ou de propriétaire. Elle se détermine selon les circonstances de fait. Est notamment considéré comme détenteur celui qui possède effectivement et durablement le pouvoir de disposer du véhicule et qui l'utilise ou le fait utiliser à ses frais ou dans son propre intérêt[1195]. Ainsi, sera légitimé à recourir le conducteur du véhicule au moment de la perquisition, même s'il n'en est pas propriétaire[1196]. La qualité de détenteur n'est ainsi pas un statut juridique en tant que tel, mais une circonstance de fait[1197].

66 Cette définition correspond à l'art. 78 al. 1 OAC[1198].

D. Les autres cas

1. Les auditions

67 En cas de transmission d'un procès-verbal d'audition, la qualité pour recourir dépendra du statut que revêt la personne entendue dans la procédure étrangère[1199]. Celle-ci ne portera pas uniquement sur la remise du procès-verbal en tant que tel, mais aussi sur l'éventuel enregistrement audiovisuel de l'audition[1200], le rapport de police résumant l'audition[1201], ou encore les documents remis lors de celle-ci par la personne entendue en tant qu'elle est détentrice de ceux-ci[1202].

1192.TPF RR.2021.294 du 23.6.2022, cons. 1.4.2.
1193.TPF RR.2020.309 du 10.8.2021, cons. 2.2.2; TPF RR.2009.281 du 7.7.2010, cons. 2.3.9.
1194.TPF RR.2015.205 du 18.11.2015, cons. 1.5.
1195.TF 1A.229/2000 du 3.10.2000, cons. 2d/bb); Ludwiczak, N. 663.
1196.TPF RR.2009.282 du 6.7.2010, cons. 2.3.9.
1197.BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N. 43.
1198.Ludwiczak, N 663; BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N. 43.
1199.TPF 2013 84, cons. 2.2; TPF RR.2013.160 du 6.2.2014, cons. 2.2.3.
1200.TPF RR.2009.243 du 15 avril 2010, cons. 2.2.
1201.TPF RR.2011.99 du 11.8.2011, c 1.3.

a. Le prévenu

Lorsque la personne entendue l'est à titre de prévenu, cette dernière est admise à recourir contre la transmission de son procès-verbal sans restriction[1203]. 68

b. Le témoin

Lorsque la personne entendue l'est à titre de témoin, cette dernière peut s'opposer à l'utilisation de sa déposition en faveur d'une autorité pénale étrangère que si elle a révélé des informations la concernant (notamment formation, situation familiale, situation financière, activités professionnelles, relations avec les personnes impliquées, actes accomplis en faveur des prévenus[1204]) ou si elle peut invoquer un droit de refuser de témoigner en vertu du droit suisse[1205]. 69

c. La personne appelée à donner des renseignements

Lorsque la personne est entendue à titre de personne appelée à donner des renseignements dans la mesure où elle pourrait, sans être elle-même prévenue à ce stade, être potentiellement mise en prévention par la suite, celle-ci est admise à recourir contre la transmission de son procès-verbal sans restriction, à l'instar du prévenu. En revanche, si elle est entendue en tant que personne appelée à donner des renseignements pour d'autres motifs, il conviendra d'examiner si son statut s'apparente davantage à celui de prévenu potentiel ou de témoin pour juger de sa qualité pour recourir[1206]. 70

d. Le tiers

Le tiers, soit la personne qui n'est pas elle-même entendue, n'est pas légitimé à recourir, et ce même s'il est personnellement visé par les déclarations 71

1202 ATF 137 IV 134, cons. 7.6.2.

1203 TPF RR.2019.293 du 16.6.2020, cons. 1.3; TPF RR.2016.182 du 30.3.2017 cons. 1.4; TPF 2013 84, cons. 2.2; TPF RR.2013.160 du 6.2.2014, cons. 2.2.3; Moreillon/Dupuis/Mazou, N. 81; Ludwiczak, N 669; BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N. 53.

1204 TPF 2020 180, cons. 4.5.2.

1205 ATF 137 IV 134, cons. 5.2.4; ATF 126 II 258, cons. d)bb); TPF 2020 180, cons. 2.2; TPF 2013 84, cons. 2.2; TPF RR.2013.160 du 6.2.2014, cons. 2.2.3; Stelzer-Więckowska, 202; Moreillon/Dupuis/Mazou, N 80; Zimmermann, N. 526.d); Ludwiczak, N. 665; BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N. 52.

retranscrites dans le procès-verbal, y compris lorsqu'il s'agit de la personne poursuivie dans l'Etat requérant[1207].

72 Une exception à ce principe existe lorsque les déclarations retranscrites dans le procès-verbal peuvent être assimilées à une transmission de documents bancaires dans le cadre duquel le titulaire aurait d'ordinaire eu la qualité pour recourir en vertu de l'art. 9a let. a OEIMP[1208]. Celui-ci pourra alors recourir contre la remise dudit procès-verbal alors même qu'il n'est pas l'auteur des déclarations qui y sont retranscrites. En revanche, si le procès-verbal ne contient pas d'indication sur les comptes en cause ou seulement des informations figurant déjà dans la demande d'entraide, le tiers en question, titulaire du compte, n'a pas qualité pour recourir[1209].

e. La personne morale

73 Des difficultés peuvent survenir lorsqu'il doit être jugé de la qualité pour recourir d'une personne morale à l'encontre de la remise du procès-verbal d'audition d'un de ses organes ou employés. En principe, seule la personne entendue est légitimée à recourir contre la remise de son procès-verbal, raison pour laquelle la société concernée n'est pas habilitée à intervenir, et ce même si son administrateur ou employé fait des déclarations sur ses affaires commerciales ou son organisation[1210]. Toutefois, lorsque la personne morale est elle-même prévenue à l'étranger et que son organe est auditionné en tant que tel sur les faits la concernant, il convient, à notre avis de retenir qu'elle a formellement elle-même été interrogée, de sorte que la qualité pour recourir doit lui être reconnue au même titre qu'une personne physique. Un arrêt du Tribunal pénal fédéral, quoique isolé, est déjà allé dans ce sens[1211].

1206 Pour l'arrêt de principe à ce sujet: TPF 2013 84, cons. 2.2; TPF RR.2022.30 du 18.5.2022, cons. 2.1.2; Stelzer-Więckowska, 203; Ludwiczak, N. 670.

1207 TPF RR.2021.162 du 8.9.2021, cons. 2.1.2; Zimmermann, N. 530.

1208 Pour l'arrêt de principe à ce sujet: ATF 124 II 180, cons. 2.b) et 2.c); TPF RR.2021.162 du 8.9.2021, cons. 2.1.2; TPF RR.2015.173 du 2.10.2015, cons. 1.4.1; Stelzer-Więckowska, 202; Ludwiczak, N 665; Pour une critique sur cette exception: Zimmermann, N. 528.

1209 ATF 124 II 180, cons. 2.c).

1210 ATF 137 IV 134, cons. 5.2.4 et 7.3; TPF 2020 180, cons. 2.2; TPF RR.2015.318 du 1.6.2016, cons. 2.4; TPF RR.2013.160 du 6.2.2014, cons. 2.2.4; Stelzer-Więckowska, 189; Ludwiczak, N 665; BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N. 54.

1211 TPF RR.2015.318 du 1.6.2016, cons. 2.4; Stelzer-Więckowska, 189; Moreillon/Mazou, Développements récents 2022, 64; Zimmermann, N. 526.e).

2. La remise de pièces d'une procédure suisse

Il arrive que les renseignements sollicités par l'Etat requérant aient déjà été obtenus par l'Etat requis dans le cadre d'une propre procédure pénale nationale. Ce dernier n'a ainsi qu'à verser ces pièces dans la procédure d'entraide pour exécuter la commission rogatoire. 74

Dans cette éventualité, la jurisprudence estime en principe que le justiciable n'est touché qu'indirectement par la mesure d'entraide et ne dispose ainsi pas de la qualité pour recourir[1212]. 75

Cette approche conduit toutefois à la solution inadmissible qu'aucune personne n'est habilitée à contester l'entraide. Pour cette raison, ce principe a été tempéré par la jurisprudence. 76

L'une des exceptions consacrées par la jurisprudence est réalisée lorsque l'autorité d'exécution envisage de transmettre de la documentation bancaire ou des procès-verbaux contenant des informations sur des comptes bancaires. Dans ces deux hypothèses, le titulaire des comptes concernés, même s'il n'a pas été entendu, sera légitimé à recourir dans la mesure où la transmission de ces preuves emporte transmission d'informations bancaires au sens de l'art. 9a let. a OEIMP[1213]. Seront en premier lieu concernés les documents obtenus auprès d'une banque, mais aussi les communications MROS[1214], ou les rapports d'analyse de la documentation bancaire établis par l'autorité de poursuite[1215]. 77

Une autre exception est réalisée lorsque le recourant a été entendu dans une procédure suisse distincte mais que les faits sur lesquels il est interrogé sont en rapport étroit avec la demande d'entraide. Ce "lien étroit" permet d'admettre la qualité pour recourir de cette personne, quand bien même la mesure de contrainte a été ordonnée uniquement dans le cadre de la procédure pénale interne[1216]. La jurisprudence admettait en particulier l'existence d'un rapport étroit entre la procédure interne et la procédure 78

1212.TPF RR.2021.41 du 14.9.2021, cons. 1.4.3; TPF 2020 180, cons. 4.4.3; TPF 2007 79, cons. 1.6.3; Moreillon/Dupuis/Mazou, N. 80; Ludwiczak, N 674; Kuster/Mauro, 48-49.

1213.TPF RR.2022.22 du 30.3.2022, cons. 1.6.3; TPF RR.2021.41 du 14.9.2021, cons. 1.4.4; TPF RR. 2020.284 du 11.2.2021, cons. 1.4; TPF RR.2013.363 du 11.3.2014, cons. 1.4; TPF 2007 79, cons. 1.6.1 et 1.6.3; Moreillon/Dupuis/Mazou, N. 80; Ludwiczak, N 646 et 675.

1214.TPF RR.2015.271 du 25.11.2015, cons. 1.4.3.3.

1215.TPF RR.2014.103 du 9.10.2014, cons. 1.5.5; Ludwiczak, N. 677.

d'entraide lorsque la première est déclenchée à la suite de l'exploitation de renseignements tirés de la commission rogatoire[1217]. Dans cette logique, les tribunaux attachaient une importance décisive au critère temporel, niant la qualité pour recourir à l'intéressé lorsque la collecte des preuves dans la procédure interne était intervenue avant la demande d'entraide[1218]. Ce critère a toutefois été récemment abandonné[1219]. La notion de lien étroit repose aujourd'hui uniquement sur la similarité des faits poursuivis en Suisse et dans l'Etat requérant[1220].

79 Cela étant, pour que la qualité pour recourir soit admise en cas de transmission de procès-verbaux, il faut que le témoin, le prévenu ou la personne appelée à donner des renseignements se soient en sus exprimés sur leur propre situation (personnelle, familiale, financière et professionnelle)[1221]. Dans une telle situation, bien que les procès-verbaux soient déjà en mains de l'autorité d'exécution et n'impliquent pas, pour l'exécution de la demande d'entraide, de mesures de contrainte, le recourant pourra s'opposer à leur transmission comme pourrait le faire la personne interrogée dans le cadre de la procédure d'entraide[1222] conformément aux développements exposés ci-avant (cf. ci-dessus N. 67 ss).

80 Si la notion de "lien étroit" a été principalement développée dans le cadre de la remise de procès-verbaux d'auditions, elle s'applique également à la transmission d'autres preuves initialement administrées dans une procédure pénale interne.

81 Ainsi, le propriétaire ou le locataire au sens de l'art. 9a let. b OEIMP aura la qualité pour recourir contre la remise de la documentation saisie lors d'une perquisition de ses locaux, même si celle-ci est intervenue dans une procédure pénale nationale[1223]. Celui-ci sera aussi habilité à contester la remise de documents établis par l'autorité de poursuite liés à la perquisition,

1216.TPF RR.2021.41 du 14.9.2021, cons. 1.4.4; TPF 2020 180, cons. 2 et 4; TPF RR.2013.363 du 11.3.2014, cons. 1.4; Ludwiczak, N. 676; Kuster/Mauro, 49.

1217.TPF RR.2017.78 du 7.9.2017, cons. 1.4.2; TPF 2016 129, cons. 1. 5.2.

1218.Pour l'arrêt de principe, TPF 2007 79, cons. 1.6.4; Voir aussi TPF RR.2017.78 du 7.9.2017, cons. 1.4.3; TPF RR.2009.281 du 7.7.2010, cons. 2.3.1; Ludwiczak, N. 676.

1219.TPF 2020 180, cons. 4.6.1 et 4.8.3.

1220.TPF 2020 180, cons. 2.5 et 4.2.2; voir aussi TPF RR.2019.4 du 30.9.2019, cons. 2.2.

1221.TPF RR.2021.41 du 14.9.2021, cons. 1.4.4; TPF 2020 180, cons. 4.8.3.

1222.TPF RR.2021.41 du 14.9.2021, cons. 1.4.4; TPF 2020 180, cons. 2 et 4; TPF RR.2013.363 du 11.3.2014, cons. 1.4; Moreillon/Dupuis/Mazou, N. 80.

comme des comptes-rendus des pièces saisies ou des photos prises à l'occasion de la mesure[1224].

Il en va de même pour celui dont les conversations téléphoniques ont été surveillées dans le cadre d'une procédure pénale interne. Il aura ainsi la qualité pour recourir contre la remise du rapport retranscrivant ses conversations versé dans le dossier de l'entraide[1225]. 82

3. Les documents détenus auprès d'autres autorités

Il arrive que le prévenu ait déjà été condamné pour d'autres faits par les autorités helvétiques. Dans ce cadre, il ne dispose pas de la qualité pour recourir contre la remise du jugement le concernant en faveur de l'état requérant en tant qu'il n'est qu'indirectement touché par cette mesure (pour autant que le document n'ait pas été saisi en ses mains[1226], auquel cas l'art. 9a let. b OEIMP serait applicable). 83

Les éléments personnels figurant dans le jugement à transmettre, l'intérêt tactique à ce que l'Etat étranger n'ait pas connaissance du jugement ou encore le fait que la condamnation remonte à plusieurs années de sorte qu'elle n'apparait plus dans les extraits du casier judiciaire de l'intéressé ne suffisent pas à reconnaître à ce dernier la qualité pour recourir[1227]. 84

Il en va de même lorsque des documents sont édités auprès d'autorités, comme l'administration fiscale, le registre du commerce, l'office des poursuites et faillites ou le registre foncier[1228]. 85

S'agissant de documents édités auprès de la FINMA, l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral (rendue à l'époque de la Commission fédérale des banques) a admis la qualité pour recourir de la banque concernée en tant qu'elle était directement touchée dans ses affaires internes[1229]. 86

1223 TPF RR.2021.41 du 14.9.2021, cons. 1.4.6; TPF 2020 129, cons. 4.3 et 4.5; TPF RR.2015.284 du 9.3.2016, cons. 1.3.2; TPF RR.2014.106 du 3.11.2014, cons. 1.5.3; TPF RR.2014.103 du 9.10.2014, cons. 1.5.3 et 1.5.4; TPF RR.2009.281 du 7.7.2010, cons. 2.3.7 et 2.3.8; Zimmermann, 526.c); Ludwiczak, N. 678; Kuster/Mauro, 49.

1224 TPF RR.2014.103 du 9.10.2014, cons. 1.5.5.

1225 TPF RR.2011.178 du 30.1.2012, cons. 3.6; Kuster/Mauro, 50.

1226 TF 1C_701/2020 du 29.1.2021, cons. 3.4.

1227 TF 1C_701/2020 du 29.1.2021, cons. 3.5.

1228 TPF RR.2021.79 du 18.1.2022, cons. 2.3; TPF RR.2018.269 du 18.2.2019, cons. 3.5.

87 A notre sens, cette qualité devrait être admise de nos jours également. La position contraire conduirait à la situation inadmissible que personne, même théoriquement, n'aurait la possibilité de s'opposer à l'entraide, alors que la jurisprudence s'efforce justement à garantir systématiquement une voie de droit effective[1230]. Ceci est d'autant plus important dans cette constellation que les dossiers de la FINMA comportent des informations particulièrement confidentielles sur le fonctionnement interne de l'intermédiaire financier concerné, obtenues en règle générale sur menace de sanctions en cas de non coopération. En tout état, il y a lieu, à notre avis, de conférer la qualité pour recourir à l'intermédiaire financier lorsque la procédure conduite par la FINMA porte sur le même complexe de faits que celui faisant l'objet de la procédure d'entraide, à l'instar de la jurisprudence rendue en lien avec la transmission de preuves administrées en amont dans une procédure pénale interne (cf. ci-dessus N 77).

4. Les personnes qui ont fait l'objet de mesures de surveillance secrètes

88 Il arrive que l'exécution d'une commission rogatoire implique la mise en place de mesures de surveillance secrètes.

89 En matière d'interception de télécommunications, seules les personnes dont les correspondances ont fait l'objet de surveillance à leur insu et dont la transcription de leur contenu est transmise à l'Etat requérant sont légitimées à recourir[1231]. La qualité pour recourir peut ainsi être conférée tant au titulaire du raccordement téléphonique (par exemple une personne morale) qu'à l'utilisateur effectif de celui-ci (par exemple un employé)[1232]. Cette règle vaut tout autant en cas de surveillance de correspondances échangées par email[1233]. En tout état, le recourant ne sera habilité à recourir qu'à l'encontre de la retranscription de ses propres communications et non celles de tiers[1234].

1229 TF 1A.110/2002 du 26.11.2002, cons. 1.2; Moreillon/Mazou, Développements récents 2022, 63.

1230 ATF 137 IV 134, cons. 6.4.

1231 TPF RR.2017.78 du 7.9.2017, cons. 1.4.4; TPF RR.2008.277 du 1.3.2010, cons. 1.7.2; Ludwiczak, N. 672; BSK IRSG-Bussmann, art. 80*h* N. 55.

1232 TPF RR.2015.142 du 30.10.2015, cons. 5.3.4; TPF RR.2009.281 du 7.7.2010, cons. 2.3.4; TPF RR.2008.44 du 16.5.2008, cons. 1.4.1.

1233 TPF RR.2016.277 du 7.2.2017, cons. 1.5.2.

En revanche, n'aura pas la qualité pour recourir celui qui utilise un raccordement téléphonique enregistré sous un faux nom (sauf s'il est en mesure d'en expliquer les raisons)[1235] ou qui utilise abusivement le raccordement d'un tiers afin de dissimuler son identité[1236]. 90

En matière d'agents infiltrés, la qualité pour recourir est conférée à celui qui a été directement exposé auxdits agents, et ce même si le rapport de surveillance ne le mentionne que de manière marginale[1237]. 91

IV. CONCLUSIONS

Si la qualité pour recourir est formellement régie par l'art. 80*h* EIMP, sa portée a été largement façonnée par l'art. 9a OEIMP et la jurisprudence. Cette dernière en particulier a aménagé année après année des solutions sur-mesure afin d'assurer une voie de recours effective au justiciable. 92

Les deux conditions prévues par la disposition topique, à savoir (i) être personnellement et directement touché par une mesure d'entraide, et (ii) avoir un intérêt digne de protection à ce que cette mesure soit annulée ou modifiée, perdent ainsi parfois leur sens, avec pour résultat qu'il s'agit d'un domaine du droit difficile à appréhender. 93

Les développements exposés dans la présente contribution visent à clarifier cette matière. Nul doute toutefois que la jurisprudence, toujours plus abondante et évolutive, apportera de nouvelles précisions dans ce domaine. 94

Clara Poglia et Michaël Jakubowski sont respectivement avocate associée et avocat collaborateur senior au sein de l'Etude Schellenberg Wittmer SA. Les termes désignant des personnes dans la présente contribution s'appliquent tant aux femmes qu'aux hommes.

1234 TPF RR.2009.281 du 7.7.2010, cons. 2.3.5; TPF RR.2008.277 du 1.3.2010, cons. 1.7.4; Ludwiczak, N 672.

1235 TPF 2015 141, cons. 4.2; Ludwiczak, N 673.

1236 TPF RR.2015.149 du 23.11.2015, cons. 6.3.4.

1237 TPF RR.2021.234 du 1.6.2022, cons.2.2.4, lequel a accordé la qualité pour recourir à l'épouse de la personne poursuivie qui avait accueilli les agents infiltrés dans l'appartement qu'elle occupait avec celui-ci.

BIBLIOGRAPHIE

Cappa Rosa Maria, Averi societari sotto sequestro: res nullius?, forumpoenale 1/2018, p. 43 ss.

Dangubic Miro, Parteistellung und Parteirechte bei der rechtshilfeweisen Herausgabe von Kontoinformationen, forumpoenale 2/2018, p. 112 ss.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, Zurich 2015.

Kuster Zürcher Susanne/Mauro Raphael, Aktuelle Herausforderungen der Beweisrechtshilfe, in Breitenmoser Stephan/Ehrenzeller Bernhard (édit.), Internationale Amts- und Rechtshilfe in Steuer- und Finazmarktsachen, Bâle 2017, p. 43 ss.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Bâle 2018.

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, Qualité pour recourir de certaines entités particulières en entraide pénale internationale : hoirie, société dissoute et liquidée et trust, PJA 2022 p. 146 ss.

Moreillon Laurent/Mazou Miriam, Entraide judiciaire pénale et implication de l'entreprise, in Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Lombardini Carlo/Garbarski Andrew (édit.), Développements récents en droit pénal de l'entreprise III, Berne 2022, p. 53 ss (cité: Moreillon/Mazou, Développements récents 2022).

Moreillon Laurent/Mazou Miriam, La banque créancière face au séquestre et à la confiscation, in Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Lombardini Carlo/Garbarski Andrew (édit.), Développements récents en droit pénal de l'entreprise II, Berne 2021, p. 75 ss (cité: Moreillon/Mazou, Développements récents 2021).

Moreillon Laurent/Dupuis Michel/Mazou Miriam, La pratique judiciaire du Tribunal pénal fédéral en 2018, JdT 2019 IV p. 39 ss.

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche der betroffenen Person, Zurich 2022.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne 2019

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 80c EIMP

Un commentaire de Krisztina Balogh / Dominik Reichle

PROPOSITION DE CITATION

Krisztina Balogh/Dominik Reichle, Commentaire de l'art. 80c EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Balogh/Reichle, art. 80c EIMP N. XXX.

Art. 80*c* Exécution simplifiée

[1] Les ayants droit, notamment les détenteurs de documents, de renseignements ou de valeurs peuvent en accepter la remise jusqu'à la clôture de la procédure. Leur consentement est irrévocable.

[2] Si tous les ayants droit donnent leur consentement, l'autorité compétente constate l'accord par écrit et clôt la procédure.

[3] Si la remise ne concerne qu'une partie des documents, renseignements ou valeurs requis, la procédure ordinaire se poursuit pour le surplus.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 477
II. Genèse et objectif 477
III. Interprétation de l'art. 80c EIMP 478
A. Alinéa 1 : Étendue de l'autorisation et du consentement 478
1. Personnes autorisées 478
2. Étendue des droits des parties 479
3. Forme et moment du consentement 479
B. Alinéa 2 : procédure en cas de consentement unanime (clôture de la procédure) 480
C. Alinéa 3 : consentement partiel 481
Bibliographie 482
Matériaux 483

I. GÉNÉRALITÉS

L'art. 80c EIMP s'applique lorsqu'une personne habilitée consent expressément à une entraide judiciaire avec un État requérant. À cet égard, cette disposition du droit de l'entraide judiciaire est parfois considérée comme le pendant de l'extradition simplifiée prévue à l'art. 54 EIMP, qui vise à mener à bien une procédure d'entraide judiciaire de manière consensuelle et efficace. Des dispositions presque identiques relatives à l'« exécution simplifiée » figurent également dans les accords d'entraide judiciaire avec l'Italie (art. XX EUeR CH-I) et les États-Unis (art. 12a BG-RVUS). 1

Comme aucune formalité particulière n'est prévue et qu'aucun recours n'est possible, la procédure est beaucoup plus rapide que dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire ordinaire. Cette disposition sert donc à **simplifier et à accélérer la procédure**, conformément au principe d'accélération inscrit à l'art. 17a EIMP. 2

II. GENÈSE ET OBJECTIF

L'art. 80c EIMP a été introduit dans la loi dans le cadre de la révision de la loi sur l'entraide judiciaire du 4 octobre 1996 (en vigueur depuis le 1er février 1997) et son libellé est resté inchangé depuis lors. Cette révision s'inscrivait dans la volonté politique d'accélérer et de simplifier la procédure d'entraide judiciaire, car les recours répétés contre les décisions incidentes avaient auparavant entraîné des retards considérables. En particulier, la pratique consistant à former des recours à chaque étape de la procédure avait parfois permis d'attendre l'expiration du délai de prescription des infractions poursuivies à l'étranger. 3

Depuis cette révision, il est possible, sous certaines conditions, de transmettre les objets de l'entraide judiciaire dès le cours de la procédure. Si une procédure d'entraide judiciaire porte sur différents objets d'entraide, par exemple plusieurs procès-verbaux d'audition ou divers dossiers, la **procédure peut être scindée**. Pour les parties pour lesquelles les ayants droit ont donné leur accord explicite et irrévocable, une exécution simplifiée est possible en vertu de l'art. 80c EIMP. En ce qui concerne les objets restants, encore litigieux, la procédure se poursuit dans le cadre ordinaire et se termine par des décisions (partielles) définitives conformément à l'art. 80d EIMP (cf. art. 4

80c, al. 3). La transmission d'objets d'entraide judiciaire individuels ne nécessite donc plus obligatoirement la clôture de l'ensemble de la procédure d'entraide judiciaire.

5 L'**utilité de l'exécution simplifiée** est évidente : la procédure d'entraide judiciaire peut être considérablement accélérée, car les étapes longues et coûteuses (motivation d'une décision finale, procédure de recours) sont supprimées. Une analyse de l'Office fédéral de la justice réalisée en 2020 montre que, dans le cas des infractions économiques en particulier, la durée moyenne des procédures est réduite d'environ quatre mois grâce à l'exécution simplifiée.

III. INTERPRÉTATION DE L'ART. 80C EIMP

A. Alinéa 1 : Étendue de l'autorisation et du consentement

1. Personnes autorisées

6 Sont considérées comme **personnes autorisées** au sens de l'EIMP les personnes qui ont la qualité de partie dans la procédure d'entraide judiciaire. Ni l'EIMP ni l'ordonnance sur l'entraide judiciaire (OEJ) ne définissent expressément qui est partie ; la jurisprudence du Tribunal fédéral est donc déterminante, selon laquelle est partie toute personne qui est personnellement et directement concernée par une mesure d'entraide judiciaire et qui a un intérêt digne de protection à ce que celle-ci soit levée ou modifiée. La qualité de partie est donc déterminée par la légitimation à recourir au sens de l'art. 80*h* let. b EIMP.

7 Le facteur décisif est le lien entre la personne et la preuve ou la valeur patrimoniale concernée. Ainsi, dans la procédure d'entraide judiciaire, la personne légitimée à recourir est en règle générale celle contre laquelle la mesure de contrainte est dirigée ou chez laquelle elle a été exécutée. Par exemple, en cas de remise de documents bancaires, c'est le titulaire du compte (et non la banque elle-même) qui est habilité à former recours. Pour une description plus détaillée des personnes habilitées et de la qualité de partie, nous renvoyons au commentaire de Dangubic Miro et Stelzer-Wieckowska Marta sur l'art. 80b ci-dessus.

2. Étendue des droits des parties

Les personnes habilitées disposent de **droits de partie** étendus dans la procédure d'entraide judiciaire, en particulier le droit d'être entendues, de consulter le dossier et de recevoir notification des décisions (cf. par exemple art. 80b EIMP). 8

Dans la procédure d'entraide judiciaire, ils peuvent soit soulever des objections (à la suite de quoi l'autorité rend une décision finale susceptible de recours conformément à l'art. 80d EIMP), soit consentir à la remise (art. 80c EIMP). Les droits des parties sont inscrits à l'art. 80b EIMP, qui a été introduit lors de la même révision en 1997. Selon cette disposition, l'autorité d'exécution doit informer les ayants droit au plus tard avant la clôture de la procédure d'entraide judiciaire et leur communiquer le dossier afin qu'ils puissent prendre position de manière appropriée. 9

Selon l'avis défendu ici, le consentement à une exécution simplifiée ne s'accompagne pas d'une renonciation totale des ayants droit à leur **droit d'être entendus**, d'autant plus que les droits des parties peuvent en principe être exercés jusqu'à la clôture définitive de la procédure. Il est par exemple possible que la personne concernée, lors d'une audition, donne son accord à la transmission du procès-verbal d'audition à l'autorité étrangère et demande et obtienne en même temps l'accès au dossier de la procédure. 10

À quoi peut se rapporter le consentement ? Conformément à l'art. 80c, al. 1, EIMP, les ayants droit peuvent «*jusqu'à la fin de la procédure, consentir à la remise de ceux-ci*», «*ceux-ci*» désignant «*les documents, les renseignements ou les valeurs patrimoniales*». Il s'agit là des **objets d'entraide judiciaire** classiques qui sont transmis dans le cadre de la petite entraide judiciaire. Cela concerne en premier lieu les moyens de preuve potentiels qui ont été recueillis au moyen de mesures d'enquête ou de contrainte. Outre les supports de données édités ou saisis et les documents écrits, on entend généralement par «*informations*» la transmission de procès-verbaux d'audition. 11

3. Forme et moment du consentement

L'article 80c, alinéa 1, ne prescrit aucune forme particulière – il stipule seulement que les ayants droit «*peuvent donner leur consentement*». Le consentement peut donc être donné oralement ou par écrit. Toutefois, pour 12

des raisons de sécurité juridique et de conservation des preuves, la **forme écrite** est fortement recommandée. Le juge d'entraide doit ainsi constater formellement la clôture anticipée de la procédure d'entraide judiciaire – sans qu'il soit nécessaire de motiver cette clôture, mais en consignant le consentement des parties concernées.

13 En outre, il convient d'expliquer, en particulier aux personnes non représentées par un avocat, le texte de l'art. 80c EIMP et le fait que la déclaration correspondante est irrévocable et qu'elle s'accompagne donc d'une **renonciation aux voies de recours**.

14 Le consentement peut être donné «*jusqu'à la clôture de la procédure*». Il en résulte qu'il peut en principe être donné **à tout moment** jusqu'à la clôture de la procédure d'entraide judiciaire concrète en Suisse à l'attention de l'autorité d'exécution suisse compétente. Cette clôture intervient soit par une décision finale conformément à l'art. 80d EIMP, soit, en cas de consentement, par une décision finale informelle conformément à l'art. 80c, al. 2, EIMP, suivie d'une transmission à l'étranger.

15 Pour que le consentement **soit valable**, il faut en outre que les objets de l'entraide judiciaire concernés soient désignés de manière concrète. Un consentement global ou préventif – par exemple au début de la procédure – est donc exclu. L'absence d'aperçu détaillé de l'étendue et du contenu des documents saisis au moment de la déclaration de consentement n'affecte pas son efficacité, pour autant que les documents concernés soient suffisamment identifiables. Enfin, lorsque toutes les personnes concernées ont donné leur consentement, les pièces du dossier peuvent être transmises immédiatement.

B. Alinéa 2 : procédure en cas de consentement unanime (clôture de la procédure)

16 L'alinéa 2 de l'article 16 régit la procédure lorsque toutes les personnes habilitées ont donné leur consentement. Dans ce cas, « *l'autorité compétente consigne le consentement par écrit et clôt la procédure* ». Le législateur exige donc un acte formel de clôture de la procédure, mais sans examen du fond des conditions requises pour l'entraide judiciaire. Dans la pratique, l'autorité établit une confirmation signée attestant que tous les consentements nécessaires ont été obtenus. Dans cette **décision de transmission**, elle désigne en outre les documents à remettre et déclare la procédure close. Le

principe de spécialité prévu à l'art. 67 EIMP s'applique ici comme dans la procédure d'entraide judiciaire ordinaire et est porté à la connaissance de l'autorité requérante ou de l'Office fédéral de la justice par l'autorité d'exécution.

La décision de transmission n'est susceptible d'**aucun recours**, faute de grief. Cela permet, dans un souci de sécurité juridique, d'éviter que la transmission de preuves, de renseignements ou de valeurs patrimoniales à l'autorité étrangère puisse être remise en cause a posteriori. 17

La voie de recours est toutefois ouverte si la validité du consentement est contestée par analogie avec les art. 23 ss CO pour cause de **vices de consentement** et que l'erreur n'était pas imputable à la personne concernée. Il convient alors d'examiner toutes les circonstances du cas et, en particulier, si l'autorité d'exécution a provoqué l'erreur ou a violé de toute autre manière les règles de la bonne foi. Conformément à un arrêt pertinent du Tribunal fédéral, ce n'est pas le cas lorsque l'autorité demande à la personne concernée à la fois de confirmer la réception de certains documents et de donner son consentement à l'exécution simplifiée. Dans ce cas, l'autorité d'exécution pouvait partir du principe que la confirmation par signature de la personne concernée valait consentement à l'exécution simplifiée. 18

C. Alinéa 3 : consentement partiel

L'alinéa 3 tient compte de la possibilité que le consentement ne soit pas obtenu pour l'ensemble de la demande d'entraide judiciaire. Il régit ainsi le cas du **consentement partiel** ou du fractionnement de la procédure. Concrètement, cela signifie que l'autorité peut fractionner la procédure d'entraide judiciaire. Pour les parties auxquelles les personnes habilitées ont donné leur consentement, la procédure est simplifiée (remise immédiate des documents concernés, conformément à l'al. 2). Pour les autres parties de la demande qui n'ont pas obtenu le consentement, l'autorité poursuit la procédure ordinaire et rend finalement une décision finale motivée conformément à l'art. 80d EIMP. 19

Dans la **pratique**, cette disposition revêt une grande importance. Il n'est pas rare que les ayants droit ne donnent leur accord dans un premier temps que pour une partie des moyens de preuve recueillis, afin de consulter au préalable leurs représentants légaux ou d'autres instances pour le reste. Pour 20

les autorités, cela signifie un surcroît de travail en raison des procédures parallèles, mais cela permet également la transmission rapide des moyens de preuve non contestés. Cette procédure comporte théoriquement le risque de décisions contradictoires : cela pourrait se produire si l'intéressé n'accepte la transmission simplifiée que pour une partie des moyens de preuve recueillis, fait recours contre la décision finale concernant les moyens de preuve restants et que la chambre de recours considère que les conditions pour l'octroi de l'entraide judiciaire ne sont pas remplies. Étant donné que les recours en matière d'entraide judiciaire sont statistiquement rarement couronnés de succès et que la plupart des décisions favorables n'ont pas d'effet matériel, ce risque est faible et doit être pris en compte par l'autorité d'exécution.

Remarques :

L'opinion juridique des deux auteurs est indépendante de celle de leur employeur. Les termes se référant à des personnes s'appliquent de la même manière aux femmes et aux hommes.

BIBLIOGRAPHIE

Bussmann Adrian, Kommentierung zu Art. 80h IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Dangubic Miro/Stelzer-Wieckowska Marta, Kommentierung zu Art. 80b IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 25.2.2025: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg80b, besucht am 17.7.2025.

Dangubic Miro/Werndli Patricia, Rechtshilfeweise Herausgabe von Einvernahmeprotokollen aus inländischen Verfahren – unter besonderer Berücksichtigung von TPF 2020 180, forumpoenale 3 (2023), S. 212–216.

Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander, Kommentierung zu Art. 80c IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basel 2018.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 80c IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Laurent Moreillon (Hrsg.), Petit Commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Remund Cédric/Thormann Olivier, Rechtshilfe in Strafsachen in: Bazzani Claudio/Ferrari-Visca Reto, Nadelhofer Simone (Hrsg.), Interne Untersuchungen, Eine umfassende Darstellung der rechtlichen und praktischen Aspekte, inklusive Amts- und Rechtshilfe und Kooperation mit Behörden, Zürich 2022.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich 2022.

MATÉRIAUX

Botschaft betreffend die Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 29.3.1995, BBl 1995 III 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/3_1_1_1/de, besucht am 28.7.2025.

Bundesamt für Justiz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 9. Aufl. 2009, abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/strafrecht/wegleitungen.html, besucht am 28.7.2025.

Eidgenössische Finanzkontrolle, Evaluation der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, EFK-18293, 22. Juni 2020, abrufbar unter https://www.efk.admin.ch/wp-content/uploads/publikationen/berichte/sicherheit_und_umwelt/justiz_und_polizei/18293/18293be-endgueltige-fassung-v04-d.pdf, besucht am 28.7.2025.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 80d EIMP

Un commentaire de Krisztina Balogh / Dominik Reichle

PROPOSITION DE CITATION

Krisztina Balogh/Dominik Reichle, Commentaire de l'art. 80d EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Balogh/Reichle, art. 80d EIMP N. XXX.

Art. 80*d* Clôture de la procédure d'exécution

Lorsque l'autorité d'exécution estime avoir traité la demande en totalité ou en partie, elle rend une décision motivée sur l'octroi et l'étendue de l'entraide.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 487
II. Procédure pour rendre la décision finale 487
III. Structure et contenu de la décision finale 489
IV. Protection juridique et exécution 490
V. Frais 491
Bibliographie 491
Materialienverzeichnis 493

I. GÉNÉRALITÉS

L'art. 80d EIMP oblige l'autorité d'exécution à régler une demande d'entraide judiciaire, après son exécution complète ou partielle, par une **décision finale** formelle. Depuis la révision de la loi sur l'entraide judiciaire du 4 octobre 1996 (en vigueur depuis le 1er février 1997), cette décision finale constitue la pierre angulaire de la procédure : elle forme la décision définitive par laquelle l'autorité statue sur la recevabilité et l'étendue de l'entraide judiciaire. 1

Avant qu'une décision finale ne soit rendue, **aucune information ou preuve** ne peut en principe être transmise à l'État requérant. Des exceptions s'appliquent notamment en cas de transmission spontanée au sens de l'art. 67a EIMP, de transmission de données de trafic électroniques au sens de l'art. 18b EIMP, de transmission anticipée au sens de l'art. 80d^{bis} EIMP et de transmission simplifiée au sens de l'art. 80c EIMP. 2

La décision finale est rendue, selon la **compétence d'exécution**, soit par l'autorité chargée de l'exécution (par exemple un ministère public cantonal ou le Ministère public de la Confédération, cf. art. 78 s. EIMP) ou, plus rarement, par l'Office fédéral de la justice (OFJ), dans la mesure où celui-ci statue lui-même sur l'octroi et l'étendue de l'entraide judiciaire (cf. art. 79a EIMP ; art. 28 ss LL-EIMP). 3

La procédure d'entraide judiciaire est finalement close par une décision finale dans les cas où aucun autre type de règlement n'est indiqué, à savoir le refus (art. 78, al. 2, EIMP), la non-entrée en matière (art. 80, al. 2, EIMP) ou le règlement informel dans le cadre d'une procédure simplifiée (art. 80c EIMP). À cet égard, la clôture par décision finale est également considérée comme **subsidiaire** dans la doctrine. 4

II. PROCÉDURE POUR RENDRE LA DÉCISION FINALE

La décision finale suppose que l'autorité d'exécution considère la demande étrangère comme «*exécutée*». C'est le cas lorsque toutes les mesures d'entraide judiciaire admissibles ont été exécutées et que les résultats sont prêts à être transmis, c'est-à-dire lorsqu'une décision formelle ou matérielle peut être prise sur les demandes formulées dans la requête. En conséquence, la clôture 5

(partielle) de la procédure d'entraide judiciaire par une décision finale est en principe également une condition préalable à la transmission à l'étranger.

6 Dans de nombreux cas, l'entraide judiciaire est entièrement exécutée ; mais la loi prévoit expressément qu'une décision finale peut également constituer la **clôture d'une partie** de la demande. L'autorité peut donc, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, clôturer une affaire d'entraide judiciaire en plusieurs étapes, pour autant que des raisons objectives le justifient (par exemple lorsque certains documents sont déjà disponibles, mais que d'autres ne le sont pas encore). Pour les éléments de la demande encore en suspens, des décisions (finales) distinctes doivent être rendues ultérieurement, dès que leur exécution est possible et que les conditions requises sont remplies.

7 Dans la mesure où une décision d'entraide judiciaire ne nécessite pas de décision intermédiaire préalable, les décisions d'entrée en matière, les décisions intermédiaires et les décisions finales peuvent être **combinées entre elles**. Cette approche concentrée vise à accélérer la procédure. Une ordonnance directe de décision d'entrée en matière et de décision finale est possible et judicieuse partout où la décision finale n'est pas précédée d'actes de procédure distincts pour lesquels le droit d'être entendu doit être garanti. Cela peut être le cas, par exemple, lors de la consultation de dossiers existants, de la notification d'actes judiciaires ou de la remise d'extraits du casier judiciaire.

8 Une fois l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire terminée, c'est-à-dire lorsque l'autorité d'exécution considère que la demande a été exécutée en tout ou en partie, les personnes habilitées doivent avoir la possibilité, en application de l'art. 30, al. 1, PA, d'exercer leur **droit d'être entendues**. À cette fin, une communication relative à la décision finale imminente est émise. Ce droit de s'exprimer au préalable concerne exclusivement la décision finale (et non la décision d'entrée en matière ou la décision incidente) et est considéré comme respecté si la partie concernée est expressément informée des moyens de preuve prévus pour la remise avant que la décision ne soit rendue et si un délai adéquat lui est accordé pour prendre position. S'il s'agit de la production de documents bancaires, la banque a le droit d'informer ses clients de la demande d'entraide judiciaire après la levée d'une éventuelle interdiction de communication (art. 80n, al. 1, EIMP).

Dans ce cas, et en particulier si le client a son domicile (ou sa résidence) à l'étranger, l'autorité d'exécution doit attendre un délai raisonnable entre la levée de l'interdiction de communication et la décision finale afin que le client de la banque puisse prendre connaissance de la procédure et, le cas échéant, y participer ou désigner un domicile de notification en Suisse.

L'autorité d'exécution doit en principe mener la procédure d'entraide judiciaire avec diligence, en application du **principe de célérité** prévu à l'art. 17a EIMP. À cet égard, le Tribunal fédéral a constaté qu'un délai de sept ans et demi entre la réception de la demande et la décision finale de l'OFJ, ainsi que des phases d'inaction d'un an et demi et de trois ans respectivement, constituaient une violation du principe de célérité, mais que de tels retards ne devaient pas être imputés à l'État requérant. 9

III. STRUCTURE ET CONTENU DE LA DÉCISION FINALE

Une décision finale type en matière d'entraide judiciaire contient généralement les éléments suivants : (a) **une description des faits** ou un résumé de la demande et du déroulement essentiel de la procédure (y compris les observations des parties concernées) ; (b) une **appréciation juridique** avec examen des conditions de recevabilité (notamment la double incrimination, les garanties de spécialité, les éventuels motifs d'exclusion selon l'art. 2 ss EIMP, etc.) et de la question de l'étendue ; ainsi que (c) le **dispositif**, qui désigne la décision matérielle et, le cas échéant, l'ordre de remise. Sont également mentionnés (d) les **voies de recours** (avec délai et compétence) et (e) le **règlement des frais**, le cas échéant (en règle générale, aucun frais de procédure n'est perçu). La **signature** de la personne compétente (par exemple, le procureur chargé de la procédure ou le fonctionnaire de l'OFJ) clôt la décision. 10

En outre, la décision finale détermine **dans quelle mesure** l'entraide judiciaire est accordée. Elle doit indiquer concrètement quelles informations peuvent être transmises à l'État requérant, en désignant précisément les documents destinés à être remis. 11

La décision finale doit être **motivée par écrit** (l'art. 80d EIMP exige une *« décision motivée »*). Cette obligation formelle de motivation concrétise le droit constitutionnel d'être entendu (art. 29, al. 2, Cst.) dans la procédure d'entraide judiciaire. 12

13 Les motifs d'une décision doivent être formulés de manière à permettre à la personne concernée de la contester de manière appropriée, le cas échéant. Cela n'est possible que si tant elle que l'instance de recours peuvent se faire une idée de la portée de la décision. En ce sens, l'autorité qui rend la décision doit au moins exposer brièvement les **considérations essentielles** qui ont motivé sa décision et examiner les arguments centraux des parties. Cela ne signifie toutefois pas qu'elle doive examiner expressément chaque allégation factuelle et chaque objection juridique. Il suffit de se limiter aux aspects essentiels pour la décision. La question de savoir si ces considérations sont pertinentes et peuvent étayer la décision sur le fond ne relève finalement pas du droit d'être entendu, mais concerne la décision dans son contenu matériel.

14 Sur **le plan matériel**, la décision finale peut prendre la forme d'une octroi complet de l'entraide judiciaire, d'un octroi partiel, d'un octroi assorti de conditions (susceptibles d'être acceptées), d'un octroi assorti d'une réserve expresse de spécialité ou encore d'un rejet complet de la demande d'entraide judiciaire. Une décision finale est également rendue lorsqu'un justiciable se voit refuser la qualité de partie dans la procédure d'entraide judiciaire ou lorsque le tribunal des mesures de contrainte refuse à une personne la légitimation pour demander la mise sous scellés.

IV. PROTECTION JURIDIQUE ET EXÉCUTION

15 La décision finale doit être **notifiée à** la partie concernée à son domicile (de résidence) ou à son domicile de notification en Suisse (art. 80m, al. 1, EIMP) ainsi qu'à l'OFJ (art. 5 OEIMP). Les personnes concernées domiciliées à l'étranger qui n'ont pas désigné de domicile de notification en Suisse ne reçoivent en principe aucune décision à l'étranger. Le droit à la notification s'éteint dès que la décision clôturant la procédure d'entraide judiciaire est exécutoire (art. 80m, al. 2, EIMP).

16 Les ayants droit peuvent former un recours contre la décision finale. Les art. 80e à 80l EIMP décrivent la possibilité de contester la décision finale (ainsi que les décisions intermédiaires précédentes, dans la mesure où celles-ci ne peuvent pas faire l'objet d'un recours indépendant) en formant **un recours auprès de la Cour des recours du Tribunal pénal fédéral**.

17 Le recours contre une décision finale empêche en règle générale son **exécution**, d'autant plus que le recours concernant la communication

d'informations relevant du domaine secret ou la remise d'objets ou de valeurs patrimoniales a un effet suspensif (art. 21, al. 4, EIMP). La décision finale devient formellement exécutoire lorsque les personnes habilitées à recourir renoncent expressément à former recours. Dans le cas contraire, il faut attendre l'expiration du délai de recours de 30 jours prévu à l'art. 80k EIMP. Si une décision du Tribunal pénal fédéral a été rendue à la suite d'un recours, celle-ci peut être contestée dans un délai de 10 jours par un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral (art. 100, al. 2, let. b, LTF).

Une fois que la décision finale est entrée en force, les moyens de preuve ou les informations recueillis peuvent être **transmis à** l'autorité requérante. Cela se fait généralement au moyen d'une lettre de transmission informelle. 18

V. FRAIS

En principe, les demandes d'entraide judiciaire sont exécutées gratuitement, conformément à l'art. 31 EIMP, de sorte qu'**aucun frais de procédure** n'est imposé à l'État requérant (cf. toutefois l'art. 80q EIMP ainsi que l'art. 12 OEIMP et les dispositions pertinentes contenues dans les traités internationaux) . 19

En revanche, dans le cadre d'une **procédure de recours**, il est permis de mettre les frais de procédure à la charge des recourants si leur recours est rejeté en tout ou en partie (cf. art. 39, al. 2, let. b, LOAP en relation avec l'art. 63, al. 1, PA). 20

Il en va de même en cas de comportement querelleur et abusif. Le simple exercice de voies de recours ou le refus de donner son consentement ne constituent expressément pas un abus de droit. La personne concernée ne doit donc supporter aucun frais à ce titre. 21

Remarques :

L'opinion juridique des deux auteurs est indépendante de celle de leur employeur. Les termes se référant à des personnes s'appliquent de la même manière aux femmes et aux hommes.

BIBLIOGRAPHIE

Balogh Krisztina/Reichle Dominik, Kommentierung zu Art. 80c IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 25.2.2025: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg80c, besucht am 11.11.2025, DOI: 10.17176/20251007-190624-0.

Dangubic Miro/Stelzer-Wieckowska Marta, Kommentierung zu Art. 80b IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 25.2.2025: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg80b, besucht am 11.11.2025, DOI: 10.17176/20250225-194711-0.

Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander, Kommentierung zu Art. 80d IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, 1. Aufl., Basel 2018.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 80d IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Laurent Moreillon (Hrsg.), Petit Commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Poglia Clara/Jakubowski Michaël, Kommentierung zu Art. 80h IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 28.3.2025: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg80h, besucht am 11.11.2025, DOI: 10.17176/20230908-114307-0

Remund Cédric/ Thormann Olivier, Rechtshilfe in Strafsachen in: Bazzani Claudio/Ferrari-Visca Reto, Nadelhofer Simone (Hrsg.), Interne Untersuchungen, Eine umfassende Darstellung der rechtlichen und praktischen Aspekte, inklusive Amts- und Rechtshilfe und Kooperation mit Behörden, Zürich 2022.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6. Aufl., Bern 2024.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft betreffend die Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 29.3.1995, BBl 1995 III 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/3_1_1_1/de, besucht am 11.11.2025.

Bundesamt für Justiz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 10. Aufl. 2025, abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/strafrecht/wegleitungen.html, besucht am 24.11.2025.

COMMENTAIRE

Art. 80k EIMP

Un commentaire de Francesca Bonzanigo

PROPOSITION DE CITATION

Francesca Bonzanigo, Commentaire de l'art. 80k EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler(édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Bonzanigo, art. 80k EIMP N. XXX.

Art. 80*k* Délai de recours

Le délai de recours contre la décision de clôture est de 30 jours dès la communication écrite de la décision; s'il s'agit d'une décision incidente, ce délai est de dix jours.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse de l'art. 80k EIMP 497
II. Le point de départ du délai de l'art. 80k EIMP 497
III. Le délai de 30 jours 500
IV. Le délai de 10 jours 500
Bibliographie 501

I. GENÈSE DE L'ART. 80K EIMP

L'art. 80*k* EIMP a été introduit lors de la révision de l'EIMP de 1995 et est entré en vigueur en 1997. Il s'inscrit dans le cadre des longues discussions visant à déterminer la manière dont les voies de recours devaient être aménagées en matière d'entraide judiciaire[1238]. Durant les travaux législatifs, deux grandes conceptions s'opposaient : d'une part, la méthode dite zurichoise, selon laquelle un recours aurait été uniquement possible au moment de la décision d'entrée en matière et, d'autre part, la méthode dite genevoise, selon laquelle un recours n'était ouvert qu'au moment de la décision de clôture, sauf situations exceptionnelles permettant un recours limité contre les décisions incidentes[1239]. La méthode genevoise a obtenu davantage d'adhésions de sorte qu'aujourd'hui un recours est ouvert en principe uniquement contre la décision de clôture, la loi permettant un recours restreint à des conditions strictes et pour certaines décisions uniquement contre les décisions incidentes (art. 80*e* EIMP). 1

II. LE POINT DE DÉPART DU DÉLAI DE L'ART. 80K EIMP

Selon l'art. 80*k* EIMP, le délai de recours commence à courir dès la communication écrite de la décision. Dans le domaine bancaire, particulièrement délicat en raison d'une « double communication » à la banque et à l'ayant droit résultant des obligations qui incombent à la banque en application du contrat qui la lie à l'ayant droit et de l'art. 80*n* EIMP, la jurisprudence a développé trois principes qui permettent de déterminer le moment auquel intervient la communication à l'ayant droit de manière à faire partir le délai de recours. 2

Premièrement, la communication écrite exigée par l'art. 80*k* EIMP doit être interprétée à la lumière de l'art. 80*m* EIMP, relatif à la notification des décisions[1240]. Selon cette disposition, l'autorité d'exécution doit notifier ses décisions à la personne domiciliée en Suisse (art. 80*m* al. 1 let. a EIMP), ou à la personne qui a élu un domicile de notification en Suisse (art. 80*m* al. 1 let. b EIMP *cum* art. 9 OEIMP). Ainsi, une communication écrite à l'ayant droit n'est 3

1238 Wyss, p. 37.
1239 Comby *in* BO 1995 III N 2639.
1240 ATF 124 II 124, cons. 2c/cc.

nécessaire pour le départ du délai de l'art. 80*k* EIMP que lorsque l'autorité d'exécution est soumise à une obligation de notification en application de l'art. 80*m* EIMP. Dans un tel cas, le délai de l'art. 80*k* EIMP commence à courir dès le lendemain de la notification de la décision (art. 80*m* EIMP), conformément aux règles ordinaires applicables en matière de procédure administrative (art. 20 al. 1 *cum* art. 50 al. 1 PA)[1241]. Lorsque la personne est domiciliée à l'étranger, l'autorité d'exécution ne doit pas lui notifier la décision (art. 9 OEIMP). Il appartient alors à la banque qui reçoit les décisions de l'autorité d'exécution (notamment celles relatives à l'ouverture de la procédure d'entraide ou d'éventuels ordres de dépôt ou de saisie) d'informer l'ayant droit en temps utile, avant la clôture de la procédure d'entraide, pour qu'il puisse, cas échéant, élire un domicile en Suisse[1242].

4 Deuxièmement, à défaut d'élection de domicile en Suisse par l'ayant droit, la décision de clôture est notifiée à la banque qui détient la documentation bancaire requise ou les avoirs saisis[1243]. La notification à la banque ne vaut pas comme une notification à l'ayant droit, de sorte que le délai pour recourir de l'art. 80*k* EIMP ne commence pas encore à courir[1244]. Le délai commence à courir une fois que la banque communique la décision à l'ayant droit. Toutefois, la notification à la banque fait courir un délai de 30 jours, au terme duquel la décision devient exécutoire[1245]. Lorsque la décision est notifiée à la banque, l'ayant droit peut donc, en principe, encore recourir dans un délai de 30 jours à partir de sa prise de connaissance effective de la décision de clôture[1246]. En revanche, s'il se manifeste après l'exécution de la décision, il ne dispose plus de droit au recours (art. 80*n* al. 2 EIMP)[1247]. En somme, l'absence d'élection de domicile en Suisse, même volontaire, ne permet pas d'opposer à

1241.PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 12 EIMP N 10.

1242ATF 136 IV 16, cons. 2.2 ; ATF 130 II 505, cons. 2.3 ; TPF RR.2017.9 du 21 juin 2007, cons. 2.1.1 ; TPF RR.2015.13 du 27 mars 2015.

1243La notification à la banque est nécessaire même lorsque le compte a été clôturé : ATF 136 IV 16, cons. 2.2 ; ATF 130 II 505, cons. 2.3 ; TF 1A.36/2006 du 29 mai 2006, cons. 3.3. TPF 2011 73, consid. 2.1.

1244ATF 120 Ib 183, cons. 3a.

1245ATF 136 IV 16, cons. 2.4.

1246ATF 120 Ib 183, cons. 3a. TF 1A.5/2006 du 9 février 2006, cons. 2.2.3 ; TF 1A.212/2003 du 30 août 2004, cons. 7.2 ; TF 1A.221/2002 du 25 novembre 2002, cons. 2. Pour un cas dans lequel le Tribunal pénal fédéral est entré en matière sur un recours déposé plus de 30 jours après la notification de la décision à la banque, mais dans le délai de 30 jours dès la notification de la décision par la banque à l'ayant droit, voir TPF RR.2024.53, du 11 juin 2025, cons. 1.3.

1247ATF 136 IV 16, cons. 2.4.

l'ayant droit un délai de recours de 30 jours à compter de la notification de la décision à la banque, mais lui fait courir un risque d'intervention tardive[1248]. Cette solution s'impose, selon la jurisprudence, non seulement en raison du principe de célérité (art. 17*a* EIMP), mais aussi des principes de la bonne foi et de la sécurité du droit[1249]. Elle est toutefois empreinte de quelques incertitudes. Se pose notamment la question de savoir quelles démarches doit entreprendre l'ayant droit pour préserver son droit de recours et suspendre le caractère exécutoire de la décision notifiée à la banque. En raison du fait que le législateur n'a pas voulu créer de « fiction de notification » lorsqu'une décision est communiquée à la banque[1250], il convient de retenir qu'une simple manifestation de l'ayant droit auprès de l'autorité d'exécution, par exemple par une demande sollicitant l'accès au dossier de la procédure d'entraide, suffit à suspendre le caractère exécutoire de la décision, sans qu'il soit nécessaire qu'un recours soit déposé dans les 30 jours suivant la notification de la décision à la banque.

Troisièmement, le moment de la prise de connaissance effective par l'ayant droit ne s'applique pas lorsqu'il a conclu une convention de « banque restante » avec la banque. Dans ce cas, la décision est réputée lui avoir été notifiée lorsqu'elle est déposée, par la banque, dans le dossier « banque restante ». Le délai de recours ne commence alors pas à courir au moment où la décision lui a effectivement été communiquée, mais dès le lendemain du dépôt de la décision dans le dossier[1251]. Le moment où la banque communique avec son client ou le moment où ce dernier prend effectivement connaissance de la décision prononcée ne sont pas déterminants[1252]. 5

Lorsqu'un compte a été clôturé, la convention de banque restante conclue avant la clôture du compte n'est plus opposable à l'ayant droit[1253]. La 6

1248 TF 1A.221/2002 du 25 novembre 2002, cons. 2.6.

1249 ATF 136 IV 16, cons. 2.4.

1250 Message concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de la loi fédérale relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, FF 1995 III 1 ss, p. 33.

1251 ATF 124 II 124, cons. 2e ; TPF RR.2012.43 du 13 juin 2012, cons. 1.3.2. Voir aussi PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 80k EIMP N 9.

1252 ATF 124 II 124, cons. 2e.

1253 TF 1A.36/2006 du 29 mai 2006, cons. 3.3 ; TF 1A.221/2002 du 25 novembre 2002, cons. 2.4.

notification à la banque ne vaut donc pas notification à l'ayant droit. Le délai de recours commence à courir seulement dès la prise de connaissance effective par l'ayant droit selon les principes présentés *supra* N. 4.

III. LE DÉLAI DE 30 JOURS

7 Le délai de 30 jours s'applique à la décision de clôture (art. 80*k* phr. 1 EIMP). Est une décision de clôture celle qui met fin à la procédure d'entraide judiciaire et par laquelle l'autorité d'exécution statue sur l'octroi et l'étendue de l'entraide (art. 80*d* EIMP).

8 La saisie des avoirs (ou le maintien de la mesure), décision de nature incidente, peut, dans certaines configurations particulières, être soumise à un délai de recours de 30 jours. Tel est le cas lorsque la transmission de la documentation bancaire à l'État requérant est intervenue par le biais d'une exécution simplifiée (art. 80*c* EIMP) et n'a pas fait l'objet d'une décision de clôture[1254]. Il en va de même lorsque le recours est dirigé contre une décision de refus tendant à la levée de la saisie, alors que celle-ci se prolonge déjà depuis un temps « relativement long »[1255].

9 Le délai de 30 jours contre la décision de clôture en application de l'art. 80*k* EIMP ne s'applique qu'en première instance, devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (art. 25 al. 1 EIMP). En deuxième instance, devant le Tribunal fédéral, le délai de recours contre la décision de clôture est de 10 jours (art. 100 al. 2 let. b LTF).

10 Il n'y a pas de féries dans la procédure d'entraide judiciaire (art. 12 al. 2 EIMP et art. 46 al. 2 let. d LTF).

IV. LE DÉLAI DE 10 JOURS

11 Le délai de 10 jours est applicable aux décisions incidentes (art. 80*k* phr. 2 EIMP), qui peuvent faire l'objet d'un recours (les féries ne s'appliquant pas à la

1254 TPF 2010 102, cons. 1.4.3 ; TPF RR.2009.159 du 8 mars 2010, cons. 2.4.

1255 TPF RR.2013.236-249 du 2 mai 2014, cons. 1.3.5. Le « temps relativement long » n'est pas clairement défini et il ressort de la jurisprudence une fenêtre temporelle s'étendant entre 5 à 20 dans laquelle ce critère a été retenu : TF 1A.335/2005 du 22 mars 2007, cons. 1 (20 ans) ; TPF 2007 124, cons. 2.3.4 (12 ans) ; TPF RR.2013.164 du 11 février 2014, cons. 2.1 (11 ans) ; TPF RR.2010.135-138 du 4 octobre 2010, cons. 2.3 (5 ans).

procédure d'entraide judiciaire ; *supra* N. 10). Tel est le cas de la saisie d'objets ou de valeurs (art. 80*e* al. 2 let. a EIMP)[1256] ou de la présence de personnes qui participent à la procédure à l'étranger (art. 80*e* al. 2 let. b EIMP)[1257]. Il en va de même des décisions qui ne sont pas expressément mentionnées à l'art. 80*e* al. 2 EIMP mais qui peuvent faire l'objet d'un recours indépendant de manière exceptionnelle, parce qu'elles impliquent la transmission de renseignements à l'autorité étrangère en amont du prononcé de la décision de clôture[1258].

12 Le délai de 10 jours n'est applicable que si la décision incidente est attaquée de manière indépendante. Si le recourant conteste la décision incidente conjointement à la décision de clôture, le délai de 30 jours dès la communication écrite de la décision de clôture s'applique (art. 80*k* phr. 1 EIMP). En deuxième instance, devant le Tribunal fédéral, le délai de recours contre la décision incidente est également de 10 jours (art. 100 al. 2 let. b LTF).

BIBLIOGRAPHIE

Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (édit.), Loi sur l'entraide internationale en matière pénale, Petit Commentaire, Bâle 2024.

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Wyss Rudolf, Die Revision der Gesetzgebung über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, RSJ 1997 p. 33 ss.

1256.TPF 2010 102, cons. 1.4.1.

1257.Notamment TPF RR.2007.85 du 3 juillet 2007, cons. 2.1.

1258.TF 1C_596/2012 du 28 novembre 2012, cons. 2.2 ; TF 1A.206/2004 du 15 décembre 2004, cons. 1.4 (non publié in ATF 131 II 132) ; TPF 2015 129, cons. 5.3.3.

COMMENTAIRE

Art. 65 EIMP

Un commentaire de Yasmine Dellagana-Sabry

PROPOSITION DE CITATION

Yasmine Dellagana-Sabry, Commentaire de l'art. 65 EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Dellagana-Sabry, art. 65 EIMP N. XXX.

Art. 65 Application du droit étranger

[1] Sur demande expresse de l'État requérant:

a. les déclarations des témoins et experts sont confirmées dans la forme prévue par le droit de l'État requérant, même si le droit suisse applicable ne prévoit pas une telle confirmation;

b. la forme requise pour rendre d'autres moyens de preuve admissibles devant un tribunal peut être prise en considération.

[2] La forme applicable à la confirmation de dépositions et à l'obtention de moyens de preuve, conformément à l'al. 1, doit être compatible avec le droit suisse et ne pas causer de graves préjudices aux personnes qui participent à la procédure.

[3] Le droit de refuser de déposer est également admis si la législation de l'État requérant le prévoit ou que le fait de déposer puisse entraîner des sanctions pénales ou disciplinaires dans cet État ou dans l'État de résidence de la personne entendue.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 505
II. Contenu de la norme 506
A. Requête de l'État requérant 506
B. Moyens de preuve (al. 1) 506
1. Confirmation des déclarations (let. a) 506
2. Autres moyens de preuve (let. b) 508
a. Audition par vidéoconférence 510
b. Audition par conférence téléphonique 515
c. Remarques conclusives 517
C. Compatibilité avec le droit suisse et absence de graves préjudices aux personnes participant à la procédure (al. 2) 517
D. Droit de refuser de témoigner (al. 3) 518
III. Cas visés par l'art. 65 EIMP en tant que motifs de recours 520
Bibliographie 521
Matériaux 522

I. GÉNÉRALITÉS

L'exécution des mesures d'entraide sollicitées dans le cadre de la coopération internationale en matière pénale se fait en principe selon les formes et la procédure de l'État requis (*locus regit actum*; v. not. les art. 3 CEEJ[1259], 22 CEExtr[1260] et 80*a* al. 2 EIMP[1261])[1262]. Par conséquent, dans le cadre de l'entraide passive, les actes demandés par l'État requérant et accomplis par les autorités helvétiques pour les besoins d'une procédure pénale étrangère sont régis par le droit suisse et non par le droit dudit État[1263]. En l'absence de traité international, l'EIMP et son ordonnance[1264] sont ainsi applicables à l'exécution des demandes d'entraide étrangères par les autorités suisses (art. 1 al. 1 EIMP)[1265]. Subsidiairement, les autres lois de procédure, parmi lesquelles la PA[1266] ou le CPP[1267], trouveront application (art. 12 al. 1 EIMP)[1268]. 1

L'art. 65 EIMP prévoit toutefois une **exception** au principe précité, permettant de garantir l'exploitabilité, dans le cadre de la procédure pénale étrangère, de certaines preuves recueillies en Suisse en exécution d'une commission rogatoire. Le but de l'entraide, consistant notamment à aider les autorités étrangères dans leurs instructions, serait en effet vain si les preuves transmises par les autorités de l'État requis étaient en définitive inexploitables en raison de violations des règles de procédure applicables dans l'État requérant[1269]. Aussi, l'art. 65 EIMP permet, sous réserve de l'ordre public 2

1259 Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, entrée en vigueur pour la Suisse le 20.3.1967 (CEEJ ; RS 0.351.1).

1260 Convention européenne d'extradition, entrée en vigueur pour la Suisse le 20.3.1967 (CEExtr ; RS 0.353.10.353.1).

1261 Loi fédérale du 20.3.1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP ; RS 351.1).

1262 Arrêt du TF 1B_446/2019 du 5.6.2019, consid. 5.1 ; Ludwiczak Glassey, Petit commentaire EIMP, art. 65 EIMP N. 1 ; OFJ, 2025, p. 21 ; BSK-Sprenger, art. 65 EIMP N. 1 ; Zimmermann, p. 267, N. 310.

1263 Ludwiczak Glassey, p. 16, N. 64.

1264 Ordonnance du 24.2.1982 sur l'entraide internationale en matière pénale (OEIMP ; RS 351.11).

1265 OFJ, 2025, p. 20.

1266 Loi fédérale du 20.12.1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021).

1267 Code de procédure pénale suisse, du 5.10.2007 (CPP ; RS 312.0).

1268 Ludwiczak Glassey, p. 16, N. 67 ; Ludwiczak Glassey, Petit commentaire EIMP, art. 12 EIMP N. 3 ; OFJ, 2025, p. 21 ; Zimmermann, p. 268, N. 312.

1269 BSK-Sprenger, art. 65 EIMP N. 2 ; Ludwiczak Glassey, Petit commentaire EIMP, art. 65 EIMP N. 1. V. ég. TPF 2011 124, consid. 2.3 *in fine*.

suisse (art. 1*a* EIMP ; v. ég. art. 8 PAII CEEJ[1270]) et de la réalisation des conditions énoncées *infra*[1271], l'application de certaines règles de forme du droit étranger (*forum regit actum*) aux actes d'instruction requis par l'État requérant et mis en œuvre en Suisse[1272]. Les principaux cas d'application du droit étranger concernent notamment les déclarations sous serment ou promesse solennelle[1273] ou encore les auditions par vidéoconférence[1274]. À noter que l'art. 65 EIMP vise la forme de l'acte et ne règle notamment pas la force probante du moyen de preuve ainsi recueilli.

II. CONTENU DE LA NORME

A. Requête de l'État requérant

3 Conformément à l'art. 65 al. 1 *in initio* EIMP, l'application du droit étranger par les autorités suisses d'exécution est possible sur **demande expresse** de l'État requérant.

4 À **défaut d'une telle requête**, les autorités helvétiques peuvent attirer l'attention de l'autorité requérante sur la nécessité de la formuler, sans quoi le droit suisse trouvera application[1275]. Ce qui implique pour les autorités suisses de vérifier, conformément au but précité de l'entraide[1276] et dans les cas relevant de l'art. 65 EIMP, si l'application du droit suisse est susceptible ou non de conduire à l'irrecevabilité des moyens de preuve destinés à être transmis à l'autorité étrangère.

B. Moyens de preuve (al. 1)

1. Confirmation des déclarations (let. a)

5 Il ressort de l'art. 65 al. 1 let. a EIMP qu'à la demande expresse de l'État requérant, les **déclarations des témoins et experts** sont confirmées dans la

1270. Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, conclu le 8.11.2001 et entré en vigueur pour la Suisse le 1.2.2005 (PAII CEEJ ; RS 0.351.12).

1271. V. *infra*, N. 3 ss.

1272. Ludwiczak Glassey, Petit commentaire EIMP, art. 65 EIMP N. 2 ; OFJ, 2025, p. 23.

1273. OFJ, 2009, p. 58. À ce propos, v. *infra*, N. 5 s.

1274. À cet égard, v. *infra*, N. 11 ss.

1275. Ludwiczak Glassey, Petit commentaire EIMP, art. 65 EIMP N. 3.

forme prévue par le droit de l'État requérant, même si le droit suisse applicable ne prévoit pas une telle confirmation.

Le terme « **confirmation** » employé dans la disposition précitée fait référence aux déclarations faites sous une forme solennelle destinée à appuyer, voire étayer, le contenu et l'authenticité de celles-ci en vue de leur utilisation comme moyens de preuve[1277]. Il s'agit principalement des témoignages et déclarations sous serment[1278], soit la promesse de vérité faite en prenant à témoin Dieu ou une entité sacrée, ou sous promesse solennelle[1279], qui correspond à la déclaration laïque équivalente. De tels engagements, généralement oraux, sont notamment prévus par le droit des États de *Common law*, tels que celui des États-Unis d'Amérique (v. art. 9 al. 2 et 12 al. 1 TEJUS[1280]). 6

La problématique de la confirmation des déclarations se pose également, dans la pratique, à propos de certains documents, en particulier bancaires, destinés à être transmis à l'État requérant. Dans plusieurs pays de *Common law*, notamment dans celui précité (v. art. 18 TEJUS), la force probante de tels moyens de preuve dépend en principe de leur authentification au moyen d'une déclaration écrite, généralement établie sous la forme d'un *affidavit*. Par cette déclaration, l'auteur, soit habituellement la personne ayant préparé la documentation, atteste que les documents transmis sont complets, exacts et n'ont fait l'objet d'aucune altération. Cette exigence s'explique par la place particulière qu'occupe traditionnellement le témoignage dans les systèmes de *Common law*, où la crédibilité d'une preuve est souvent établie par l'intermédiaire d'une personne susceptible d'en garantir l'origine, l'intégrité et les modalités de constitution. Une telle pratique peut, de prime abord, être rapprochée des exigences de forme visées par l'art. 65 al. 1 let. b EIMP, dans la mesure où l'*affidavit* tend précisément à assurer l'admissibilité ou l'exploitabilité des moyens de preuve devant les juridictions de l'État requérant. La qualification juridique de cette mesure demeure toutefois discutable selon le droit suisse. On peut en effet se demander si 7

1276 V. *supra*, N. 2.

1277 BSK-Sprenger, art. 65 EIMP N. 6.

1278 BSK-Sprenger, art. 65 EIMP N. 6 ; Donatsch/Heimgartner/Simonek, p. 15 ; Gless, p. 110, N. 307 et note 715.

1279 *Ibidem*.

1280 Traité entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, conclu le 25.5.1973 (TEJUS ; RS 0.351.933.612).

l'établissement d'un tel document constitue réellement une simple modalité formelle relative à un moyen de preuve déjà recueilli ou s'il ne s'agit pas plutôt d'une mesure d'exécution autonome de la demande d'entraide, *in casu* supplémentaire à l'ordre de dépôt de documents. A notre sens, l'*affidavit* doit être appréhendé comme une mesure autonome de l'obligation de dépôt et qualifié de rapport écrit au sens de l'art. 145 CPP, applicable par renvoi de l'art. 12 EIMP. Cette dernière qualification paraît présenter une cohérence avec la jurisprudence restrictive posée par l'ATF 131 II 132, dès lors que l'objet de la mesure ne consiste plus uniquement à respecter une forme prescrite par le droit étranger, mais bien à créer un nouveau moyen de preuve destiné à accompagner ceux déjà recueillis.

2. Autres moyens de preuve (let. b)

8 À teneur de l'art. 65 al. 1 let. b EIMP, sur demande expresse de l'État requérant, la forme requise pour rendre d'**autres moyens de preuve** admissibles devant un tribunal peut être prise en considération. En d'autres termes, l'exception au principe précité *locus regit actum* est également envisageable pour d'autres moyens de preuve, si le respect de règles de forme particulières prévues par le droit de l'État requérant est nécessaire pour leur admission et, partant, leur exploitabilité devant les tribunaux étrangers[1281].

9 Bien que la disposition semble relativement large s'agissant des prescriptions de forme du droit étranger pouvant être prises en considération, celles-ci sont toutefois limitées par la condition de la **compatibilité avec les principes fondamentaux du droit suisse** (art. 65 al. 2 EIMP ; v. ég. art. 8 PAII CEEJ)[1282]. Il convient en effet de garder à l'esprit le but de la norme, sans quoi les autorités suisses pourraient être requises d'exécuter des actes de procédure qui ne seraient pas admissibles devant les tribunaux suisses, ce qui serait au demeurant contraire à l'art. 63 EIMP[1283]. C'est ainsi que l'art. 65 EIMP permet de mettre en œuvre, en Suisse et selon les formes prescrites par

1281.BSK-Sprenger, art. 65 EIMP N. 7.

1282Dans ce sens ég. OFJ, 2025, p. 24 ; plus timidement, BSK-Sprenger, art. 65 EIMP N. 8 *in fine*. À noter que certains traités réservent de manière générale à l'État requérant la faculté de requérir l'application de son droit, demande à laquelle l'État requis donnera une suite favorable, à moins que le droit de ce dernier ne s'y oppose (v. not. art. 5 par. 2 du Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la République argentine, conclu le 10.11.2009 [TEJArg ; RS 0.351.915.4]). V. à ce propos, Zimmermann, p. 274, N. 318 *in fine* et note 2794.

le droit étranger, des actes de procédure connus de l'ordre juridique suisse[1284]. À noter que pour les actes d'entraide dont la portée est étendue, notamment ceux pour lesquels les éléments de preuve sont transmis à l'autorité requérante en temps réel avant que la procédure d'entraide suisse ne soit clôturée (p. ex. l'audition par vidéoconférence ou l'intervention d'agents infiltrés étrangers), le Tribunal fédéral exige une base légale conventionnelle comme expression de l'engagement international express de la Suisse[1285]. Pour que l'entraide soit admise, il n'est donc pas nécessaire que la mesure – de portée étendue – requise par l'autorité étrangère trouve son fondement dans le droit suisse. Il suffit en revanche que l'acte d'entraide soit expressément prévu par un traité liant la Suisse et ce, même si le droit interne ne connaît pas le moyen de preuve en question (p. ex. audition par conférence téléphonique[1286]) ou qu'une ou plusieurs conditions relatives audit moyen ne sont pas réunies en vertu du droit suisse[1287].

Dans la doctrine, **la présence du prévenu et/ou de son défenseur à l'audition d'un témoin** est mentionnée à titre d'exemple dans le contexte de l'art. 65 al. 1 let. b EIMP[1288]. Si la prescription de forme relative à la présence du prévenu et/ou de son conseil lors de l'exécution d'un acte d'entraide exécuté par les autorités suisses selon le droit de procédure suisse est réglée à l'art. 65*a* EIMP[1289], la disposition qui nous concerne peut effectivement trouver application lorsque la mesure d'entraide est menée en Suisse conformément aux règles prescrites par le droit étranger. Celui-ci peut ainsi, par exemple, faire dépendre de la présence susmentionnée la validité des 10

1283 À teneur de l'art. 63 al. 1 EIMP, l'entraide comprend notamment les actes de procédure admis en droit suisse. À ce propos, v. OK-Stelzer-Więckowska, art. 63 EIMP N. 12 et 14.

1284 ATF 143 IV 186, consid. 2.3 *in fine a contrario* ; ATF 131 II 132, consid. 2.2 et 2.3 ; arrêt du TF 1C_2/2017 du 27.3.2017, consid. 2.3 *in fine a contrario*. V. ég. arrêt du TPF RR.2017.75 du 12.7.2017, consid. 3.8, dans le cadre duquel les Juges de Bellinzone admettent l'audition par vidéoconférence dès lors que cette mesure est « explicitement prévue par une convention internationale entre les deux États concernés » et, faisant référence à l'arrêt 1C_2/2017 précité, relèvent au demeurant que ce n'est par exemple pas le cas de la surveillance téléphonique en temps réel, qui ne pourrait ainsi être admissible qu'à la faveur d'une révision législative.

1285 ATF 143 IV 186, consid. 2.3 *in fine* ; ATF 132 II 1, consid. 3.4 ; ATF 131 II 132, consid. 2.3. V. ég. arrêt du TPF RR.2017.75 du 12.7.2017, consid. 3.8.

1286 À ce propos, v. *infra*, N. 18 ss.

1287 Message PAII CEEJ 2003, p. 2885 ; OFJ, 2025, p. 122. V. ég. ATF 132 II 1, consid. 3.4 ; ATF 131 II 132, consid. 2.3.

1288 Gless, p. 110, N. 307 ; Ludwiczak Glassey, p. 82, N. 372.

preuves recueillies au moyen d'une audition menée par vidéoconférence ou par conférence téléphonique[1290]. À noter que dans son message relatif au Deuxième Protocole additionnel à la CEEJ, le Conseil fédéral a relevé que le recours à la vidéoconférence ainsi qu'à la conférence téléphonique pourrait, de manière générale, être autorisé par l'art. 65 EIMP en tant que « forme requise » prévue par cette dernière disposition[1291].

a. Audition par vidéoconférence

11 L'**audition d'un témoin ou d'un expert** par vidéoconférence est notamment consacrée à l'art. 9 PAII CEEJ, protocole entré en vigueur pour la Suisse le 1er février 2005[1292].

12 L'audition par vidéoconférence est **subsidiaire** à celle menée dans sa forme classique[1293], dès lors qu'elle est admise dans l'hypothèse où il serait inopportun ou impossible pour le témoin ou l'expert de se déplacer du territoire de l'État requis où il se trouve sur celui de l'État requérant pour y

1289 Message EIMP 1995, p. 23. Dans ce sens ég. BSK-Sprenger, art. 65 EIMP N. 7 ; OFJ, 2025, p. 112 ; Zimmermann, p. 425 s., N. 493 et note 4172. Lors de la révision de l'EIMP de 1995, le législateur a jugé préférable de scinder la problématique de la présence de personnes participant à la procédure étrangère et celle de l'application du droit étranger, de sorte que l'art. 65*a* EIMP couvre depuis son entrée en vigueur en 1997 la question de la présence notamment du prévenu (inculpé ou accusé) et/ou de son conseil à l'exécution d'une demande d'entraide (Message EIMP 1995, p. 23).

1290 À ce propos, v. TPF 2011 124.

1291 Message PAII CEEJ 2003, p. 2887 s. V. ég. arrêt du TPF RR.2017.75 du 12.7.2017, consid. 3.1 ; OFJ, 2025, p. 23.

1292 L'audition par vidéoconférence est également prévue par divers accords bilatéraux d'entraide judiciaire internationale en matière pénale conclus avec la Suisse, qui contiennent des prescriptions pour la plupart identiques à celles consacrées à l'article y relatif du PAII CEEJ. V. not. art. 21 TEJArg ; art. 21 du Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la République fédérative du Brésil, conclu le 12.5.2004 (TEJBré ; RS 0.351.919.81) ; art. 24 du Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la République d'Indonésie, conclu le 4.2.2019 (TEJIDN ; RS 0.351.942.7) ; art. VI de l'Accord entre la Suisse et l'Italie en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20.4.1959 et d'en faciliter l'application, conclu le 10.9.1998 (Accord CEEJ CH-I ; RS 0.351.945.41). Le moyen de preuve en question est en outre admis par le droit suisse et réglé à l'art. 144 CPP, qui prévoit à son 1er al. que « [l]e ministère public ou le tribunal compétent peut ordonner une audition par vidéoconférence si la personne à entendre est dans l'impossibilité de comparaître personnellement ou ne peut comparaître qu'au prix de démarches disproportionnées ».

1293 OFJ, 2025, p. 123.

être entendu (art. 9 par. 1 et 3 PAII CEEJ). L'inopportunité vise par exemple les cas où la personne à entendre ne peut se déplacer facilement en raison de son âge ou de son état de santé[1294]. Quant à l'impossibilité, elle fait notamment référence à un grave danger que l'intéressé pourrait courir s'il comparaissait sur le territoire de l'État requérant[1295]. En sus, notamment, du nom de l'autorité judiciaire et des personnes qui procèderont à l'audition, l'autorité requérante est tenue d'indiquer l'un de ces motifs à l'appui de sa requête (art. 9 par. 3 PAII CEEJ).

13 Dès lors que l'audition par vidéoconférence n'est pas contraire aux principes fondamentaux du droit suisse (v. art. 65 al. 2 EIMP) et que la Suisse dispose des moyens techniques nécessaires à sa mise en œuvre[1296], les autorités helvétiques sont tenues de consentir à une demande formulée en ce sens par un État requérant partie au protocole en question (art. 9 par. 2, 1re phr. PAII CEEJ) ou à un traité bilatéral la prévoyant, ce alors même que ladite **audition** sera **menée par les autorités compétentes étrangères en application de son propre droit de procédure** (art. 9 par. 5 let. c et 7 PAII CEEJ ; not. art. VI par. 5 let. c Accord CEEJ CH-I ; v. ég. art. 65 al. 1 let. b EIMP).

14 L'audition par vidéoconférence est gouvernée par des règles strictes quant à ses **modalités** (v. art. 9 par. 4 à 7 PAII CEEJ)[1297]. Elle se fait notamment sous la surveillance des autorités judiciaires de l'État requis, qui se chargent, selon les règles prévues par sa législation, de la citation à comparaître (art. 9 par. 4 PAII CEEJ) et qui veillent au respect des principes fondamentaux de son droit ainsi qu'à la protection de la personne à entendre et à la sauvegarde des droits de celle-ci (art. 8 et 9 par. 5 let. a et b PAII CEEJ ; v. ég. art. 65 al. 2 EIMP)[1298]. En particulier, le témoin ou l'expert entendu peut invoquer le droit de refuser de témoigner qui lui serait reconnu tant par la loi de l'État requis que par celle de l'État requérant (art. 9 par. 5 let. e PAII CEEJ ; v. ég. art. 65 al. 3 EIMP)[1299]. À noter que les conséquences d'une violation de l'obligation de témoigner ainsi que d'un faux témoignage sont quant à elles réglées selon le droit de l'État

1294 Message PAII CEEJ 2003, p. 2885 ; Zimmermann, p. 451, N. 518.

1295 *Ibidem*.

1296 Le MPC dispose de salles de vidéoconférence modernes à Berne, Zurich, Lausanne et Lugano pouvant être employées à cet effet. À ce propos, v. OFJ, 2009, p. 68 ; OFJ, 2025, p. 124.

1297 Zimmermann, p. 452, N. 519.

1298 *Ibidem*.

1299 À ce propos, v. *infra*, N. 27 ss.

requis (art. 9 par. 7 PAII CEEJ ; v. ég. art. 163 al. 2, 176 et 177 al. 1 CPP ; art. 307 CP[1300])[1301].

15 Bien que l'art. 9 PAII CEEJ concerne principalement l'audition des témoins et experts, le par. 8 de cette disposition permet aux États parties d'avoir recours à la vidéoconférence également pour l'**audition de personnes poursuivies pénalement ou de suspects**, ce, sous réserve de la réalisation des trois conditions cumulatives suivantes : (i) les autorités judiciaires de l'État requérant et de l'État requis sont d'accord de recourir à cette méthode d'audition[1302] et se sont entendues sur les modalités ; (ii) l'arrangement auquel elles sont parvenues est conforme à leur droit national ainsi qu'aux traités internationaux qui s'appliquent (p. ex. art. 6 par. 3 CEDH) ; (iii) la personne poursuivie pénalement ou le suspect doit avoir donné son consentement[1303].

16 Bien que constituant un outil particulièrement pratique pour la conduite des auditions ayant une composante internationale[1304], la vidéoconférence soulève toutefois de nombreuses **difficultés d'intégration dans le système de l'EIMP** lorsque la Suisse est l'État requis. Toutes personnes présentes à l'audition par vidéoconférence – en particulier les autorités judiciaires de l'État requérant – peuvent en effet directement prendre connaissance des déclarations de la personne entendue, et ce avant même qu'une décision de clôture n'ait été rendue quant à la transmission des informations en question audit État ou que l'ayant droit n'ait donné son accord à celle-ci, entraînant ainsi un risque de diffusion non contrôlée des informations à l'étranger[1305]. Au vu de son caractère immédiat et instantané, cet outil est par conséquent

1300 Code pénal suisse, du 21.12.1937 (CP ; RS 311.0).

1301 À ce propos, v. Message PAII CEEJ 2003, p. 2886 s.

1302 Dans ce cas de figure, l'État requis est ainsi libre de refuser le recours à la vidéoconférence, et ce nonobstant la réalisation des autres conditions.

1303 Message PAII CEEJ 2003, p. 2887. À noter que contrairement à ce que prévoit ledit paragraphe pour les personnes poursuivies pénalement et les suspects, il n'est pas nécessaire que les témoins ou les experts donnent leur consentement à une audition par vidéoconférence. Ceux-ci sont au contraire tenus de se présenter à l'audition par vidéoconférence. *Idem*, p. 2886 s.

1304 L'utilisation de ce moyen de communication pour la conduite des auditions permet également une protection accrue des victimes et témoins (p. ex. par l'utilisation de crypteur vocal et/ou par le floutage du visage) ainsi qu'une économie non négligeable liée aux coûts de transfert de la personne à entendre (p. ex. trajet, sécurité de l'intéressé, etc.). À ce propos, v. OFJ, Entraide judiciaire entre la Suisse et l'Italie, Article VI – Conférence vidéo, § 1 et 3.

1305 ATF 131 II 132, consid. 2.2 *in fine*.

incompatible avec les principes à respecter dans le cadre de la procédure d'entraide suisse, notamment avec les principes de la proportionnalité et de l'« utilité potentielle » ou encore avec le principe de la spécialité[1306].

17 Pour réduire au mieux cette incongruence avec la procédure d'entraide prévue par l'EIMP, les **solutions** suivantes sont proposées par la doctrine et la jurisprudence. Dans un **premier cas de figure**, l'audition par vidéoconférence est, à l'instar des autres mesures d'entraide, mise en œuvre entre la décision d'entrée en matière et la décision de clôture[1307]. Dans cette hypothèse, il convient à l'autorité suisse d'exécution de rendre une décision d'entrée en matière au sens de l'art. 80*a* al. 1 EIMP, combinée à la décision incidente d'exécution[1308], dans le cadre de laquelle elle examine que les conditions de la vidéoconférence, telles que définies par le droit conventionnel applicable, sont remplies[1309]. En outre, par un raisonnement analogique de l'art. 65*a* EIMP[1310], l'autorité suisse concernée mentionne l'exigence selon laquelle l'État requérant s'engage formellement, par une déclaration de garantie, à ne pas effectuer d'enregistrement ou de procès-verbal de l'audition par vidéoconférence et de n'utiliser les informations obtenues pour les besoins de sa procédure qu'après l'entrée en force de la décision de clôture[1311]. Préalablement à l'exécution de l'audition par vidéoconférence, l'autorité étrangère qui a formulé la demande d'entraide, soit généralement la direction de la procédure, est tenue de transmettre aux autorités suisses ladite déclaration de garantie valablement signée[1312]. À défaut, l'audition par vidéoconférence n'est pas mise en œuvre. En vertu du principe de bonne foi et de confiance réciproque entre États, le respect desdites garanties par l'État requérant est présumé[1313]. La décision incidente d'exécution de l'audition par vidéoconférence peut faire l'objet d'un recours – séparé – auprès de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (art. 37 al. 2 let. a LOAP[1314] en relation avec l'art. 25 al. 1 EIMP) selon les conditions

1306 ATF 131 II 132, consid. 2.2 *in fine* et 2.4 s. ; OFJ, 2025, p. 125 ; Zimmermann, p. 453, N. 520.

1307 V. TPF 2014 60. Ce scénario est généralement préféré lorsque la procédure étrangère est au stade de l'instruction. À ce propos, v. OFJ, Circulaire, p. 3 ; Zimmermann, p. 453, N. 520.

1308 V. OFJ, Circulaire, p. 3.

1309 TPF 2014 60, consid. 3.3 ; OFJ, Circulaire, p. 3 ; Zimmermann, p. 453, N. 520.

1310 TPF 2014 60, consid. 3.3 ; OFJ, 2025, p. 126 ; Zimmermann, p. 453, N. 520 et note 4404.

1311 TPF 2014 60, consid. 3.3 ; OFJ, 2025, p. 126 ; OFJ, Circulaire, p. 3, note 10 ; Zimmermann, p. 453, N. 520.

1312 OFJ, 2025, p. 126.

1313 *Ibidem*. V. ég. arrêt du TPF RR.2020.114-119 du 15.7.2020, consid. 3.4 *in fine*.

prévues par l'art. 80*e* al. 2 let. b EIMP (préjudice immédiat et irréparable), applicable par analogie[1315]. Une fois l'audition par vidéoconférence terminée et pour garantir le droit d'être entendu ainsi que les principes de la proportionnalité et de la spécialité, l'enregistrement et/ou le procès-verbal y relatif est soumis à la personne entendue ainsi qu'à quiconque est autorisé à recourir contre l'acte d'entraide[1316]. Dans l'hypothèse où l'ayant droit n'a pas consenti à l'exécution simplifiée selon l'art. 80*c* EIMP, l'autorité suisse d'exécution rend une décision de clôture sur l'octroi et l'étendue de l'entraide (art. 80*d* EIMP), laquelle est susceptible de recours dans les 30 jours auprès de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (art. 80*e* al. 1 et 80*k* EIMP ; v. ég. art. 37 al. 2 let. a LOAP en relation avec l'art. 25 al. 1 EIMP)[1317]. Après l'entrée en force de la décision de clôture, l'enregistrement et/ou le procès-verbal d'audition est transmis à l'autorité étrangère et l'autorisation d'utiliser les informations obtenues par la mesure d'entraide en question est partant donnée[1318]. Dans le **second cas de figure**, la procédure d'entraide est menée jusqu'à son terme et l'audition par vidéoconférence est exécutée après l'entrée en force de la décision de clôture, rendant par conséquent inutile la fourniture par l'État requérant des garanties précitées[1319]. Dans cette hypothèse, la décision d'entrée en matière se confond avec la décision de clôture, de sorte que, contrairement à la situation précédente, un seul recours – contre la décision de clôture – est ainsi susceptible d'être interjeté. Bien que ce scénario semble davantage respecter le principe de célérité, il n'est toutefois pas exempt de problèmes, puisque l'autorité d'exécution se voit contrainte de rendre une décision quant à la transmission de moyens de preuve qui n'ont pas encore été recueillis, la privant notamment d'examiner l'utilité potentielle de ceux-ci[1320]. En outre, l'ayant droit se voit quant à lui privé de faire valoir ses droits (not. le droit d'être entendu)[1321]. Pour pallier ce

1314.Loi fédérale du 19.3.2010 sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP ; RS 173.71).

1315.TPF 2011 124, consid. 1.4 ; OFJ, 2025, p. 126. V. ég. art. 80*h* (qualité pour recourir), 80*k*, 2e phr. (délai de 10 jours pour recourir) et 80*l* (effet suspensif).

1316.TPF 2014 60, consid. 3.4 s. et les réf. citées ; Ludwiczak Glassey, p. 132, N. 584 ; OFJ, Circulaire, p. 3 ; OFJ, 2025, p. 126 ; Zimmermann, p. 453, N. 520.

1317.OFJ, 2025, p. 126.

1318.*Idem*, p. 127.

1319.*Idem*, p. 125 et 127. Ce scénario est préféré lorsque la procédure étrangère est au stade des débats. À ce propos, v. OFJ, Circulaire, p. 3 ; Zimmermann, p. 453 s., N. 520.

1320OFJ, 2025, p. 127.

qui précède et éviter que cette variante ne soit rejetée, l'OFJ préconise que l'objet de l'audition par vidéoconférence soit au préalable clairement défini, au moyen d'une liste de questions transmise par l'autorité requérante, permettant ainsi, d'une part, à l'autorité suisse d'exécution d'examiner l'utilité potentielle des éléments qui pourront être recueillis à l'occasion de l'audition par vidéoconférence à venir et, d'autre part, à l'ayant droit de faire valoir ses droits par la possibilité offerte à ce dernier de se prononcer à leur égard, sur la base de ladite liste de questions qui lui est communiquée[1322]. Dans l'hypothèse où lesdites questions ne peuvent être transmises à l'ayant droit en raison de l'existence d'un risque de collusion, l'audition par vidéoconférence est rejetée, sous réserve du consentement donné par l'intéressé à l'exécution simplifiée au sens de l'art. 80*c* EIMP[1323]. Au cours de l'audition par vidéoconférence, l'autorité suisse concernée doit en outre veiller à ce que l'autorité requérante ne s'écarte pas de l'objet préalablement défini[1324], mettant ainsi à mal la spontanéité de l'audition au cours de laquelle l'autorité judiciaire étrangère ne peut librement compléter son interrogatoire au gré des déclarations de la personne entendue. En outre, l'avantage précité quant au respect du principe de célérité se trouve affaibli par le fait que les éventuelles questions sortant dudit cadre doivent faire l'objet d'une demande d'entraide complémentaire. Enfin, au terme de l'acte d'entraide en question, l'autorité d'exécution transmet le procès-verbal au sens de l'art. 9 par. 6 PAII CEEJ à l'autorité étrangère, accompagné de la réserve quant au principe de la spécialité (art. 67 EIMP).

b. Audition par conférence téléphonique

L'audition d'un témoin ou d'un expert par **conférence téléphonique** fait notamment l'objet de l'art. 10 PAII CEEJ[1325]. 18

Conformément à cette disposition, cette forme d'audition est mise en œuvre sur le territoire de l'État requis sur **demande de l'autorité requérante** (art. 19

1321 À ce propos, v. TPF 2014 60, consid. 3.4 ss, par lequel les Juges de Bellinzone n'ont pas admis un tel procédé en raison de la violation du droit d'être entendu de l'ayant droit qui s'est vu privé de la possibilité de se prononcer, avant la décision de clôture, quant à l'utilisation des informations obtenues au cours de l'audition par vidéoconférence. V. ég. OFJ, 2025, p. 127.

1322 OFJ, 2025, p. 127.

1323 *Ibidem*.

1324 *Ibidem*.

1325 S'agissant de l'admission en Suisse de cette forme d'audition, v. *supra*, N. 9.

10 par. 1 PAII CEEJ ; v. ég. art. 65 al. 1 *in initio* EIMP). Le dépôt d'une telle requête, dont le contenu est consacré au par. 4 de la disposition précitée, présuppose que l'audition sera menée par les autorités judiciaires de l'État requérant[1326].

20 Cet outil se distingue de la vidéoconférence en ce sens qu'il est limité aux auditions des témoins et experts[1327] et subordonné au consentement express de ceux-ci (art. 10 par. 2 PAII CEEJ). Il n'est en outre pas subsidiaire à la forme classique de l'audition et est particulièrement utile lorsque, par exemple, un témoin doit faire une déposition sur une question de routine[1328]. Pour que cette forme d'audition soit admise, il faut également qu'elle soit prévue par le droit national de l'État requérant (art. 10 par. 1 PAII CEEJ)[1329] et que l'État requis y consente en s'assurant préalablement que cette méthode ne heurte pas les principes fondamentaux de son droit (art. 10 par. 3 PAII CEEJ). En tant qu'État requis, la Suisse, soit pour elle l'autorité d'exécution compétente, examine dans ce contexte quelle suite il y a lieu de donner à la demande formulée par les autorités étrangères en s'appuyant sur l'art. 65 EIMP[1330].

21 Les **modalités pratiques** quant à l'exécution de l'audition par conférence téléphonique sont arrêtées d'un commun accord entre les États concernés (art. 10 par. 5, 1re phr. PAII CEEJ) et, une fois celles-ci convenues, l'autorité requise s'engage à exécuter les tâches réglées au par. 5, 2e phr., let. a à c de ladite disposition. La pratique suivie par certains États parties qui consiste à entendre un témoin ou un expert dans les locaux d'un consulat se trouvant sur le territoire de l'État requis sans l'assistance de celui-ci n'est par exemple pas contraire à l'art. 10 PAII CEEJ[1331]. Ce nonobstant et indépendamment des arrangements convenus, l'État requis peut exiger, en se fondant sur le par. 6, le respect des règles applicables à la vidéoconférence et consacrées à l'art. 9 par. 5 et 7 PAII CEEJ.

1326 Message PAII CEEJ 2003, p. 2888.

1327 Excluant *a contrario* l'audition par conférence téléphonique des personnes poursuivies et des suspects.

1328 Message PAII CEEJ 2003, p. 2887 s.

1329 Le droit de procédure suisse ne prévoit pas l'audition par conférence téléphonique, de sorte que la Suisse, en tant qu'État requérant, est privée de la possibilité de demander à un pays étranger le recours à une telle méthode (art. 10 par. 1 PAII CEEJ). Pour une proposition de solution à cet égard, v. *infra*, N. 23 et note de bas de page 76.

1330 Message PAII CEEJ 2003, p. 2888.

1331 *Ibidem*.

S'agissant des problèmes liés au **caractère instantané et immédiat** de l'audition par conférence téléphonique et, partant, à la prise de connaissance par l'autorité requérante des éléments de preuve en temps réel et aux solutions préconisées, le lecteur est renvoyé aux considérations développées à cet égard s'agissant des auditions par vidéoconférence[1332]. 22

c. Remarques conclusives

La vidéoconférence et la conférence téléphonique sont, compte tenu de l'augmentation de la criminalité internationale et en raison de leur praticité[1333], appelées à prendre de l'importance, notamment pour les procédures complexes. Il serait par conséquent opportun d'opérer une **modification législative** à cet égard et prévoir, dans l'EIMP, une disposition (p. ex. en ajoutant un art. 65*b*, respectivement, 65*c*) réglant ces deux modes d'audition, à l'image des règles consacrées aux art. 9 et 10 PAII CEEJ. Comme le relève à juste titre Zimmermann, « [e]n introduisant dans le droit interne une disposition spécifique régissant [les auditions par] vidéoconférence [et par conférence téléphonique], le législateur donnerait une base légale à l'entraide accordée par la Suisse à des États avec lesquels elle n'est pas liée par un traité ou avec lesquels le traité conclu ne prévoit pas la possibilité d'exécuter [de tels actes d'enquête] »[1334]. Ce nonobstant, en l'absence de base légale conventionnelle, et pour éviter le rejet de l'audition selon l'une des formes précitées, l'Office fédéral de la justice propose de négocier avec l'État requérant la procédure à suivre pour sa mise en œuvre. Dans ce cadre, une assurance de réciprocité avec ledit État doit être requise et un éventuel examen de la fiabilité du système juridique de ce dernier peut également être demandé au Département fédéral des affaires étrangères[1335]. 23

C. Compatibilité avec le droit suisse et absence de graves préjudices aux personnes participant à la procédure (al. 2)

À teneur de l'art. 65 al. 2 EIMP, la forme applicable à la confirmation de dépositions et à l'obtention de moyens de preuve, conformément à l'al. 1, doit 24

1332 V. *supra*, N. 16 s.

1333 À ce propos, v. ég. *supra*, note de bas de page 46.

1334 Zimmermann, p. 453, N. 519 *in fine*. État requérant, de demander à un pays étranger d'y avoir recours. Zimmermann, p. 454 s., N. 521.

1335 OFJ, Circulaire, note 8.

être **compatible avec le droit suisse** et ne pas causer de **graves préjudices** aux personnes qui participent à la procédure.

25 Comme relevé *supra*, la condition de la **compatibilité avec le droit suisse** a été voulue pour limiter l'exécution des actes d'entraide par les autorités helvétiques, selon les formes prescrites par le droit étranger, à celles qui sont admises par l'ordre juridique suisse (v. art. 63 EIMP) et qui ne sont, partant, pas contraire aux principes fondamentaux du droit suisse[1336]. Concrétisant cette condition, l'art. 27 OEIMP précise que le **serment**, en tant que forme requise pour la confirmation des déclarations, n'est pas admis en droit suisse, selon l'art. 65 al. 2 EIMP, si la loi de l'État requérant laisse le choix entre le serment et la promesse solennelle de dire la vérité et que le témoin ou l'expert interrogé refuse de prêter serment[1337]. En cette dernière occurrence, la personne entendue est, avant de déposer, exhortée à dire la vérité (art. 163 al. 2 CPP) et avertie des conséquences que l'art. 307 CP attache à une déclaration contraire à la vérité[1338].

26 Concernant la condition de l'**absence de graves préjudices aux personnes participant à la procédure**, celle-ci a été voulue par le législateur aux fins de protéger les secrets privés non garantis par l'art. 65 al. 3 EIMP, soit, en particulier, les secrets d'affaires ou de fabrication des témoins et experts[1339].

D. Droit de refuser de témoigner (al. 3)

27 En principe, dans le cadre d'une procédure d'entraide pour laquelle la Suisse est l'État requis, les règles du **droit de procédure pénale suisse** trouvent application s'agissant de l'obligation, respectivement, du refus, de témoigner (art. 9 et 12 al. 1 EIMP ; v. ég. art. 163 al. 2 et 168 à 177 CPP, de même que l'art. 187 al. 2 *in fine* CPP ; art. 265 al. 2 let. b CPP)[1340]. L'art. 65 al. 3 EIMP prévoit cependant que la personne entendue[1341] peut – en sus des motifs de refus prévus par le droit suisse – se prévaloir de ceux consacrés par la **législation**

1336.Pour des développements à ce propos, v. *supra*, N. 9.

1337.À ce propos, v. ég. BSK-Sprenger, art. 65 EIMP N. 10 ; Donatsch/Heimgartner/Simonek, p. 51 s., note 178 ; Gless, p. 110, note 715.

1338.V. ég. art. 9 par. 7 PAII CEEJ s'agissant des auditions menées par vidéoconférence. À cet égard, v. *supra*, N. 14.

1339.BSK-Sprenger, art. 65 EIMP N. 11 et les réf. citées.

1340.BSK-Glutz, art. 9 EIMP N. 1 ; BSK-Sprenger, art. 65 EIMP N. 12 ; Ludwiczak Glassey, Petit commentaire EIMP, art. 65 EIMP N. 7.

de l'État requérant. À teneur de cette dernière disposition, le droit de refuser de témoigner est en outre admis si le fait de déposer peut entraîner des sanctions pénales ou disciplinaires dans ce dernier État ou dans l'**État de résidence** de la personne entendue[1342]. Dans un tel cas de figure, la personne entendue peut se faire assister par un mandataire (art. 21 al. 2 EIMP).

28 Le droit de refuser de témoigner rappelé à l'art. 65 al. 3 EIMP est institué pour la **protection des seuls témoins et experts**. Aussi, les personnes mises en cause par ceux-ci n'ont pas qualité pour se prévaloir dudit droit[1343].

29 Au début de l'audition menée en Suisse, l'autorité qui la conduit est tenue d'**informer** le témoin ou l'expert entendu de son droit de refuser de déposer en raison des motifs prévus tant par le droit suisse que par le droit de l'État requérant (v. art. 143 al. 1 let. c et art. 177 al. 3 CPP ; v. ég., pour l'audition des experts, art. 187 al. 2 *in fine* CPP qui renvoie aux dispositions sur l'audition des témoins)[1344]. Lors de cette information, il convient de tenir compte – en sus de ce qui précède – du fait que la personne entendue peut également se prévaloir dudit droit si elle risque, par ses déclarations, de se voir infliger des sanctions pénales ou disciplinaires dans l'État requérant ou dans son État de résidence[1345]. Par ailleurs, l'autorité qui mène l'audition[1346] est, au cours de la mesure d'entraide, également tenue d'attirer l'attention de la personne

---

1341 De même que la personne ayant le statut de témoin, voire d'expert, sommée de produire des objets (en particulier des documents) au sens de l'art. 265 al. 1 CPP (art. 265 al. 2 let. b CPP). Les considérations qui suivent s'appliquent par conséquent également à l'obligation de dépôt, moyennant les adaptations qu'imposent ce type de mesure.

1342 À ce propos, v. arrêt du TF 1A.53/2003 du 1.9.2003, consid. 2.6.1 s. À noter qu'en admettant également l'application du droit de l'État de résidence, l'EIMP va plus loin que le PAII CEEJ, qui, s'agissant des auditions menées par vidéoconférence, prévoit que la personne entendue peut invoquer le droit de ne pas témoigner qui lui serait reconnu par la loi soit de la Partie requise soit de la Partie requérante (art. 9 par. 5 let. e PAII CEEJ).

1343 Not. arrêt du TF 1A.123/2000 du 24.5.2000, consid. 1.b.

1344 Stelzer-Więckowska, p. 151. V. ég. Donatsch/Heimgartner/Simonek, p. 51 et 54. Étant précisé que l'information quant au droit de refuser de déposer est également mentionnée dans la citation à comparaître notifiée par l'autorité suisse d'exécution. Une telle mention ne dispense toutefois pas les autorités concernées de rappeler et, le cas échéant, de préciser, en début d'audition, voire également au cours de celle-ci, la teneur des droits de la personne entendue.

1345 Stelzer-Więckowska, p. 151.

1346 Soit l'autorité suisse d'exécution, lorsque l'audition est menée selon le droit suisse, ou tant l'autorité de l'État requérant que l'autorité suisse d'exécution lorsque l'audition est conduite par la première selon son propre droit.

entendue quant à des motifs de refus de témoigner qui n'auraient pas été évoqués en début d'audition et qui transparaîtraient de ses déclarations. Une telle information quant au droit de refuser de déposer fondé sur le droit étranger peut toutefois être difficile à donner par l'autorité suisse d'exécution susceptible d'en ignorer l'existence, en particulier lorsque l'audition est menée selon les règles prescrites par le droit suisse. Cette ignorance peut être due au fait qu'aucun élément ressortant du dossier, notamment de la demande d'entraide émise par l'autorité étrangère, ou des déclarations de l'intéressé ne permette de conclure qu'un tel droit lui est reconnu dans l'État requérant[1347]. Dans les cas où l'audition est menée en Suisse en application des règles prescrites par le droit étranger (art. 65 al. 1 et 2 EIMP), une information complète quant au droit en question est présumée garantie dès lors qu'elle résulte d'une concertation préalable, de même que d'une coopération durant l'audition, entre l'autorité étrangère qui conduit la mesure et l'autorité suisse d'exécution alors présente. Une difficulté peut toutefois encore subsister lorsque lesdites autorités ignorent l'existence du droit de refuser de déposer fondé sur le droit de l'État de résidence, par hypothèse différent de l'État requérant. Il convient enfin de souligner qu'une information insuffisante ou son omission peut avoir pour conséquence l'inexploitabilité des informations recueillies[1348].

III. CAS VISÉS PAR L'ART. 65 EIMP EN TANT QUE MOTIFS DE RECOURS

30 Selon les termes de l'art. 80*i* al. 1 let. b EIMP, le **recours** auprès de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (v. art. 80*e* al. 1 EIMP en relation avec l'art. 25 al. 1 EIMP et l'art. 37 al. 2 let. a LOAP) peut être formé pour l'application illégitime ou manifestement incorrecte du droit étranger, dans les cas développés *supra* visés par l'art. 65 EIMP[1349]. L'intéressé, personnellement et directement touché par une mesure d'entraide et qui dispose d'un intérêt digne de protection à ce que celle-ci soit annulée ou modifiée (art. 80*h* let. b

1347.Stelzer-Więckowska, p. 151.

1348Pour ce qui concerne le droit suisse, v. art. 177 al. 3, 2e phr. CPP pour l'audition des témoins et art. 187 al. 2 *in fine* CPP, pour l'audition des experts, qui renvoie aux dispositions sur l'audition des témoins. Pour un cas d'application, v. not. arrêt du TF 1A.53/2003 du 1.9.2003, consid. 2.6.1 s.

1349.V. not. arrêt du TPF RR.2021.293 du 23.3.2022, consid. 1.5.

EIMP), peut ainsi invoquer devant l'autorité de recours des griefs quant à l'application illégitime ou incorrecte du droit étranger (règles de forme concernant l'audition des témoins et experts et l'admissibilité d'autres moyens de preuve), à la conformité de celui-ci avec le droit suisse[1350] ainsi qu'à la violation du droit de refuser de témoigner. Dans ce cadre, la Cour précitée peut également examiner la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ainsi que l'opportunité de la décision attaquée conformément à l'art. 49 let. b et c PA en relation avec l'art. 37 al. 2 let. b LOAP[1351].

BIBLIOGRAPHIE

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 3e éd., Zurich 2024.

Eymann Stéphanie, Commentaire de l'art. 80*i* EIMP, in : Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Bâle 2015.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 3e éd., Bâle 2021.

Glutz Alexander M., Commentaire de l'art. 9 EIMP, in : Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Bâle 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Commentaire de l'art. 65 EIMP, in : Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (édit.), Petit commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Bâle 2024.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Bâle 2018.

Sprenger Thomas, Commentaire de l'art. 65 EIMP, in : Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Bâle 2015.

Stelzer-Więckowska Marta, Commentaire de l'art. 63 EIMP, in : Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (édit.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz

1350BSK-Eymann, art. 80*i* EIMP N. 3.

über internationale Rechtshilfe in Strafsachen, DOI : 10.17176/20250722-185621-0.

Stelzer-Więckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen : grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zurich 2022.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6e éd., Berne 2024.

MATÉRIAUX

Conseil fédéral, Message relatif au Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 26 mars 2003, FF 2003 2873 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2003/467/fr.

Conseil fédéral, Message concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de la loi fédérale relative au traité conclu avec les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 29.3.1995, FF 1995 III 1 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/3_1_1_1/fr.

Conseil fédéral, Message à l'appui d'une loi sur l'entraide internationale en matière pénale et d'un arrêté fédéral sur les réserves relatives à la convention européenne d'extradition du 8.3.1976, FF 1976 II 430 ss, disponible sur https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1976/2_444_430_443.

Office fédéral de la Justice, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives, 10e éd., 2025, disponible sur https://www.rhf.admin.ch/fr/directives-aide-memoire-et-circulaires.

Office fédéral de la justice, Circulaire n. 3 : Audition par vidéoconférence, du 24 octobre 2013, disponible sur https://www.rhf.admin.ch/fr/directives-aide-memoire-et-circulaires.

1351.Not. TPF 2007 57, consid. 3.2 ; arrêt du TPF RR.2024.45 du 20.6.2024, consid. 3 ; arrêt du TPF RR.2021.293 du 23.3.2022, consid. 1.5. V. ég. Donatsch/Heimgartner/Simonek, p. 176 ; Zimmermann, p. 540, N. 629.

Office fédéral de la Justice, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives, 9e éd., 2009.

Office fédéral de la Justice, L'entraide judiciaire entre la Suisse et l'Italie, Directives, Application de l'Accord entre la Confédération suisse et la République italienne en vue de compléter la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 et d'en faciliter l'application, 2003, disponible sur https://www.rhf.admin.ch/fr/directives-aide-memoire-et-circulaires.