



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP

Office fédéral de la justice OFJ
Unité Entraide judiciaire

9^{ème} édition 2009 (Etat de la jurisprudence mai 2010)

L'entraide judiciaire internationale en matière pénale

Directives

| Table des matières | page |
|---|------|
| 1 Introduction | 4 |
| 1.1 Préface à la neuvième édition | 4 |
| 1.2 Objet..... | 4 |
| 1.3 Définition de l'entraide judiciaire | 5 |
| 1.3.1 L'entraide judiciaire au sens large..... | 5 |
| 1.3.2 Entraide judiciaire accessoire (petite entraide judiciaire) | 5 |
| 1.3.3 Assistance administrative | 5 |
| 1.3.4 Collaboration policière | 6 |
| 1.3.5 Transmission spontanée d'informations et de moyens de preuve | 6 |
| 1.3.6 Exécution des décisions | 7 |
| 1.3.7 Renseignements sur le droit pénal étranger | 8 |
| 1.4 Cadre juridique de la coopération..... | 8 |
| 1.4.1 Droit international..... | 8 |
| 1.4.2 Droit national..... | 10 |
| 1.4.3 Droit cantonal..... | 13 |
| 2 Principes de l'entraide judiciaire..... | 14 |
| 2.1 Fondements de la coopération | 14 |
| 2.1.1 Etat de droit | 14 |
| 2.1.2 Affaire pénale..... | 14 |
| 2.1.3 Lien avec la Suisse | 15 |
| 2.1.4 Intérêts essentiels de la Suisse (art.1a EIMP) | 16 |
| 2.2 Causes d'exclusion de l'entraide judiciaire | 16 |
| 2.2.1 Défauts de la procédure: art. 2 EIMP..... | 16 |
| 2.2.2 Infractions de nature politique ou militaire: art. 3 al. 1 et 2 EIMP | 18 |
| 2.2.3 Infraction monétaire, commerciale ou économique (art.3 al. 3 EIMP)..... | 18 |
| 2.2.4 Cas de peu d'importance (art. 4 EIMP)..... | 19 |
| 2.2.5 Extinction de l'action. Res judicata (ne bis in idem) et prescription (art. 5 EIMP)..... | 19 |
| 2.3 Entraide judiciaire en matière fiscale | 20 |
| 2.3.1 Principes | 20 |
| 2.3.2 Notion d'infraction fiscale | 21 |
| 2.3.3 Exceptions au refus de l'entraide fiscale :..... | 22 |
| 2.4 Concours de l'irrecevabilité et de l'admissibilité de la coopération (art. 6 EIMP) | 24 |
| 2.5 Causes de refus de l'entraide judiciaire..... | 24 |
| 2.5.1 Réciprocité (art. 8 EIMP)..... | 24 |
| 2.5.2 Double incrimination | 25 |

| | | |
|-------|---|----|
| 2.5.3 | Attestation (art. 76 let. c EIMP) | 26 |
| 2.6 | Principes d'exécution de l'entraide judiciaire | 26 |
| 2.6.1 | Principe de la confiance | 26 |
| 2.6.2 | Principe de faveur | 27 |
| 2.6.3 | Principe de célérité (art. 17a EIMP)..... | 27 |
| 2.6.4 | Proportionnalité et étendue de l'entraide..... | 28 |
| 2.7 | Spécialité de l'entraide judiciaire..... | 30 |
| 2.7.1 | En général..... | 30 |
| 2.7.2 | En droit suisse..... | 31 |
| 2.7.3 | En pratique..... | 33 |
| 3 | Entraide judiciaire, procédure..... | 35 |
| 3.1 | Voies de transmission, forme, contenu et langue de la demande d'entraide | 35 |
| 3.1.1 | Remarques générales sur les prescriptions applicables à la forme ... | 35 |
| 3.1.2 | Voies de transmission | 35 |
| 3.1.3 | Forme et contenu de la demande d'entraide judiciaire..... | 36 |
| 3.1.4 | Langue de la demande d'entraide judiciaire | 39 |
| 3.2 | Autorités compétentes en matière de procédure d'entraide judiciaire | 40 |
| 3.2.1 | Autorités cantonales..... | 40 |
| 3.2.2 | Canton directeur..... | 40 |
| 3.2.3 | Office fédéral de la justice (OFJ) | 41 |
| 3.2.4 | Autres autorités fédérales | 43 |
| 3.3 | Procédure et voies de recours | 44 |
| 3.3.1 | La procédure d'entraide judiciaire en matière pénale..... | 44 |
| 3.3.2 | Qualité de partie à la procédure d'entraide..... | 47 |
| 3.3.3 | Voies et motifs de recours..... | 50 |
| 3.4 | Démarches spécifiques liées à la procédure | 55 |
| 3.4.1 | Mesures provisoires | 55 |
| 3.4.2 | Présence de personnes participant à la procédure étrangère et exécution d'actes officiels..... | 55 |
| 3.4.3 | Mise sous scellés | 57 |
| 3.4.4 | Application du droit étranger lors de l'exécution d'une requête | 58 |
| 3.5 | Remise d'objets et de valeurs | 58 |
| 3.5.1 | Droit conventionnel..... | 58 |
| 3.5.2 | Législation suisse | 59 |
| 3.5.3 | Remise à titre probatoire | 60 |
| 3.5.4 | Remise en vue de restitution ou de confiscation | 60 |
| 3.5.5 | « Sharing » (partage) des valeurs confisquées | 63 |
| 3.6 | Nouveaux instruments de coopération..... | 65 |
| 3.6.1 | Spécificités procédurales communes | 65 |
| 3.6.2 | Audition par vidéoconférence (et par conférence téléphonique) | 66 |
| 3.6.3 | Contrôle téléphonique et autres mesures de surveillance technique | 68 |
| 3.6.4 | Enquête discrète | 70 |
| 3.6.5 | Equipes communes d'enquête | 71 |

| | | |
|-------|---|----|
| 3.7 | Frais de l'entraide judiciaire | 72 |
| 4 | Notification d'actes judiciaires | 74 |
| 4.1 | Voie de transmission, forme de la notification et prescriptions de forme | 74 |
| 4.1.1 | Notification directe par voie postale au destinataire | 74 |
| 4.1.2 | Notification par la voie de l'entraide judiciaire | 75 |
| 4.1.3 | Notification par la voie diplomatique | 75 |
| 4.1.4 | Notification par la représentation suisse au destinataire par la voie postale | 75 |
| 4.2 | Citations | 76 |
| 5 | Coopération avec les juridictions internationales | 78 |
| 6 | Annexes | 80 |
| 6.1 | Bibliographie sommaire et récente (dès 2000) | 80 |
| 6.2 | Liste des abréviations courantes | 80 |
| 6.3 | Procédure d'entraide judiciaire | 83 |
| 6.4 | Transmission spontanée d'informations touchant le domaine secret. Libellé du texte des restrictions d'utilisation..... | 84 |
| 6.5 | Garanties à fournir dans le cadre de l'article 65a EIMP par les personnes participants à la procédure étrangère | 84 |

1 Introduction

1.1 Préface à la neuvième édition

Dix ans se sont écoulés depuis la dernière édition de ces directives en 1998. Depuis lors, beaucoup de choses ont évolué.

La technique en premier lieu. Le développement d'internet et des sites de l'administration fédérale nous incitent à ne publier dorénavant ces directives que sur le site de l'OFJ ¹, avec l'avantage qu'elles pourront régulièrement être remises à jour. Deuxièmement, si en 1998 les directives étaient la seule publication traitant la question de l'entraide judiciaire d'une manière globale, ce n'est heureusement plus le cas aujourd'hui. De nombreux ouvrages ou commentaires sont venus apporter dans l'intervalle une aide précieuse dans ce domaine (cf. ch. 6.1 p 80.). Dans ces conditions, cette neuvième édition se veut avant tout pratique et simple d'usage. Sa structure est en principe calquée sur la démarche du praticien de l'entraide judiciaire lorsqu'une demande d'entraide judiciaire est déposée sur son bureau.

Finalement, au niveau du droit conventionnel, la Suisse est ou va être confrontée aux modalités d'application de nouveaux instruments de coopération tels le Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (PAII CEEJ) ou encore l'Accord avec l'Union européenne sur la fraude et la Convention d'application de Schengen. C'est l'occasion ici de tracer quelques pistes en vue de dégager une pratique uniforme dans ce nouveau domaine.

L'état de la jurisprudence est arrêté au 1er mai 2009. Etant donné que les arrêts du Tribunal fédéral et celle du Tribunal pénal fédéral sont publiées sur internet, seules les décisions de principe prises par ces juridictions seront citées.

Bonne lecture !

1.2 Objet

Les présentes directives traitent du mode de coopération internationale en matière pénale appelé « petite » entraide judiciaire, entraide judiciaire « accessoire » ou « autres actes d'entraide » (cf. ci-après, ch. 1.3.2 p. 5). Elles contiennent une récapitulation des principes les plus importants (définition de l'entraide judiciaire, sources juridiques, principes matériels, voies de transmission, compétences, voies de recours, forme, langue, notification d'actes judiciaires et de citations). Elles concernent aussi bien les demandes d'entraide adressées par la Suisse à l'étranger que celles présentées par l'étranger à notre pays. Ces directives sont destinées en premier lieu aux autorités suisses, aux avocats et aux autres personnes concernées par la procédure; elles peuvent également être utiles à des autorités étrangères et à d'autres milieux intéressés.

Pour ce qui concerne les exigences pratiques, spécifiques à chaque pays, nous vous prions de vous référer au « **Guide de l'entraide judiciaire** ²», lequel mentionne les bases légales propres à chacun des pays et contient des indications sur les exigences posées dans le domaine de la traduction et de la légalisation, ainsi que sur la voie de transmission et sur toute autre particularité éventuelle.

¹ <http://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/strafrecht.html>

² <http://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/rechtshilfefuehrer.html>

1.3 Définition de l'entraide judiciaire

1.3.1 L'entraide judiciaire au sens large

L'entraide judiciaire internationale en matière pénale comprend toutes les mesures prises par un Etat (Etat requis) sur demande d'un autre Etat (Etat requérant) en vue de soutenir la poursuite et la répression d'infractions pénales dans l'Etat requérant. Mettant en jeu les relations d'Etat à Etat, la coopération judiciaire internationale en matière pénale relève du droit international public et a une nature administrative, même si elle recourt souvent à des notions de droit pénal et est avant tout mise en œuvre par des autorités de poursuite pénale.

La loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale divise la matière en quatre chapitres: extradition, autres actes d'entraide ³, délégation de la poursuite pénale et exécution de décisions pénales étrangères ⁴.

1.3.2 Entraide judiciaire accessoire (petite entraide judiciaire)

L'expression « entraide judiciaire » utilisée ci-après ne concerne que l'entraide judiciaire « accessoire », la « petite » entraide judiciaire ou les « autres actes d'entraide » au sens de la troisième partie de l'EIMP. Elle doit être comprise comme le soutien que les autorités de l'Etat requis apportent à la justice de l'Etat requérant en accomplissant sur leur territoire des actes de procédure ou d'autres actes officiels et en communiquant le résultat aux autorités requérantes étrangères en vue de l'utilisation de ce dernier dans une procédure pénale déterminée. Dans ce sens, l'entraide judiciaire comprend notamment l'audition de témoins et de personnes entendues à titre de renseignements ou d'inculpés, la remise ou la saisie de pièces à conviction ou de documents, la perquisition et la confiscation, la confrontation de personnes, la remise de valeurs et la notification de citations, de jugements et d'autres actes judiciaires ⁵ (cf. ch. 4, p. 74).

1.3.3 Assistance administrative

Il convient par principe d'opérer une distinction entre la notion d'entraide judiciaire et celle d'assistance administrative, dont la dénomination ne revêt pas le même sens dans tous les pays (elle est parfois aussi appelée entraide judiciaire en matière administrative ou entraide administrative). L'assistance administrative concerne la collaboration entre autorités administratives. Elle a connu ces dernières années un développement marqué dans différents secteurs (coopération en matière de surveillance des bourses, en matière douanière et en matière fiscale). Il est de moins en moins possible d'établir clairement la différence avec l'entraide judiciaire, vu que des affaires pénales peuvent également relever en partie de la compétence d'autorités administratives, et que celles-ci sont habilitées à utiliser des mesures de contrainte pour donner suite aux demandes de leurs homologues étrangers ⁶, leurs décisions étant soumises à un contrôle judiciaire ⁷.

Ces particularités seront, si nécessaire, mentionnées dans la suite du texte.

³ Appelée aussi « petite » entraide ou entraide « accessoire »

⁴ Cf. ch. 1.3.6 p. 7

⁵ Cf. art. 63, al. 1 à 3, EIMP, art. 25 OEIMP, ainsi que art. 1er, ch. 4, TEJUS

⁶ Cf. par exemple les articles 15 et 24 de l'Accord entre la Suisse et l'Union européenne pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers ([AAF / RS 0.351.926.81](#))

⁷ Urs R. Behnisch, Internationale Amts- und Rechtshilfe im Steuerrecht – Neue Tendenzen. Schweizer Treuhänder 2007/4 p. 286-289

1.3.4 Collaboration policière

La loi sur l'entraide judiciaire sert également de base à la collaboration des autorités de police⁸. Celle-ci comprend des mesures qui n'impliquent pas l'emploi de moyens de contrainte prévus par le droit de procédure, telles l'interrogation policière de personnes concernées par la procédure, ou la restitution de valeurs sans contrainte procédurale. La remise de décisions et de dossiers pénaux en est expressément exclue. A noter ici aussi que la délimitation entre entraide de police et entraide judiciaire varie suivant les accords internationaux⁹ et de pays en pays, nécessitant parfois la conclusion d'accords « mixtes »¹⁰

La principale différence par rapport à l'entraide judiciaire réside dans l'absence de toute possibilité de recours pour les personnes concernées et le fait que le principe de double incrimination ne trouve pas application.

En règle générale, les autorités de police communiquent avec l'étranger par l'intermédiaire des bureaux centraux nationaux d'Interpol. Elles peuvent déroger à ce principe en cas d'urgence, dans les cas de peu d'importance, en cas de contraventions à des prescriptions sur la circulation routière ou dans le trafic frontalier¹¹.

Au sein de l'Union européenne, l'accord de Schengen a modifié les règles de la collaboration policière. La Suisse avait déjà conclu, notamment avec les pays limitrophes, des accords bilatéraux en matière de police afin d'atteindre un niveau de collaboration similaire¹². Ce standard, en particulier le raccordement de la Suisse au Système d'information Schengen (SIS), est en vigueur avec tous les Etats Schengen depuis l'entrée en vigueur de la Convention d'application de l'Accord de Schengen pour la Suisse le 12 décembre 2008¹³.

1.3.5 Transmission spontanée d'informations et de moyens de preuve

1.3.5.1 *Objet*

L'article 67a EIMP englobe sous ce titre les règles applicables à la transmission spontanée de moyens de preuve et d'informations qui ont été recueillis dans le cadre d'une procédure pénale ouverte en Suisse et que l'autorité de poursuite pénale suisse souhaite remettre à une autorité étrangère si elle estime que cette transmission est de nature à permettre l'ouverture d'une poursuite pénale ou à faciliter le développement d'une enquête en cours. Aucune voie de recours n'est ouverte aux personnes concernées par les informations ou moyens de preuve transmis¹⁴.

⁸ Art. 351quinquies CP, RS 311.0 ; art. 75a EIMP

⁹ Exemple : Les **observations transfrontalières** sont classées dans l'**entraide de police** par la Convention d'application de l'Accord de Schengen (art.42 et 43) alors qu'elles font aussi l'objet du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'**entraide judiciaire**. La surveillance simple d'un individu dans des lieux publics relève toutefois de l'entraide policière (pas de mesure de contrainte). La personne observée de cette façon n'a pas qualité pour recourir contre la transmission du rapport d'observation à l'autorité requérante (TPF RR 2009.198 du 17 novembre 2009, consid. 2.3)

¹⁰ Exemple : Accord du 11 mai 1998 entre la Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française relatif à la coopération transfrontalière en matière **judiciaire, policière et douanière** (RS 0.360.349.11)

¹¹ Art. 35 al. 2 OEIMP

¹² Pour la liste complète des accords cf. RS [0.360...](#)

¹³ Journal officiel de l'UE n° [L 239 du 22/09/2000 p. 0019 - 0062](#) / Ce texte n'est pas publié au RS mais figure sur le site de l'OFJ: <http://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/strafrecht/rechtsgrundlagen/multilateral/sdue.html>

¹⁴ ATF 125 II 238

1.3.5.2 Contenu

Aussi longtemps que le domaine secret n'est pas touché par la transmission, toute **information ou moyen de preuve** pertinents peuvent être transmis par le biais de l'art. 67a EIMP.

Si le **domaine secret** est concerné (en pratique avant tout le secret bancaire, mais aussi le secret des télécommunications), **seules des informations** peuvent faire l'objet d'une transmission spontanée, et non des moyens de preuve.

En pratique, il convient de transmettre juste assez d'informations pour permettre à l'autorité judiciaire étrangère de présenter une demande d'entraide répondant aux critères de l'EIMP¹⁵. A ce stade déjà, l'utilisation de ces informations doit être **soumise à des restrictions** visant à éviter tout usage dans des procédures pour lesquelles l'entraide est irrecevable¹⁶. Les moyens de preuve correspondants ne seront remis par la Suisse que si l'Etat étranger les sollicite par la voie d'une demande d'entraide.

Toute transmission spontanée doit faire l'objet d'un procès-verbal¹⁷ dans la procédure suisse et communiquée comme telle à l'autorité étrangère, ces écrits devant de plus être portés à la connaissance de l'OFJ en qualité d'autorité de surveillance¹⁸.

1.3.5.3 Limites

La faculté offerte par l'art. 67a EIMP doit être utilisée avec réserve, afin de ne pas encourager la délation et d'éviter un flux incontrôlé d'informations vers l'étranger¹⁹.

L'art. 67a EIMP s'inspire de l'article 10 de la Convention européenne contre le blanchiment de 1990²⁰. L'art. 67a EIMP ne doit en principe être utilisé qu'aussi longtemps que la procédure pénale en suisse est pendante²¹. De plus, la transmission spontanée ne peut être utilisée pour transmettre des informations ou moyens de preuve qui font déjà l'objet d'une commission rogatoire²².

Il convient également de souligner que la transmission d'un moyen de preuve à un Etat avec lequel la Suisse n'est pas liée par un accord international requiert **l'autorisation de l'OFJ**²³.

1.3.6 Exécution des décisions

D'autres documents de l'Office fédéral de la justice traitent de l'exécution, en Suisse, de peines privatives de liberté prononcées à l'étranger ou de l'exécution à l'étranger de peines privatives de liberté prononcées en Suisse. Les présentes directives n'abordent que certaines questions relatives à l'exécution d'autres décisions, notamment de celles qui concernent la remise ou la confiscation de valeurs (cf. ch. 3.5, p. 58)

¹⁵ Par exemple en cas de transmission d'informations bancaires: objet de l'enquête suisse, relation avec l'Etat étranger, emplacement du compte bancaire concerné, titularité du compte, invitation à déposer une demande d'entraide judiciaire.

¹⁶ Cf. **le modèle** adopté par la Conférence des autorités de poursuite pénale suisse, à l'annexe ch. 6.5, p. 84. La possibilité de soumettre la transmission spontanée à des conditions est actuellement la règle au plan conventionnel (art. 12 PA II CEEJ / RS 0.351.12; art. 18 al. 4 et 5 UNTOC / RS 0.311.54). Elle est aussi possible dans le cadre de la Cbl (art. 33.al. 3 Cbl / RS 0.311.53 // FF 1992 VI 8ss p.23)

¹⁷ Art. 67 al. 6 EIMP

¹⁸ ATF 125 II consid. 6 c) et d) pp. 248/249

¹⁹ Message du 29 mars 1995 FF 1995 III p 1ss, 25

²⁰ RS 311.53

²¹ L'al. 2 de l'article 67a EIMP parle en effet de « procédure pénale **en cours** »

²² ATF 129 II 544 consid. 3.2

²³ Art. 67 al. 3 EIMP

1.3.7 Renseignements sur le droit pénal étranger

L'entraide judiciaire « accessoire », ne comprend pas l'obtention de renseignements sur le droit pénal et sur la procédure pénale étrangers qui sont visés par le Protocole additionnel à la Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger ²⁴. Ces demandes de renseignements relèvent **également** de la compétence de l'Office fédéral de la justice.

1.4 Cadre juridique de la coopération

Pour déterminer par Etat la base juridique applicable, prière de se reporter au " Guide de l'entraide judiciaire " sur le site de l'OFJ ²⁵

1.4.1 Droit international

1.4.1.1 Remarques préliminaires

C'est presque devenu un lieu commun que de constater que les criminels ont rapidement su tirer avantage du développement de la technique (transports et communications) et de la mobilité accrue des capitaux et des personnes pour donner un essor exponentiel à leurs activités illicites. La communauté internationale a réagi en concluant de nombreuses conventions pour tenir compte des changements nécessités par ces nouvelles formes de criminalité et doter les autorités de poursuite pénale de nouveaux instruments de coopération plus performants. Ces efforts se sont concrétisés dans plusieurs enceintes différentes ²⁶, et ont abouti en général sur des accords portant sur certains types d'infractions ²⁷ plutôt que des conventions traitant de la coopération de manière générale ²⁸. La Suisse a par ailleurs tissé un réseau de traités bilatéraux avec ses voisins et avec d'autres pays plus lointains qui parfois traitent le même objet que les conventions multilatérales. Il n'est de ce fait pas toujours facile pour le praticien de déterminer si et selon quel accord un acte d'entraide internationale peut être admis.

Lorsque la Suisse est partie à un traité ou une convention internationale, les autorités suisses sont obligées de fournir l'entraide conformément aux dispositions de ces accords. Ces instruments internationaux peuvent être répartis dans les catégories suivantes :

1.4.1.2 Plan multilatéral

1.4.1.2.1 Conventions de portée générale ²⁹

En pratique, l'instrument le plus utilisé par la Suisse sur le plan européen est la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (CEEJ/RS 0.351.1) ³⁰. Ses dispositions sont complétées par le Deuxième Protocole additionnel du 8 novembre

²⁴ RS 0.351.21

²⁵ <http://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/rechtshilfefuehrer/laenderindex.html>

²⁶ Nations Unies, Conseil de l'Europe, OCDE, Union européenne principalement

²⁷ Liste au [RS 0.311](#)

²⁸ S'applique à la poursuite de toutes les infractions « all crimes approach »

²⁹ liste sous [RS 0.351](#) ...

³⁰ Cette « vieille » convention reste un texte de référence et le droit conventionnel de l'entraide judiciaire s'y réfère encore actuellement. Ainsi l'Union européenne, qui est en train de développer un droit de l'entraide judiciaire autonome (cf. par exemple art. 48 al. 1 [CAAS](#), préambule à la Convention **relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne** / [Journal officiel n° C 197 du 12/07/2000 p. 0003 - 0023](#)).

2001 (PAII CEEJ / RS 0.351.12), qui introduit des instruments de coopération modernes mais n'a pour l'instant été ratifié que par moins de la moitié des Etats signataires (état au 19.05.2009) ³¹. Outre le texte de ces conventions, il faut également tenir compte des déclarations et réserves faites par les Etats contractants à certaines de leurs dispositions (toutes sont contenues dans RS 0.351.1 et 0.351.12).

1.4.1.2.2 Conventions relatives à la répression de certains délits ³²

Au sein de l'**ONU** ont été adoptées plusieurs conventions portant sur des infractions spécifiques. En matière de lutte contre le terrorisme par exemple, plus de quatorze conventions contenant des dispositions spécifiques régissant la coopération judiciaire internationale en matière pénale ont été conclues depuis 1963 ³³. Parmi les instruments les plus récents, la Convention visant à lutter contre la criminalité transnationale organisée ³⁴ et bientôt celle destinée à lutter contre la corruption ³⁵. Au titre des réalisations de l'ONU, il convient de citer également le Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, qui institue la Cour pénale internationale (CPI, voir ci-après point 5).

Le **Conseil de l'Europe** s'est lui aussi fait l'auteur de plusieurs conventions traitant de la coopération internationale en matière pénale. La plus utilisée en pratique est celle du 8 novembre 1990 destinée à lutter contre le blanchiment (Cbl/RS 0.311.53). Plus récemment, des conventions ont été adoptées en matière de lutte contre la corruption (RS [0.311.55](#)). Enfin, le Protocole portant amendement à la Convention européenne pour la répression du terrorisme, ratifié par la Suisse en 2006, peut aussi être évoqué. Il n'est toutefois pas encore en vigueur car il nécessite auparavant l'accord de toutes les parties à la Convention d'être liées par le Protocole.

1.4.1.2.3 Dispositions d'entraide marginales

En outre, un certain nombre d'accords bilatéraux ou multilatéraux, auxquels la Suisse est partie, contiennent des dispositions sur l'entraide judiciaire réciproque en matière pénale ³⁶.

1.4.1.3 Plan bilatéral

Si l'on peut souvent comparer les Conventions multilatérales à du "prêt-à-porter" ³⁷, les accords bilatéraux donnent souvent l'occasion de faire du sur mesure. L'approche bilatérale permet en effet d'établir et de développer une collaboration ciblée en matière pénale avec un Etat éloigné ou encore de créer des liens forts avec un Etat voisin.

³¹ Le Premier Protocole additionnel du 17.3.78. étend la coopération à l'entraide judiciaire en matière fiscale. Le Conseil fédéral avait, dans son message du 31.8.83, FF 1983 IV 129, proposé sa ratification. Les Chambres fédérales ont cependant décidé, le 4.10.85, d'exclure le domaine de l'entraide judiciaire en matière fiscale. Cette décision vidant pratiquement le protocole additionnel de toute sa substance, le Conseil fédéral a dès lors renoncé à le ratifier.

³² liste sous [RS 0.31](#) ...

³³ En dernier lieu la Convention internationale du 13 avril 2005 pour la répression des actes de terrorisme nucléaire (RS 0.353.23).

³⁴ UNTOC du 15 novembre 2000 (RS 0.311.54).

³⁵ Convention des Nations Unies contre la corruption (UNCAC / FF 2007 6931), en voie d'être ratifiée par la Suisse,

³⁶ Par exemple les conventions relatives à la répression de la traite des blanches, des femmes et des enfants (RS 0.311.31-34), de l'esclavage (RS 0.311.37), du faux monnayage (RS 0.311.51), du trafic de stupéfiants (RS 0.812.121.1-6),

³⁷ Vu le grand nombre d'Etats, l'introduction d'idées nouvelles ou de dispositions à caractère contraignant est plus difficile (Cf. toutefois art. 57 al. 3 lit.a UNCAC comme exception).

1.4.1.3.1 Traités de portée générale

Au plan **bilatéral**, La Suisse a conclu plusieurs **traités d'entraide judiciaire**, en premier lieu avec les USA ³⁸ avec des pays éloignés ³⁹ et d'autres sont en préparation ⁴⁰. Elle a également passé d'autres accords moins détaillés ⁴¹ dans le but d'assurer une base commune de coopération.

Avec ses Etats voisins, la Suisse a fixé des modalités de coopération privilégiées au moyen **d'accords complémentaires à la CEEJ**. C'est ainsi qu'un accord de ce type a été conclu avec l'Allemagne le 13 novembre 1969 ⁴², ensuite avec l'Autriche en 1972 ⁴³, avec la France ⁴⁴ en 1996 et finalement avec l'Italie ⁴⁵ en 1998.

Ces accords ont progressivement introduit des nouvelles dispositions destinées à simplifier et à accélérer le traitement des demandes d'entraide, d'une part, et développer l'étendue de l'entraide entre les parties, d'autre part.

1.4.1.3.2 Dispositions d'entraide marginales

Certaines dispositions d'entraide ont été introduites à l'occasion de la conclusion **d'accords de police** ou/et d'accords en matière de douanes entre la Suisse et ses voisins ⁴⁶.

Il convient de relever également que certains **anciens traités d'extradition** contiennent, outre les dispositions spécifiques à l'extradition, quelques prescriptions relatives à « d'autres actes d'entraide » en matière pénale (cf. [RS 0.3](#)...). Dans ce domaine également, le Guide de l'entraide judiciaire de l'OFJ contient plus de détails ⁴⁷.

1.4.2 Droit national

1.4.2.1 La loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)

1.4.2.1.1 Contenu

La Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (**EIMP**; [RS 351.1](#)), qui régit de façon globale l'entraide judiciaire internationale, est entrée en vigueur **le 1^{er} janvier 1983**;

³⁸ Du 25 mai 1973 (RS O.351.933.6: ci-après TEJUS). Comme ce traité est antérieur à l'EIMP, la Suisse a élaboré une loi fédérale réglant son application (RS 351.93; ci-après LTEJUS; cf. ch. 1.4.2.2, p. 12). Le traité a été complété par différents échanges de notes (notamment celui du 3 novembre 1993 relatif à l'entraide judiciaire dans des procédures administratives complémentaires concernant les requêtes ayant trait aux infractions commises en relation avec l'offre, l'achat et la vente de valeurs mobilières et de produits financiers dérivés (« futures » et « options »); RS 0.351.933.66) ainsi que par un Memorandum of Understanding du 10.11.1987 (FF 1988 II 401).

³⁹ Australie en 1991 (RS 0.351.915.8), Canada en 1993 (RS 0.351.932.1), Equateur en 1997 (RS 0.351.932.7), Pérou en 1997 (RS 0.351.964.1), Hong Kong en 1999 (RS 0.351.941.6), Egypte en 2000 (RS 0.351.941.6), Philippines en 2002 (RS 0.351.964.5), Mexique en 2005 (RS 0.351.956.3) et Brésil en 2009 (RS 0.351.919.81).

⁴⁰ avec l'Argentine et la Colombie notamment.

⁴¹ Par exemple sous forme d'Echange de lettres avec l'Inde en 1989 (qui doit être considéré comme un véritable traité constituant la base de la coopération entre les deux Etats / ATF 122 II 140 consid.2) ou de Déclaration de réciprocité avec le Japon en 1937.

⁴² RS 0.351.913.61.

⁴³ RS 0.351.916.32.

⁴⁴ RS 0.351.934.92.

⁴⁵ RS 0.351.945.41.

⁴⁶ Avec la France en 1998 (RS.360.349.1), l'Allemagne en 1999 (RS 360.136.1), l'Autriche et le Liechtenstein en 1999 (RS 360.163.1).

⁴⁷ <http://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/rechtshilfefuehrer/laenderindex.html>

La durée jugée excessive de procédures d'entraide liées à certains cas retentissants a incité le Conseil fédéral à réviser partiellement l'EIMP⁴⁸ et d'autres dispositions du droit suisse de l'entraide⁴⁹. La **révision**, entrée en vigueur au **1^{er} février 1997** tendait avant tout à réduire la durée des procédures d'entraide mais également à introduire de nouvelles dispositions destinées à accroître les pouvoirs de l'OFJ⁵⁰, réglementer de manière claire la remise de valeurs⁵¹ et permettre la transmission spontanée d'informations⁵².

Par la suite, l'EIMP a été encore modifiée par les entrées en vigueur:

- au **1^{er} janvier 2002** de la LF sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication⁵³ (**nouvelles compétences selon l'art. 18a EIMP**)
- au 1^{er} août 2004 de la LF sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées⁵⁴ (réserves à l'article 74a al.7 et 93 al. 2 EIMP)
- au 1^{er} janvier 2007 de la révision du Code pénal suisse⁵⁵ (double incrimination pas nécessaire pour l'utilisation de mesures de contrainte si elles tendent à poursuivre un acte d'ordre sexuel avec des mineurs (lit.b du nouvel alinéa 2 de l'art. 64 EIMP)⁵⁶
- au 1^{er} janvier 2007 de la LF sur le Tribunal administratif fédéral⁵⁷ (modification des voies et délais de recours (arts.17, 23, 25, 26, 48, 55, 80e, 80f, 80g, 80i, 80p,110b)⁵⁸
- au 5 décembre 2008 de la LF sur les systèmes d'information de police de la Confédération⁵⁹ (système de gestion des données, nouvel art. 11a EIMP)
- au 1^{er} février 2009 de la LF sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière⁶⁰ (nouvelle teneur de l'al 3 de l'art. 3 EIMP: nouvelle lit.b: entraide globale (toutes les parties de l'EIMP) en cas d'escroquerie fiscale qualifiée au sens de l'art. 14 al. 4 LPA)

La loi sur l'entraide judiciaire internationale est complétée par l'ordonnance du Conseil fédéral du 24.2.1982 ([RS 351.11](#), ci-après OEIMP⁶¹ qui contient des dispositions d'exécution relatives aux articles de la loi.

Comme la loi sur l'entraide et son ordonnance d'exécution ne contiennent que des dispositions de procédure, à l'exception de toute disposition pénale, le principe de la non-rétroactivité des lois pénales ne leur est pas applicable. Les dispositions de la loi et de l'ordonnance régissent donc toutes les procédures qui étaient pendantes lors de leur entrée en vigueur⁶².

⁴⁸ Modification du 4 octobre 1996 (RO 1997 114 131 ;FF 1995 III 1).

⁴⁹ OEIMP ; LTEJUS principalement.

⁵⁰ Cf. par exemple l'art. 79a EIMP.

⁵¹ Art. 74a EIMP.

⁵² Art. 67a EIMP.

⁵³ RS 780.1.

⁵⁴ RS 314.4.

⁵⁵ RO 2006 III 3459 / 3535.

⁵⁶ Pour le nouveau régime de la prescription, cf. notes ad art. 5 al. 1 lit. c et 13 EIMP.

⁵⁷ RS 173.32.

⁵⁸ RO 2006 II 2239.

⁵⁹ RS 361.

⁶⁰ RO 2009 361.

⁶¹ Entrée en vigueur le 1.1.83; modifiée le 9.12.96, entrée en vigueur le 1.2.97.

⁶² Art. 110a EIMP.

1.4.2.1.2 Champ d'application

a) En l'absence de traité

Dans l'hypothèse où il n'existe pas de traité international, la loi sur l'entraide judiciaire détermine de manière exclusive les conditions auxquelles l'entraide peut être accordée ⁶³. De ce fait, un Etat étranger ne peut se baser sur l'EIMP pour exiger une coopération de la Suisse ⁶⁴.

b) En présence d'un traité

Lorsqu'un traité est applicable, le juge de l'entraide a l'obligation d'accorder la coopération aux conditions fixées par cet accord. L'EIMP n'est applicable que si les traités en vigueur ne prévoient pas expressément ou implicitement une autre solution ⁶⁵.

En outre, conformément au **principe de faveur**, la loi sur l'entraide judiciaire s'applique lorsqu'un traité international ne prévoit pas certaines mesures d'entraide, comme par exemple la remise du produit de l'infraction (art. 74a EIMP) ou l'entraide dans le domaine de l'escroquerie en matière fiscale (art. 3, al. 3. 2ème phrase, EIMP). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il convient d'appliquer chaque fois la règle la plus favorable à la prestation d'entraide ⁶⁶.

Dans le même ordre d'idée, la Suisse ne peut refuser l'entraide pour des motifs fondés sur son droit interne alors que ces motifs ne figurent pas dans le traité qui la lie à l'Etat requérant, ou si l'accord en question contient des règles plus favorables à l'entraide ⁶⁷. Ainsi, les motifs de refus tirés de la prescription (art. 5 al. lit.c EIMP) ⁶⁸, du peu d'importance de l'infraction (art. 4 EIMP) ⁶⁹ ne peuvent être invoqués pour refuser de prêter assistance aux pays parties à la CEEJ, qui ne connaît pas ces motifs de refus.

Les traités internationaux se prononcent en général pas sur le mode d'exécution d'une requête d'entraide judiciaire; ils se contentent en général de renvoyer cette question aux dispositions du droit interne de l'Etat requis (cf. par exemple l'art. 3, ch. 1er, CEEJ, art. 9 et 14 al. 1 Cbl). Dès lors, la loi sur l'entraide judiciaire qui décrit la procédure d'entraide judiciaire et qui détermine les moyens juridiques dont disposent les personnes concernées par une requête d'entraide judiciaire étrangère a, même lorsqu'il existe un traité international, une grande importance pratique.

1.4.2.2 La loi fédérale relative au traité d'entraide avec les USA

Les requêtes d'entraide provenant des USA sont exécutées conformément à la loi relative au traité d'entraide du 3.10.1975 (LTEJUS; RS 351.93 ⁷⁰). La principale différence avec l'EIMP réside dans le fait que les demandes d'entraide présentées par les USA relèvent toutes de la compétence d'un office central de l'OFJ. L'office central USA est compétent pour toute requête émanant des USA, même lorsque celle-ci ne dispose pas d'une base légale dans le traité ⁷¹ (par ex. requêtes concernant des escroqueries en matière fiscale).

⁶³ Ex. ATF 129 II 453 (République Fédérale d'Ethiopie contre OFJ).

⁶⁴ Art. 1 al. 4 EIMP.

⁶⁵ Art. 1 al. 1 EIMP.

⁶⁶ ATF 129 II 362 consid.1.1, ATF 123 II 134 consid. 1a.

⁶⁷ ATF 131 II 132 consid 2.4.

⁶⁸ ATF 117 Ib 53, Zimmermann op.cit. no 669 p. 621.

⁶⁹ Zimmermann op.cit. no 655 p. 608.

⁷⁰ La LTEJUS a également été révisée le 1.2.97 et 1.1.2007 (voies de recours).

⁷¹ Art. 36a LTEJUS.

1.4.2.3 L'arrêté fédéral relatif à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire et la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale

Suite aux violations du droit international humanitaire survenues en ex-Yougoslavie et au Rwanda, l'ONU a créé deux Cours pénales internationales distinctes, chargées de la poursuite des crimes perpétrés dans chacun de ces pays ⁷² La Suisse a élaboré une réglementation afin que ces tribunaux puissent déployer leur activité dans notre pays également. Leur mission revêtant un caractère supranational et le refus d'une coopération avec eux n'étant de ce fait guère pensable, la loi fédérale sur l'entraide judiciaire ne pouvait être appliquée sans autre. L'arrêté fédéral du 21 décembre 1995 relatif à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire ⁷³ a donc été élaboré pour pallier tout vide juridique. Son champ d'application a été étendu au Tribunal spécial compétent pour la Sierra Leone ⁷⁴.

La mise sur pied de la Cour pénale internationale ⁷⁵ (CPI), juridiction à caractère permanent, a nécessité l'élaboration de la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale du 22 juin 2001 ⁷⁶.

1.4.3 Droit cantonal

Puisque la Confédération a utilisé son pouvoir de légiférer dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale, le droit cantonal n'est applicable que si la loi sur l'entraide judiciaire n'en dispose pas expressément autrement (art. 12 EIMP). La révision du 4.10.96, qui a uniformisé la procédure d'entraide, a évincé les réglementations cantonales de procédure. Depuis le 1^{er} janvier 1997, la procédure de recours est régie entièrement par le droit fédéral ⁷⁷. Les règles du droit fédéral peuvent primer le droit cantonal même en ce qui concerne l'organisation des autorités ⁷⁸. La réserve en faveur du droit cantonal a de ce fait encore perdu de son importance. L'obligation de célérité ⁷⁹ ne doit plus être mise en question par des prescriptions cantonales.

Un tel renvoi au droit cantonal existe aussi pour l'exécution des requêtes d'entraide américaines ⁸⁰.

⁷² Résolution 827 (1993); résolution 955 (1994).

⁷³ RS 351.20; les dispositions relatives à l'entraide judiciaire sont contenues dans les art. 17 à 28.

⁷⁴ Ordonnance du 12 février 2003 sur l'extension du champ d'application de l'arrêté fédéral relatif à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire au Tribunal spécial pour la Sierra Leone.

⁷⁵ Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 (RS 312.1).

⁷⁶ (LCPI /RS 351.6).

⁷⁷ Chiffres 30-33 de l'annexe à la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32)

⁷⁸ Sous l'ancien droit, la règle cantonale prévoyant deux instances de recours cantonales (plus le recours au TF) contre la décision rendue en première instance était, par exemple, contraire au droit fédéral.

⁷⁹ Art. 17a EIMP.

⁸⁰ Art. 7 al. 2 et art. 3 al. 1 LTEJUS.

2 Principes de l'entraide judiciaire

2.1 Fondements de la coopération

2.1.1 Etat de droit ⁸¹

L'art. 2 EIMP a pour but d'éviter que la Suisse prête son concours, par le biais de l'entraide judiciaire ou de l'extradition, à des procédures qui ne garantiraient pas à la personne poursuivie un standard de protection minimal correspondant à celui offert par le droit des Etats démocratiques, défini en particulier par la CEDH ou le Pacte ONU II, ou qui heurterait des normes reconnues comme appartenant à l'ordre public international. La Suisse elle-même contreviendrait à ses obligations internationales en extradant une personne à un Etat où il existe des motifs sérieux de penser qu'un risque de traitement contraire à la CEDH ou au Pacte ONU II menace l'intéressé. Comme cela résulte du libellé de l'art. 2 EIMP, cette règle s'applique à toutes les formes de coopération internationale, y compris l'entraide. L'examen des conditions posées par l'art. 2 EIMP implique un jugement de valeur sur les affaires internes de l'Etat requérant, en particulier sur son régime politique, sur ses institutions, sur sa conception des droits fondamentaux et leur respect effectif, et sur l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire ⁸². Si le résultat de cet examen est négatif, le juge refusera toute entraide à l'Etat concerné. En pratique, on tentera toutefois, quand faire se peut, de fournir une entraide sous conditions ⁸³.

2.1.2 Affaire pénale

L'art. 1^{er} al. 3 EIMP stipule que cette loi ne s'applique qu'aux affaires pénales dans lesquelles le droit de l'Etat requérant permet de faire appel au juge. En d'autres mots, l'entraide judiciaire ne sera accordée que pour le soutien d'une procédure pénale étrangère visant des infractions dont la répression est, au moment où l'entraide est demandée, de la compétence des autorités judiciaires de la partie requérante ⁸⁴. La notion d'affaire pénale doit être prise dans son sens large, englobe également le droit pénal accessoire ⁸⁵ et les procédures de confiscation « civile » du droit anglo-saxon pour autant qu'il existe une compétence répressive dans l'Etat requérant ⁸⁶. La procédure en matière pénale englobe notamment aussi les mesures administratives dirigées contre l'auteur de l'infraction ⁸⁷. Ces mesures font aussi l'objet d'arrangements internationaux, notamment avec les USA ⁸⁸, dans le cadre de la poursuite d'opérations illicites commises par des initiés ⁸⁹.

⁸¹ „Kein Rechtsstaat, keine Rechtshilfe“ Hans Schulz, das schweizerische Auslieferungsrecht, Bâle, 1953, p. 404.

⁸² ATF 129 II 268 consid.6 et jurisprudence citée.

⁸³ Art. 80p EIMP.

⁸⁴ Art. 1^{er} al. 1 CEEJ, ATF 130 IV 40 consid. 3.1.

⁸⁵ Droit pénal administratif notamment.

⁸⁶ ATF 132 II 178 consid. 3-5.

⁸⁷ Art. 63 al. 3 lit. c EIMP; on peut citer à titre d'exemples le retrait du permis de conduire, d'une licence en matière bancaire ou boursière, mais aussi les mesures d'assistance applicables à des malades mentaux ou à des toxicomanes.

⁸⁸ Art. 1 al. 3 TEJUS (RS 0.351.933.6).

⁸⁹ Echange de lettres du 3 novembre 1993 entre la Suisse et les Etats-Unis relatif à l'entraide judiciaire dans des procédures administratives complémentaires concernant les requêtes ayant trait aux infractions commises en relation avec l'offre, l'achat et la vente de valeurs mobilières et de produits financiers dérivés (« futures » et « options ») /RS 0.351.933.66. Ainsi, l'entraide prévue par le TEJUS peut être accordée pour

En revanche, le droit suisse de l'entraide judiciaire pénale ne saurait servir de base à la collaboration de la Suisse pour des procédures strictement administratives ou à des procédures civiles conduites à l'étranger. Une requête d'entraide pénale formée aux seules fins de détourner les règles de l'entraide civile devrait être considérée comme abusive ⁹⁰

Une inculpation ou une mise en accusation formelle ne sont pas forcément nécessaires; une **enquête préliminaire suffit**, pour autant qu'elle puisse aboutir au renvoi d'accusés devant un tribunal compétent pour réprimer les infractions à raison desquelles l'entraide est demandée ⁹¹. Attendu qu'en l'occurrence – et contrairement à la coopération policière (cf. ch. 1.3.4, p. 6) – des moyens de contrainte sont généralement nécessaires, la demande d'entraide émane en principe d'une autorité judiciaire. Le droit suisse tient cependant aussi compte d'autres systèmes, en particulier du droit anglo-saxon qui confie l'instruction d'infractions à la police, voire à des autorités administratives spécialisées (pour des détails cf. ch. 3.1.3, p. 36).

La collaboration judiciaire de la Suisse a ainsi pu être accordée pour des enquêtes menées par des autorités administratives, dans la mesure où celles-ci constituaient le préalable à la saisine des autorités judiciaires compétentes pour procéder à une mise en accusation ⁹²et pouvaient aboutir au renvoi devant un juge pénal ⁹³. L'entraide est aussi accordée pour des procédures préliminaires, lorsque l'Etat requérant déclare d'emblée et clairement qu'il a la volonté d'ouvrir une procédure pénale ⁹⁴.

2.1.3 Lien avec la Suisse

Les faits qui font l'objet de la procédure à l'origine de la demande étrangère doivent avoir un rapport concret avec la Suisse. En conséquence, une demande visant une recherche indéterminée de moyens de preuve dans l'ensemble de la Suisse ⁹⁵ ne sera pas acceptée. La Suisse, place financière de première importance, refusera donc de donner suite à des demandes cherchant sans autres précisions à déterminer si la personne qui fait l'objet de l'enquête étrangère dispose de comptes bancaires en Suisse ⁹⁶.

des procédures administratives menées par la SEC ou la CFTC, alors même qu'aucune procédure pénale n'a encore été ouverte.

⁹⁰ ATF 122 II 134 consid. 7b.

⁹¹ ATF 123 II 161 consid.3a; 118 Ib 457 consid. 4b ; 116 Ib 452 consid.3a.

⁹² ATF 109 Ib 50 consid. 3 concernant la Securities and Exchange Commission).

⁹³ ATF 121 II 153.

⁹⁴ ATF 132 II 178 consid. 2.2 p. 181; 113 Ib 257 consid. 5 p. 271.

⁹⁵ « fishing expedition » ATF 122 II 367 , 121 II 241 consid. 3a. C'est une concrétisation du principe de la proportionnalité.

⁹⁶ La Suisse ne disposant pas, à l'inverse par exemple de la France ou du Brésil, de registre centralisé des comptes bancaires, l'exécution de ces demandes se heurterait de toute façon à des obstacles pratiques conséquents.

2.1.4 Intérêts essentiels de la Suisse (art.1a EIMP)

L'entraide judiciaire sera refusée lorsque l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou à d'autres intérêts essentiels de la Suisse ⁹⁷. Cette décision relève du DFJP qui doit être saisi dans les 30 jours qui suivent la communication écrite de la décision de clôture ⁹⁸. La décision du DFJP est sujette à recours administratif au Conseil fédéral ⁹⁹.

Seuls les griefs qui ne peuvent faire l'objet d'une voie de recours ordinaire sont admissibles dans cette procédure. L'examen se limite à la question de savoir si une prestation d'entraide, en soi admissible, doit être refusée au vu de l'atteinte qu'elle porterait à des intérêts généraux et essentiels de la Suisse ¹⁰⁰. Par intérêts essentiels de la Suisse, il faut comprendre des intérêts qui sont décisifs pour l'existence de la Suisse, comme par exemple, en matière économique, si l'exécution d'une demande d'entraide est susceptible de causer un préjudice à l'ensemble de l'économie suisse ¹⁰¹. Seule une personne physique domiciliée en Suisse ou une personne morale qui y a son siège sont légitimées à intervenir au nom des intérêts essentiels de la Suisse ¹⁰². Le Conseil fédéral peut lui intervenir d'office du chef de l'article 1a EIMP, même en cas d'irrecevabilité du recours ¹⁰³.

Comme le Tribunal fédéral l'a constaté ¹⁰⁴, la prise en compte des intérêts essentiels de la Suisse peut également parler en faveur de la coopération. Ainsi, laisser la Suisse devenir un refuge pour les capitaux en fuite ou pour les fonds d'origine criminelle serait contraire aux intérêts du pays et nuirait à son image; cet aspect, qui doit être pris en compte dans la marge de décision dont disposent les autorités d'exécution, peut donc aussi plaider en faveur de l'octroi de l'entraide judiciaire. Le Conseil fédéral est du même avis ¹⁰⁵.

2.2 Causes d'exclusion de l'entraide judiciaire

2.2.1 Défauts de la procédure: art. 2 EIMP

A supposer que le principe d'une coopération en matière pénale soit établi (cf. ch. 2.1.1, p. 14.), les graves défauts de la procédure étrangère comme la violation des principes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) ¹⁰⁶ et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ¹⁰⁷ peuvent également constituer des motifs de refus l'entraide judiciaire ¹⁰⁸. Dans cette catégorie de défauts, il faut retenir surtout de graves violations des articles 5 CEDH (régularité de la détention, communication à l'inculpé des motifs de son arrestation, examen de la détention par un juge)

⁹⁷ Art. 1a EIMP, art. 2 let. b CEEJ, art. 3 ch. 1, let. a TEJUS.

⁹⁸ En pratique, la décision du DFJP n'est généralement rendue qu'après que l'entraide a été admise de manière définitive.

⁹⁹ Art. 17 al. 1, et 26, EIMP, art. 4 LTEJUS.

¹⁰⁰ JAAC 45 n° 48, 49 n° 35, 49 n° 45.

¹⁰¹ JAAC 70.5 consid.III/3.B.a.

¹⁰² JAAC 2008.28.

¹⁰³ JAAC 2009.8 consid. 8

¹⁰⁴ ATF 123 II 595 consid.5 et 5a.

¹⁰⁵ JAAC 70.5 consid.III/B. d : « en l'espèce, la Suisse a un intérêt primordial à ce que sa place financière ne soit pas utilisée à des fins criminelles et à contribuer à améliorer la transparence des transactions commerciales sur les places financières importantes ».

¹⁰⁶ RS 0.101.

¹⁰⁷ RS 0.103.2.

¹⁰⁸ Art. 2 let. a EIMP.

et 6 CEDH (droit à la défense, droit à être jugé par un tribunal ordinaire, présomption d'innocence, etc.).

En lieu et place d'un refus d'entraide, la jurisprudence tend toutefois, si la situation dans l'Etat requérant le permet, à opter pour une solution moins radicale, à savoir l'octroi de l'entraide judiciaire sous conditions ¹⁰⁹. L'Etat requérant doit dans ce cas préalablement s'engager à respecter les principes d'un procès équitable dans le déroulement de la procédure pénale pour laquelle la Suisse accorde l'entraide judiciaire ¹¹⁰.

La vérification d'un tel engagement est du ressort de l'OFJ. La décision de l'OFJ peut être portée dans les dix jours devant le Tribunal pénal fédéral qui statue définitivement dans le cadre d'une procédure simplifiée (art. 80p EIMP). Peut se prévaloir de l'art. 2 EIMP, lorsque la demande d'entraide judiciaire porte sur la remise de documents bancaires, l'accusé qui se trouve sur le territoire de l'Etat requérant, s'il est en mesure d'alléguer être exposé concrètement au risque de violation de ses droits de procédure. En revanche, n'est pas recevable à se plaindre de la violation de l'art. 2 EIMP celui qui réside à l'étranger ou qui se trouve sur le territoire de l'Etat requérant sans toutefois y courir aucun danger. Les personnes morales n'ont jamais qualité pour invoquer les vices de la procédure étrangère ¹¹¹.

La demande est également irrecevable lorsque la procédure à l'étranger tend à poursuivre ou à punir une personne en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession et de sa nationalité (clause de non-discrimination) ¹¹². Dès qu'il existe de bonnes raisons de croire que les objections de la personne concernée pourraient s'avérer exactes, l'Office fédéral de la justice prend les mesures nécessaires pour que la représentation suisse à l'étranger ou le Département fédéral des affaires étrangères se procurent des indications plus précises sur la situation dans l'Etat requérant.

Il ne faut pas perdre de vue que l'on peut aisément abuser de cette disposition et que les affirmations et déclarations y relatives des accusés ou autres personnes concernées doivent être traitées avec prudence. Ainsi, le fait qu'une certaine procédure pénale dans l'Etat requérant ait reçu un large écho dans les médias, ou le fait que le gouvernement ait attaché un caractère prioritaire à la lutte contre un certain type d'infractions n'implique pas automatiquement que la procédure étrangère soit entachée de graves défauts ¹¹³.

Toutefois, la demande d'entraide doit être écartée lorsqu'est rendue vraisemblable l'existence d'un risque sérieux et objectif d'un traitement discriminatoire prohibé. Dans ce contexte, il ne suffit pas de prétendre que la procédure pénale ouverte à l'étranger s'inscrirait dans le cadre d'un règlement de comptes, tendant à éliminer le recourant de la scène politique. Il faut au contraire apporter des éléments concrets permettant de supposer qu'il serait poursuivi pour des motifs cachés, ayant trait notamment à ses opinions politiques ¹¹⁴.

¹⁰⁹ ATF 116 Ib 463, ATF 123 II 172 s.

¹¹⁰ ATF 130 II 217 consid.8.

¹¹¹ ATF 126 II 258 consid. 2d/aa.

¹¹² Art. 2, let. b, EIMP.

¹¹³ ATF 129 II 168 consid.6.1 et jurisprudence citée (affaire Abacha /entraide avec le Nigéria).

¹¹⁴ ATF 1A.15/2007 du 18 août 2007, consid. 2.5 et jurisprudence citée (demande d'entraide rejetée au vu du caractère politique de la procédure / entraide avec la Russie / affaire Yukos).

2.2.2 Infractions de nature politique ou militaire: art. 3 al. 1 et 2 EIMP

- a) Aucune entraide n'est fournie pour des enquêtes ou des procédures relatives à des infractions que la Suisse considère comme des actes de nature politique ou connexes à des infractions de nature politique ¹¹⁵.

L'EIMP refuse de reconnaître un caractère politique aux actes tendant à exterminer un groupe de population (génocide) ou aux actes qui semblent particulièrement répréhensibles du fait que leur auteur, à des fins de contrainte et d'extorsion, a mis en danger ou menacé de mettre en danger la liberté, l'intégrité corporelle ou la vie de personnes (détournements d'avions, prises d'otages) ou constitue une violation grave du droit international humanitaire ¹¹⁶. Les actes réprimés par la loi italienne sur le financement des partis politiques ne constituent pas non plus des délits politiques mais de simples infractions de droit commun ¹¹⁷.

- b) L'entraide sera également refusée si la procédure étrangère vise un acte qui constitue une violation des obligations militaires ou d'obligations similaires ¹¹⁸. Seules les infractions commises par des agents des forces armées et dirigées contre des biens militaires constituent des infractions militaires ¹¹⁹, et non les actes délictueux de droit commun prévus par le code pénal militaire.

Vu les restrictions apportées à leur définition, ces deux motifs d'exclusion n'ont plus guère d'importance pratique.

- c) Lorsque la requête d'entraide a pour objet une infraction fiscale, l'entraide est par principe exclue, à quelques exceptions près (avant tout les cas où les faits mentionnés dans la demande d'entraide sont constitutifs d'escroquerie en matière fiscale au sens du droit suisse. (cf. développement ci-après ch. 2.3, p. 20).

2.2.3 Infraction monétaire, commerciale ou économique (art.3 al. 3 EIMP)

L'article 3 al. 3 EIMP exclut par principe toute entraide judiciaire pour le soutien de procédures étrangères visant la poursuite d'infractions à des mesures de politique monétaire, commerciale ou économique ¹²⁰.

La CEEJ ne prévoit pas expressément que la coopération qu'elle régit puisse être refusée à raison de ce type d'infractions. La Suisse considère toutefois que la répression de ces dernières est contraire à son ordre public et à ses intérêts essentiels, expressément réservés à l'art. 2 let. b CEEJ ¹²¹.

L'entraide peut toutefois être accordée, lorsque la demande émane d'un Etat avec lequel un traité a été conclu et porte sur la violation de certaines prescriptions de politique économique ¹²². La contrebande de marchandises prohibées n'est pas considérée comme un délit fiscal ou politique ¹²³.

¹¹⁵ Art. 3 al. 1 EIMP, art. 2 lit.a CEEJ / art. 2, ch. 1, let. c (1), TEJUS.

¹¹⁶ Art. 3 al. 2 EIMP.

¹¹⁷ ATF 124 II 184 consid.4b.

¹¹⁸ Art. 3 al. 1 EIMP, art. 1 ch. 2 CEEJ, art. 2, ch. 1, let. c (2), TEJUS.

¹¹⁹ ATF 112 Ib 576 consid.10.

¹²⁰ Pour les infractions fiscales cf. ci-après ch. 2.3, p. 20.

¹²¹ ATF 1A.32/2000 du 19. juin 2000, consid. 5a.

¹²² Par ex. en cas d'inobservation d'un embargo soutenu par la Suisse ou d'exportation illicite de haute technologie; cf. ATF 121 IV 280 consid. 4b et c, 112 Ib 212 ss.

¹²³ Art. 76 de la loi fédérale sur les douanes; RS 631.0 /ATF 1A.47/2000 du 27 novembre 2000, consid. 4d.

2.2.4 Cas de peu d'importance (art. 4 EIMP)

Cette cause d'exclusion est une émanation du principe de la proportionnalité. La loi invite le juge de l'entraide à rejeter une demande d'entraide (au sens large) si l'importance des faits ne justifie pas la procédure.

L'article 4 EIMP doit être appliqué avec prudence et retenue. Cette cause d'exclusion n'est contenue ni dans la CEEJ ni dans la CEEExtr et, dans ces conditions, on doit se demander si elle trouve encore application face à ces deux conventions ¹²⁴ou face à un traité bilatéral qui ne la prévoit pas ¹²⁵.

La jurisprudence définit la notion de cas de peu d'importance de manière restrictive. S'agissant du montant de l'infraction, elle se base sur les critères établis à l'article 172ter CP ¹²⁶. Il faut de plus garder à l'esprit que souvent un cas qui peut paraître de moindre importance pour les autorités suisses ne l'est pas dans l'Etat requérant ¹²⁷

2.2.5 Extinction de l'action. Res judicata (ne bis in idem) et prescription (art. 5 EIMP)

- a) **Res judicata** : aucune assistance n'est possible lorsqu'une autorité étrangère sollicite l'entraide dans un cas qui a déjà fait l'objet d'une procédure pénale menée par les autorités suisses. L'entraide n'est pas admise si la personne poursuivie a été acquittée, mise au bénéfice d'un non-lieu matériel ou si elle a exécuté sa peine en Suisse ou dans l'Etat où le délit a été commis (qui ne doit pas être forcément le même que l'Etat requérant) ¹²⁸. Par contre, l'entraide sera admise si la procédure qui a été ouverte en Suisse pour le même fait a été simplement suspendue pour des raisons d'opportunité ¹²⁹. La règle du ne bis in idem comporte en outre d'autres exceptions: ainsi, l'entraide peut-elle être accordée si elle permet la révision d'un jugement exécutoire ¹³⁰. Si l'entraide est destinée à la poursuite d'infractions en matière de stupéfiants, il y a lieu de se référer à l'article 36 de la Convention unique sur les stupéfiants ¹³¹, qui érige toute une série d'actes en infractions distinctes. Une condamnation suisse pour importation de stupéfiants en Suisse n'exclut pas a priori l'entraide destinée à la poursuite de l'exportation des mêmes stupéfiants depuis l'Etat requérant.
- b) **Ne bis in idem** : lorsqu'une procédure pénale est encore pendante en Suisse pour les faits contenus dans la demande d'entraide étrangère, si la personne poursuivie réside en Suisse, l'entraide peut être refusée ¹³². L'entraide sera toutefois admise si la procédure

¹²⁴ Question laissée ouverte par le TF dans ATF 1A.76/2006 du 15 mai 2006, consid.3.2 (par rapport CEEExtr) et ATF 1A.323/2005 du 3 avril 2006, consid. 4 (par rapport à la CEEJ).

¹²⁵ Question laissée ouverte par le TF dans ATF 1A.186/2005 du 12 décembre 2005, consid.5 (entraide avec l'Australie).

¹²⁶ Un montant de CHF 300 et plus ne sera pas considéré comme un dommage de moindre importance au sens de cette disposition (ATF 1A.247/2004 du 25 novembre 2004, consid.2.2).

¹²⁷ Le simple fait de déposer une demande d'assistance illustre l'importance donnée au cas par l'Etat requérant, qui a souvent une situation économique moins favorable (ATF 1A.247/2004 du 25 novembre 2004, consid.2.2 : montant du délit EUR 1'100 : Etat requérant Estonie).

¹²⁸ Let. a de la réserve suisse à l'art. 2 CEEJ, plus restrictive que l'art. 5, 1er al. let. a et b, EIMP (ATF 1A.136/2001 du 22 octobre 2001, consid.5b); cf. également art 54 CAAS et TPF RR 2009.196 du 26 mars 2010, consid.2

¹²⁹ ATF 110 Ib 385 ss.

¹³⁰ Art. 5, 2e al., EIMP.

¹³¹ RS 0.812.121.0.

¹³² Art. 66 al. 1 EIMP.

suivie à l'étranger vise la poursuite de coauteurs ou la disculpation de la personne poursuivie ¹³³.

Les autorités cantonales d'exécution peuvent également faire appel à la règle du ne bis in idem. Celle-ci ne saurait cependant être invoquée lorsqu'une personne condamnée en Suisse s'enfuit dans son pays d'origine et que les autorités de cet Etat demandent l'entraide. Sinon on courrait le risque que la personne concernée échappe à toute peine, faute de pouvoir être extradée en Suisse par son pays d'origine en raison de sa nationalité.

- c) **Prescription** : l'entraide sera refusée si les faits qui font l'objet de l'enquête suivie à l'étranger étaient frappés de prescription à supposer qu'ils aient été commis en Suisse ¹³⁴. A l'instar de ce qui prévaut pour l'examen de la double incrimination, la prescription doit s'examiner au regard du droit en vigueur au moment du prononcé de la décision de clôture ¹³⁵. Le moment duquel court le délai de prescription est celui de l'exécution de la mesure de contrainte, par exemple celui de séquestres opérés auprès des banques pour la remise de la documentation dont la transmission a été ordonnée ¹³⁶.

Cette cause de refus ne peut être cependant opposée à une demande d'entraide si l'Etat requérant est lié avec la Suisse par un accord qui ne la prévoit pas ¹³⁷ ou, logiquement, si les infractions qui font l'objet de l'enquête étrangère sont déclarées imprescriptibles. Le motif de refus tiré de la prescription des faits dans l'Etat requis a tendance à disparaître ¹³⁸.

2.3 Entraide judiciaire en matière fiscale

2.3.1 Principes

La Suisse n'apporte aucune assistance à la poursuite d'infractions fiscales faisant l'objet d'enquêtes suivies par une autorité étrangère ¹³⁹. L'exclusion de la coopération à ce titre ne relève pas d'un problème de double incrimination ¹⁴⁰. Elle ne découle pas non plus directement du secret bancaire, qui peut être levé dans les cas prévus par la loi ¹⁴¹.

La principale raison qui explique le refus de principe de la Suisse de fournir l'entraide judiciaire en matière fiscale réside dans le fait qu'en droit suisse également, le secret bancaire constitue un obstacle direct à l'investigation fiscale et ne peut être levé qu'en cas de fraude fiscale ¹⁴². La Suisse ne saurait donc accorder aux autorités de poursuite étrangères, au titre

¹³³ Art. 66 al. 2 EIMP.

¹³⁴ NB: depuis le 1.1.2007 le nouveau régime de la prescription est contenu aux art. 97 à 101 CP : la prescription « absolue » de l'article 5 al. 1 lit.c n'existe plus.

¹³⁵ ATF 130 II 217 consid. 11.2.

¹³⁶ ATF 130 II 217 consid. 11.2.

¹³⁷ C'est le cas de la CEEJ (ATF 133 IV 40 consid.7.4), du TEJUS et de l'AC-CEEJ avec l'Allemagne. Il en va autrement en présence de mesures d'entraide qui ne sont pas prévues par la CEEJ. Dans ce cas, la prescription peut être opposée comme cause de refus (ATF 126 II consid.4d).

¹³⁸ Dans ce sens Zimmermann no 437 et en matière d'extradition art. IV de l'AC-CEEextr avec l'Allemagne. modifié le 1er mars 2002 (0.353.913.61).

¹³⁹ Art. 3 al. 3 EIMP 1^{ère} phrase. ATF 1A.176/2006 du 8 novembre 2006. consid. 2.2.

¹⁴⁰ Les infractions fiscales sont en effet réprimées en Suisse comme ailleurs (cf. p.ex. pour la fraude (escroquerie) en matière fiscale art. 14 DPA, art. 186 LIFD, pour la soustraction d'impôts, art. 175 à 185 LIFD).

¹⁴¹ Art. 47 al. 4 LB : « Sont réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice ».

¹⁴² Aubert, Kernén et Schönle, Le secret bancaire suisse, 3^{ème} éd. 1995, pp. 222 et ss. / Günter Stratenwerth, Basler Kommentar (Bankengesetz) 2005 ad Art. 47 N 36 FF p. 689.

de l'entraide, plus de prérogatives que celles dont disposent les autorités suisses dans leurs enquêtes nationales ¹⁴³.

Il faut prendre garde à ne pas décider de l'octroi de l'entraide judiciaire en se basant uniquement sur la désignation et les tâches générales de l'autorité requérante ou sur la place attribuée à la définition d'une infraction dans le système juridique de l'Etat requérant: « Fiscal » (en espagnol) ou « Procurator Fiscal » (en Ecosse) se traduisent par « procureur » ; dans certains pays, les enquêtes sur les infractions en matière de drogue sont menées par les autorités douanières (p. ex. en Grande-Bretagne); aux Etats-Unis, ces infractions sont définies dans la législation douanière et plusieurs agences (notamment le fisc / Internal Revenue Service) sont compétentes pour procéder à leur poursuite. Il faut donc avant tout se baser sur les faits (objet de l'enquête) décrits dans la demande pour déterminer si elle est de nature fiscale.

2.3.2 Notion d'infraction fiscale

Est considéré comme une **infraction fiscale** non susceptible d'entraide tout acte destiné à **réduire une contribution fiscale**, c'est-à-dire qui a pour but la soustraction d'impôts, de droits de douane ou d'autres contributions publiques ¹⁴⁴.

Toutefois, si l'infraction a pour **but l'obtention indue d'une prestation de la part du fisc** (Etat), on aura alors affaire à une **infraction de droit commun** et comme telle non seulement susceptible non seulement d'entraide judiciaire accessoire, mais également d'autres modes de coopération (extradition ¹⁴⁵, délégation de la poursuite pénale).

N'est ainsi pas considérée comme une infraction fiscale l'obtention frauduleuse de subventions ou d'autres prestations de l'Etat, la personne poursuivie ne privant pas l'Etat d'une prestation dont elle serait débitrice aux termes de la législation fiscale ¹⁴⁶. De même, l'entraide est admise pour éclaircir les faits reprochés à un médecin privé qui n'a pas remis à un hôpital public la part, prescrite par la loi, des honoraires perçus pour le traitement de ses patients. Dans ce cas en effet, le comportement coupable n'est pas dirigé contre le fisc mais contre l'Etat en qualité d'employeur. Par ailleurs, le faux dans les titres, lorsqu'il est commis uniquement à des fins fiscales, ne constitue qu'une infraction fiscale ¹⁴⁷.

¹⁴³ Il convient de distinguer cette coopération en matière d'entraide judiciaire de l'entraide administrative en matière de fraude fiscale et infractions apparentées prévue par les Conventions en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu (p.ex. art. 27 des Accords avec les USA : RS 0.672.933.61 et avec l'Allemagne: RS 0.672.913.).

¹⁴⁴ A l'exception des cotisations aux organismes d'assurances sociales. Cf. art. 2, ch. 3, TEJUS.

¹⁴⁵ ATF du 18.8.2005 / 1A.194/2005 consid.3.1.4 .ATF du 13.1.2006 / 1A.297/2005 consid. 3.

¹⁴⁶ Escroquerie en matière de subventions, ATF 112 Ib 55 ss. / Remboursement indû de la TVA suite à un «Carrousel» TVA : TPF 19.11.2007 / RR .2007.106 consid.3.4.

¹⁴⁷ Cf. ATF 103 Ia 218ss, ATF 108 IV 27ss.

2.3.3 Exceptions au refus de l'entraide fiscale :

2.3.3.1 L'escroquerie en matière fiscale

Au principe du refus de l'entraide judiciaire en matière fiscale, il est fait trois exceptions:

- a) Lorsque l'entraide vise à **décharger la personne poursuivie**, elle peut être octroyée ¹⁴⁸, mais avec retenue. Cette prudence s'explique par l'idée que l'administration d'une preuve requise, à sa propre décharge, par la personne poursuivie dans la procédure étrangère peut, dans certaines circonstances, lui être très défavorable et aboutir à un résultat contraire à celui recherché ¹⁴⁹. L'accord donné à cet effet par la personne poursuivie doit être consigné dans un procès-verbal et annexé à la demande ¹⁵⁰.
- b) Lorsqu'il s'agit d'une requête américaine qui vise la poursuite pénale de membres dirigeants du **crime organisé aux USA**, il y a obligation de fournir l'entraide ¹⁵¹.
- c) Lorsque la procédure étrangère vise une infraction qui, en Suisse, peut être qualifiée **d'escroquerie en matière fiscale**, l'entraide peut être accordée (art. 3, 3e al., 2e phrase, EIMP). L'article 24, 1er alinéa, OEIMP définit l'escroquerie en matière fiscale comme une escroquerie en matière de contributions au sens de l'article 14, 2e alinéa, de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA, RS 313.0). Malgré le libellé du texte (disposition potestative) il y a obligation d'accorder l'entraide judiciaire si toutes les conditions pour ce faire sont réunies ¹⁵².

La soustraction frauduleuse de redevances commise au moyen de titres ou d'indications fausses, falsifiées ou matériellement inexactes, ce qui représente la majorité des cas d'espèce, constitue une escroquerie en matière de contributions ¹⁵³. D'autres cas de tromperie astucieuse des autorités fiscales peuvent également être qualifiés d'escroquerie en matière de contributions alors même qu'ils n'impliquent pas forcément l'utilisation de titres falsifiés ¹⁵⁴. Les cas de surfacturation et de reflux de capital ont aussi été considérés comme des escroqueries en matière de contributions ¹⁵⁵. Le recours à des sociétés de siège intermédiaires ou l'établissement systématique de contrats falsifiés et leur utilisation ¹⁵⁶ peuvent aussi être définis comme manœuvres frauduleuses ¹⁵⁷.

Une demande étrangère ne peut être rejetée pour le seul motif que le droit suisse ne connaît pas le même type de contributions ou de réglementation en matière de contributions ¹⁵⁸.

Pour que l'entraide judiciaire puisse être accordée lors d'une escroquerie en matière fiscale, il doit résulter de façon évidente de l'exposé des faits que les éléments constitutifs de cette infraction sont réunis d'après le droit suisse. Il s'agit en effet d'éviter que l'autorité étrangère requérante, sous le couvert de prétendues infractions de droit commun ou escroquerie en

¹⁴⁸ Art. 63 al. 5 EIMP.

¹⁴⁹ JAAC 46/IV, No 68, p. 405, lettre b.

¹⁵⁰ ATF 113 Ib 67 consid.4a.

¹⁵¹ Art. 2, ch. 2, TEJUS. Pour les conditions régissant l'octroi de l'entraide dans ces cas, voir art. 7 TEJUS. Cette prescription a été très peu appliquée jusqu'ici.

¹⁵² ATF 125 II 250 consid.2.

¹⁵³ ATF 111 Ib 242 ss.

¹⁵⁴ ATF 125 II 250 consid.3b et ATF du 3.4.2005 / 1A.323/2005 / consid.5.

¹⁵⁵ ATF 111 Ib 242 ss.

¹⁵⁶ ATF 31.1.2006 / 1A.234/2005 consid. 2.3.

¹⁵⁷ La définition de l'escroquerie fiscale selon l'EIMP est plus large que celle contenue à l'art. 186 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD / RS 642.11) qui ne prévoit une tromperie de l'autorité fiscale que par un usage de titres faux, falsifiés ou inexacts quand à leur contenu.

¹⁵⁸ Art. 24 al. 2 OEIMP.

matière fiscale, ne puisse obtenir des preuves destinées à la poursuite d'infraction fiscales pour lesquelles l'entraide serait irrecevable.

Avant tout, il faut que la manœuvre frauduleuse soit clairement établie. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'Etat requérant doit à cet effet faire état de soupçons suffisants quant à l'existence d'une escroquerie fiscale. Point n'est besoin cependant de joindre à la demande les preuves à l'appui de ces soupçons. Il suffit que ces éléments de preuve soient mentionnés et que leur existence soit rendue vraisemblable ¹⁵⁹.

En cas de doute sur la nature juridique des contributions mentionnées dans la demande, l'avis de l'Administration fédérale des contributions sera requis ¹⁶⁰. Cet avis ne lie pas l'autorité d'exécution ¹⁶¹, qui ne saurait cependant s'en départir sans motifs.

En matière de fraude douanière, on recourt fréquemment à la possibilité, prévue à l'article 79 EIMP, de confier l'exécution totale de la procédure d'entraide judiciaire à l'Administration fédérale des douanes; cela se justifie non seulement du point de vue d'une meilleure connaissance en la matière mais également compte tenu du risque de procédures parallèles (en cas de violation simultanée de prescriptions douanières suisses ou lorsque d'autres procédures d'entraide administrative sont en cours).

Les demandes d'entraide présentées par la Suisse à l'étranger ne peuvent formuler de condition quant à l'utilisation des informations qui y sont contenues. L'Etat requis peut donc parfaitement transmettre ces informations à ses autorités fiscales. Cette conséquence peut généralement être atténuée si seules sont mentionnées les indications relatives à des secrets d'affaires ou bancaires qui sont indispensables à l'exécution de la demande.

2.3.3.2 Accords entre la Suisse et l'Union européenne portant sur l'entraide en matière d'impôts indirects

La conclusion par la Suisse de la deuxième série d'accords bilatéraux « bilatérales II » avec l'Union européenne ne va pas entraîner de bouleversements majeurs dans la législation suisse sur l'entraide judiciaire à l'exception notable de **l'extension de la coopération aux impôts indirects**. L' Accord entre la Confédération suisse et l'Union européenne, la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen ¹⁶² et l'Accord de coopération entre la Confédération suisse, d'une part, la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers ¹⁶³, **instaurent en effet, entre la Suisse et l'UE, en matière d'impôts indirects, le même standard de coopération que celui existant entre les membres de l'UE** ¹⁶⁴. A remarquer sur ce point que l'entraide sera également accordée en cas de blanchiment dans l'UE si l'infraction préalable est punie de plus de 6 mois dans les deux Etats (concrètement : pour blanchiment du produit d'escroquerie fiscale, p. ex. en matière de TVA, et de la contrebande professionnelle). **Le domaine des impôts directs, lui, n'est pas touché** (entraide judiciaire limitée aux cas d'escroquerie fiscale).

¹⁵⁹ ATF 125 II 250 consid. 5b, TPF RR.2008.165 du 28. octobre 2008, consid. 5.5.

¹⁶⁰ Art. 24 al. 3 OEIMP.

¹⁶¹ ATF 8.2.2001 1A.308/2000 consid 2c.

¹⁶² FF 2004 6071 / CAAS, en vigueur depuis le 15 décembre 2008. Le texte ne figure pas dans le RS mais peut être consulté sur le site de l'OFJ:

<http://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/strafrecht/rechtsgrundlagen/multilateral/sdue.html>

¹⁶³ FF 2004 VI 6127 / AAF / RS 0.351.926.81), en vigueur dès avril 2009 de manière anticipée avec certains Etats membres de l' Union européenne (cf. sur ce point le guide de l'entraide judiciaire).

¹⁶⁴ Limite inférieure : montant soustrait au fisc 25'000 euros ou valeur de la marchandise importée ou exportée sans droit 100'000 euros.

Signalons que L'accord sur la fraude contient deux particularités : un nouveau mode de coopération : **la surveillance de comptes bancaires** ¹⁶⁵, et la **suppression du droit de recourir** contre la **présence de représentants de l'Etat requérant** lors de l'exécution de la demande.

2.4 Concours de l'irrecevabilité et de l'admissibilité de la coopération (art. 6 EIMP)

S'il ressort de l'état de fait présenté dans la demande qu'outre des infractions de nature fiscale, politique ou militaire, des infractions de droit commun ont également été commises, l'entraide judiciaire sera accordée sous réserve que les résultats communiqués par la Suisse servent exclusivement à la poursuite ou à la punition des infractions de droit commun ¹⁶⁶ (concernant la réserve de la spécialité cf. ch. 2.7, p. 30). Cependant, l'entraide judiciaire est exclue si les éléments constitutifs de l'infraction particulière (fiscale, politique ou militaire) englobent et priment ceux de l'infraction de droit commun sous tous ses aspects ¹⁶⁷.

2.5 Causes de refus de l'entraide judiciaire

2.5.1 Réciprocité (art. 8 EIMP)

En règle générale, il n'est donné suite à une demande que si l'Etat requérant assure la réciprocité (art. 8 al. 1, première phrase, EIMP). L'Office fédéral requiert une garantie de réciprocité si les circonstances l'exigent (art. 8 al. 1, deuxième phrase, EIMP). Il dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation ¹⁶⁸. Une telle garantie est en principe exigée lorsque les relations entre la Suisse et l'Etat requérant ne sont pas fondées sur une base conventionnelle. Selon le principe de la confiance qui imprègne les relations entre Etats, 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 du cas d'abus manifeste. L'Office fédéral renonce en outre à l'exigence de la réciprocité notamment lorsque l'exécution de la demande paraît de toute manière s'imposer à raison de la nature de l'acte commis ou de la nécessité de lutter contre certaines formes d'infractions (art. 8 al. 2 let. a EIMP). Cette exception concerne en particulier la répression de la criminalité organisée et les délits économiques, le blanchissage d'argent et la corruption ¹⁶⁹.

La question de savoir qui est compétent pour fournir une telle assurance se détermine d'après le droit interne de cet Etat ¹⁷⁰; la déclaration est contenue, dans la plupart des cas, dans une note de la représentation diplomatique de cet Etat en Suisse ou dans une lettre du Ministère public général ou du Ministère de la justice.

Au vu de la globalisation et mondialisation du crime et de la mobilité des produits qui en sont tirés, la tendance à renoncer à la condition de la réciprocité est, à juste titre, de plus en plus marquée ¹⁷¹.

¹⁶⁵ Cf. art. 284 et 285 du futur Code de procédure pénal suisse (CPP).

¹⁶⁶ Art. 6 al. 1 EIMP.

¹⁶⁷ Cf. art. 6 al. 2 EIMP, art. 2, ch. 4, TEJUS et ATF 104 la 49ss, cons. 4).

¹⁶⁸ ATF 110 lb 176.

¹⁶⁹ ATF 23.4.2003 / 1A.49-54/2002 consid 4.

¹⁷⁰ ATF 110 lb 173 consid. 3a.

¹⁷¹ Dans ce sens ATF 18.5.2005 / 1A.38/2005 consid. 3.4.

2.5.2 Double incrimination

2.5.2.1 Principe

En principe, même si l'état de fait décrit dans la requête n'est pas punissable d'après le droit suisse, l'entraide devrait autant que possible être accordée. Par contre, lors de l'exécution de la demande d'entraide, il n'est possible d'utiliser la contrainte du droit de procédure (perquisitions, saisies de pièces à conviction, citations sous peine d'exécution forcée, auditions de témoins ¹⁷², contrôles téléphoniques, levée de secrets protégés par la loi pénale ¹⁷³) que si l'état de fait exposé dans la demande correspond aux éléments constitutifs d'une infraction réprimée par le droit suisse ¹⁷⁴.

L'examen de la punissabilité par le juge de l'entraide doit se faire « prima facie » ¹⁷⁵. Il porte, conformément à l'art. 64 al. 1 EIMP les éléments constitutifs objectifs de l'infraction, à l'exclusion des conditions particulières du droit suisse en matière de culpabilité et de répression.

Il n'est ainsi pas nécessaire que les faits incriminés revêtent, dans les deux législations concernées, la même qualification juridique, qu'ils soient soumis aux mêmes conditions de punissabilité ou passibles de peines équivalentes; il suffit qu'ils soient réprimés dans les deux Etats comme des délits donnant lieu ordinairement à la coopération internationale ¹⁷⁶. Contrairement à ce qui prévaut en matière d'extradition, la condition de la double incrimination ne doit pas être réalisée pour chacune des infractions à raison desquelles la demande d'entraide est présentée; il suffit qu'elle le soit pour l'une d'entre elles ¹⁷⁷.

La punissabilité selon le droit étranger n'est pas prise en considération ¹⁷⁸. Le caractère punissable des faits qui font l'objet de la demande d'entraide **se détermine au moment où la mesure de contrainte est ordonnée** ¹⁷⁹.

2.5.2.2 Exceptions (art. 64 al. 2 EIMP)

L'EIMP fait deux exceptions au principe de la double incrimination ¹⁸⁰. Même si les faits poursuivis dans l'Etat requérant ne sont pas punissable en Suisse, la contrainte peut néanmoins être ordonnée si les mesures requises visent :

- à disculper la personne poursuivie (cf. ch. 2.3.3.1 lit. a), p. 22).
- à poursuivre un acte d'ordre sexuel avec des mineurs.

¹⁷² Le témoignage spontané d'un inculpé devrait être accepté au sens de la garantie du droit d'être entendu.

¹⁷³ Notamment et surtout le secret bancaire (art. 47 LB).

¹⁷⁴ Art. 64 al. 1 EIMP, art. 5, let. a, CEEJ et déclaration suisse y relative, art. 4 TEJUS.

¹⁷⁵ ATF 124 II 184 consid.4b.

¹⁷⁶ ATF du 3 mai 2004 / 1A.3/2004 consid. 10.1.

¹⁷⁷ ATF 125 II 569 consid.6.

¹⁷⁸ Expressément avec les USA; cf. art. 4, ch. 4, TEJUS; ATF 111 Ib 137s.

¹⁷⁹ ATF 129 II 462 consid.4.3.

¹⁸⁰ On notera que le principe de double incrimination a tendance à être abandonné, du moins partiellement, dans le cadre des relations d'entraide judiciaire entre Etats membres de l'UE (ex : art. 3 al. 2 de la Décision-cadre 2003/577 du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve / L 196.45).

2.5.3 Attestation (art. 76 let. c EIMP)

Conformément à l'EIMP¹⁸¹, mais non à la CEEJ¹⁸², l'exécution d'une perquisition ainsi que la saisie ou la remise d'objets implique que la demande d'entraide soit accompagnée d'une attestation confirmant que de telles mesures sont licites dans l'Etat requérant. Cette précaution se justifie par le souci d'éviter que l'Etat requérant puisse obtenir de la Suisse des mesures de contrainte qu'il ne pourrait imposer sur son propre territoire¹⁸³. L'attestation prévue par cette disposition n'est en effet pas exigée de manière systématique, mais seulement lorsqu'il existe un doute sur la licéité de la mesure dans l'Etat requérant¹⁸⁴.

2.6 Principes d'exécution de l'entraide judiciaire

2.6.1 Principe de la confiance

Ce principe n'est pas spécifique au droit de l'entraide judiciaire mais sous-tend toutes les relations entre Etats parties à un accord bi- ou multilatéral¹⁸⁵. S'agissant de coopération internationale en matière pénale, il signifie que l'Etat requis, en règle générale, ne va pas mettre en doute le contenu de la demande présentée par l'Etat requérant quant à

- la compétence (ratione loci et materiae) de l'autorité requérante¹⁸⁶;
- la réalité et le caractère punissable dans l'Etat requérant des faits à l'origine de son enquête¹⁸⁷;
- l'état de fait à la base de la demande¹⁸⁸;
- l'utilité et l'étendue des mesures requises¹⁸⁹;
- l'obligation d'exécuter la demande, aussi longtemps qu'elle n'est pas retirée¹⁹⁰;
- le respect du principe de la spécialité, si les deux Etats sont liés par un traité ou une convention¹⁹¹;
- la crédibilité des assurances fournies en matière de réciprocité¹⁹²;

sous réserve d'abus manifeste et immédiatement établi.

¹⁸¹ Art. 76, let c, EIMP, art. 31 OEIMP.

¹⁸² L'exigence de l'art. 76 let. c EIMP n'est pas opposable à un Etat partie à la CEEJ / ATF du 25.02.2000 / 1A.274/1999 consid.3b.

¹⁸³ De ce fait, un ordre de perquisition ou de saisie délivré par l'autorité étrangère et joint à la demande vaut confirmation de la licéité de la mesure (art. 31 OEIMP al. 2).

¹⁸⁴ ATF 123 II 161 consid. 3b p. 166.

¹⁸⁵ « Pacta sunt servanda ».

¹⁸⁶ ATF 116 Ib 92 consid. 2c aa.

¹⁸⁷ ATF 126 II 212 consid.6 bb.

¹⁸⁸ ATF 132 II 81 consid.2.1.

¹⁸⁹ ATF 132 II 81 consid 2.1.

¹⁹⁰ ATF 1A.218/2003 du 17 décembre 2003, consid.3.5.

¹⁹¹ ATF 1A.78/2000 du 17 avril 2000, consid 2b.

¹⁹² TPF RR 2008 177 du 16.09.2008, consid. 5 / ATF 130 II 217 consid 7.1.

2.6.2 Principe de faveur

La jurisprudence a développé une approche positive de la coopération internationale en invitant le juge de l'entraide, souvent confronté à une juxtaposition de dispositions légales potentiellement applicables, à choisir la solution la plus favorable à l'entraide. On parle de principe de faveur (Günstigkeitsprinzip), applicable tant à la petite entraide qu'à l'extradition.

Ainsi, si le droit conventionnel ne prévoit pas expressément un certain mode de collaboration, cela n'empêche pas la Suisse de l'accorder en vertu des dispositions de son droit interne, soit de l'EIMP. La jurisprudence constante permet en effet l'application du droit interne lorsque celui-ci apparaît plus favorable à la coopération que le droit conventionnel¹⁹³, en application de la considération générale que les traités ont pour but de favoriser la coopération internationale, et non de la limiter. Il serait non seulement paradoxal, mais manifestement contraire à l'esprit des traités conclus dans ce domaine, que la Suisse refuse de collaborer avec des Etats auxquels elle est liée par une convention, dans des situations où elle l'accorderait à d'autres Etats sur la seule base de son droit national.

En cas de silence du traité sur un point précis, la Suisse ne saurait par contre appliquer son droit national plus restrictif.

Il n'y a ainsi pas lieu d'examiner la question de la prescription (art. 5 al. 1 let c EIMP) dans le cadre de l'entraide régie par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ). Mais lorsqu'il s'agit de mesures d'entraide qui ne sont pas prévues par la CEEJ, mais uniquement par l'EIMP (comme la remise de valeurs de l'art.74a EIMP), l'entraide judiciaire doit être accordée conformément à cette loi; il convient dès lors de tenir compte aussi des règles relatives à la prescription selon l'art. 5 al. 1 let. c EIMP¹⁹⁴. L'attestation exigée par l'art. 76 lit.c EIMP (à joindre aux demandes de perquisition et de saisie) ne peut être opposée aux Etats parties à la CEEJ¹⁹⁵. La question de savoir s'il en va de même avec l'article 4 EIMP (infraction de peu de gravité) a été laissée ouverte¹⁹⁶.

2.6.3 Principe de célérité (art. 17a EIMP)

L'entraide judiciaire internationale en matière pénale est une procédure d'entraide accordée à un Etat étranger pour l'assister dans une procédure pénale. Toute personne accusée d'une infraction a droit à ce que la procédure dirigée contre elle soit jugée dans un délai raisonnable¹⁹⁷. C'est pourquoi l'entraide judiciaire doit être fournie rapidement.

Cette obligation de célérité a, entretemps, été formellement ancrée dans la loi¹⁹⁸. Il y est expressément mentionné que l'autorité compétente traite les demandes avec célérité et statue sans délai¹⁹⁹. Elle est soumise au contrôle de l'OFJ, qui, en cas de retard, peut intervenir auprès de cette dernière ou, si le retard est injustifié, auprès de son autorité de surveillance²⁰⁰ ou encore recourir pour déni de justice²⁰¹. En dernière extrémité²⁰², l'OFJ peut se

¹⁹³ ATF 132 II 178 consid. 2.1 / TPF RR 2007.48 consid.2.4.

¹⁹⁴ ATF 1A.323/2005 du 3 avril 2006, consid 3 (cette jurisprudence ne sera plus valable avec les Etats parties au PAII CEEJ, accord qui contient une disposition sur la remise d'avoirs).

¹⁹⁵ ATF 1A.274/1999 du 25 février 2000, consid.3b.

¹⁹⁶ ATF 1A.323/2005 du 3 avril 2006, consid 4.

¹⁹⁷ Cf. art. 6 CEDH; RS 0.101.

¹⁹⁸ Art. 17a EIMP.

¹⁹⁹ Le respect par l'autorité du principe de célérité doit ainsi s'apprécier de manière concrète, sur le vu des circonstances. Si la décision d'entrée en matière ne saurait être retardée plus de quelques jours, voire de quelques semaines dans les cas complexes, l'exécution de la demande peut prendre plus ou moins de temps, selon l'ampleur des mesures de contrainte requises (ATF 1A.223/1999 du 28.2.2000 consid. 2 a).

²⁰⁰ Art. 17a al 2 EIMP.

charger lui-même de statuer sur l'admissibilité et l'exécution de la demande en lieu et place de l'autorité défaillante ²⁰³.

2.6.4 Proportionnalité et étendue de l'entraide

2.6.4.1 *En général*

Le principe constitutionnel de la proportionnalité doit également être observé dans la procédure d'entraide judiciaire ²⁰⁴. On ne saurait cependant déduire de cette règle que l'entraide a un caractère subsidiaire, c'est-à-dire qu'un Etat étranger ne peut demander l'entraide que lorsqu'il a épuisé toutes ses possibilités d'investigation sur son territoire. Si l'on veut parvenir à poursuivre efficacement les infractions à caractère international, il est de plus en plus souvent nécessaire de conduire conjointement des enquêtes pénales dans plusieurs Etats.

En vertu du principe de la proportionnalité, l'entraide ne peut être accordée que dans la mesure nécessaire à la découverte de la vérité recherchée par les autorités pénales de l'Etat requérant.

La question de savoir si les renseignements demandés sont nécessaires ou simplement utiles à la procédure pénale est en principe laissée à l'appréciation des autorités de poursuite de cet Etat, L'Etat requis ne disposant généralement pas des moyens qui lui permettraient de se prononcer sur l'opportunité de l'administration des preuves déterminées au cours de l'instruction menée à l'étranger, il ne saurait substituer sur ce point sa propre appréciation à celle des magistrats chargés de cette instruction ²⁰⁵.

Le principe de la proportionnalité empêche d'une part l'autorité requérante de demander des mesures inutiles à son enquête et, d'autre part, l'autorité d'exécution d'aller au-delà de la mission qui lui est confiée. L'autorité suisse requise s'impose une grande retenue lorsqu'elle examine le respect de ce principe, faute de moyens qui lui permettraient de se prononcer sur l'opportunité de l'administration des preuves. **Le juge de l'entraide doit lui aussi se borner à examiner si les renseignements à transmettre présentent, prima facie, un rapport avec les faits motivant la demande d'entraide. Il ne doit exclure de la transmission que les documents n'ayant manifestement aucune utilité possible pour les enquêteurs étrangers (examen limité à l'utilité "potentielle")**. Cela correspond en effet à la notion d'"entraide la plus large possible" visée à l'art.1 CEEJ, et permet d'éviter le dépôt d'une demande d'entraide complémentaire, lorsqu'il apparaît d'emblée que l'autorité étrangère ne pourra pas se satisfaire des renseignements recueillis ²⁰⁶. Au besoin, il appartient à l'autorité requise d'interpréter la requête selon le sens que l'on peut raisonnablement lui donner. Rien ne s'oppose à une interprétation large de la requête s'il est établi que, sur cette base, toutes les conditions à l'octroi de l'entraide sont remplies; ce mode de procéder évite aussi une éventuelle demande complémentaire ²⁰⁷.

201 Art. 17a al. 3 EIMP.

202 Vu les moyens limités de l'OFJ.

203 Mais à ses frais ! (art. 13 al. 1bis OEIMP).

204 ATF 106 Ib 264, 351; cf. également art. 4 EIMP.

205 TPF RR 2007.171 du 25.02.2008 consid 3.1.

206 TPF RR 2008.84 du 8.10.2008 consid. 7.1.

207 ATF 121 II 241 consid. 3a p. 243.

2.6.4.2 Tri des pièces

La sélection des pièces s'effectue avec la participation de la personne concernée.

Après avoir saisi les documents qu'elle juge utiles pour l'exécution de la demande, l'autorité d'exécution trie les pièces à remettre, en vue du prononcé de la décision de clôture de la procédure. Il est interdit de remettre la documentation en vrac, sans avoir procédé à un examen de son identité pour la procédure étrangère²⁰⁸. Dans l'hypothèse où seuls certains passages doivent être omis, les pièces seront caviardées dans cette mesure²⁰⁹.

Toutefois, avant de statuer à ce sujet, l'autorité d'exécution impartit un délai au détenteur, pour qu'il fasse valoir, pièce par pièce, les arguments qui s'opposeraient selon lui à la transmission. Il ne suffit pas d'affirmer péremptoirement qu'une pièce est sans rapport avec l'affaire; une telle assertion doit être étayée avec soin. L'obligation de coopérer avec l'autorité d'exécution s'impose au détenteur dès le stade de l'exécution de la demande. Est incompatible avec le principe de la bonne foi le procédé consistant à abandonner le tri des pièces à l'autorité d'exécution, sans lui prêter aucun concours, pour lui reprocher après coup d'avoir méconnu le principe de la proportionnalité. Le droit d'être entendu est assorti d'un devoir de coopération, dont l'inobservation est sanctionnée par le fait que le détenteur ne peut plus soulever devant l'autorité de recours les arguments qu'il a négligé de soumettre à l'autorité d'exécution²¹⁰.

Cependant, lorsque la demande vise à éclaircir le cheminement de fonds d'origine délicate, il convient d'informer l'Etat requérant de toutes les transactions opérées au nom des sociétés et des comptes impliqués dans l'affaire. Cela justifie la production de la totalité de la documentation bancaire, sur une période relativement étendue. L'autorité requérante dispose en effet d'un intérêt a priori prépondérant à pouvoir vérifier, dans un tel cas, l'ensemble du mode de gestion du compte²¹¹.

2.6.4.3 Utilité potentielle et blanchiment d'argent

L'entrée en vigueur des dispositions visant à lutter contre le blanchiment d'argent²¹² a offert aux autorités de poursuite suisses l'occasion d'ouvrir des procédures pénales du chef de blanchiment sur la base d'informations contenues dans des demandes d'entraide judiciaire. Le résultat de ces enquêtes est logiquement en lien avec les faits mentionnés dans la demande d'entraide qui est à leur origine et peut de ce fait être communiqué à l'Etat requérant en raison de son utilité potentielle. Dans cette mesure, une transmission spontanée de ces informations est exclue car celles-ci restent dans le cadre (élargi) initial tracé par la demande.

²⁰⁸ ATF 130 II 14.

²⁰⁹ Art. 2 OEIMP, L'OFJ a le droit de consulter la version intégrale du document; art. 2 al. 3 OEIMP, art. 28 al. 2 LTEJUS.

²¹⁰ ATF 126 II 258 consid.9.

²¹¹ ATF 26.01.2007 1A.244/2006 consid 4.2.

²¹² Avant tout Art. 305 bis et ter CP (RS 311.0), Loi fédérale sur le blanchiment d'argent (LBA / RS 955.0).

2.7 Spécialité de l'entraide judiciaire

2.7.1 En général

Au vu de la nature souvent sensible des informations remises au titre de l'entraide judiciaire en matière pénale, il est compréhensible que l'Etat qui les fournit ait la possibilité de contrôler l'usage qui en est fait dans l'Etat requérant. Ces informations pourront dès lors, dans la règle, être utilisées uniquement dans la procédure pénale à l'origine de la demande. Toute autre utilisation dans l'Etat requérant n'est pas interdite ipso facto, mais est soumise à l'autorisation de l'Etat requis. Ces principes sont reproduits sous des formes variables dans les textes conventionnels en matière d'entraide judiciaire²¹³ ou dans des accords bilatéraux conclus par la Suisse²¹⁴. Absent dans la CEEJ²¹⁵, plus tard mentionné à titre facultatif dans la Cbl²¹⁶ le principe de la spécialité tend actuellement à être inclus systématiquement dans les conventions d'entraide judiciaire²¹⁷. Dans certaines conventions, il se recoupe avec les dispositions réglant la protection des données²¹⁸.

Lorsque le principe de la spécialité fait l'objet d'une réserve, cela a pour conséquence que l'Etat requérant n'est juridiquement lié que lorsque la réserve a été expressément formulée au moment de la remise des actes d'exécution²¹⁹. Lorsque la Suisse fait usage de la limitation de la spécialité, conformément à sa réserve à l'article 2 CEEJ ou 32 Cbl, il faut partir de l'idée que cette limitation sera respectée par les autres Etats parties, en vertu du principe de la fidélité contractuelle: le droit international public confère à la réserve faite par la Suisse un effet contraignant pour les autres Etats parties²²⁰. Il va en effet de soi que les Etats liés par un traité se conforment à leurs engagements internationaux, tels le respect de la règle de la spécialité, sans qu'il soit nécessaire de le leur faire préciser dans une déclaration expresse. En effet, l'Etat requérant est réputé observer fidèlement et scrupuleusement les obligations que le traité met à sa charge. Même une violation du traité sur ce point ne saurait renverser cette présomption.

Même à l'égard des Etats qui ne sont pas liés à la Suisse par une convention internationale, il n'y a pas lieu d'exiger une assurance expresse du respect du principe de la spécialité lorsque l'Etat requérant s'est engagé dans sa demande d'entraide à respecter cette limitation ou lorsqu'une réserve a été clairement énoncée à l'occasion de la transmission des pièces d'exécution²²¹. Une réserve entraîne l'interdiction de l'utilisation des moyens de preuves et lie l'ensemble des autorités de l'Etat requérant.

²¹³ Ex : Art. 32 Cbl, art. 26 PAII, art. 23 de la Convention UE 2000, Art. 46 para.19 UNCAC, art. 18 para.19 UNTOC.

²¹⁴ Ex : art. 5 TEJUS, art. III AC-CEEJ entre la France et la Suisse, art. IV AC-CEEJ entre l'Italie et la Suisse.

²¹⁵ La Suisse a dû faire une réserve spécifique sur ce point à l'art. 2 lit.b CEEJ.

²¹⁶ Art. 32 Cbl.

²¹⁷ Ex : art. 32 Cbl (RS 0.311.53). Art. 18 para. 19 UNTOC (RS 0311.54).

²¹⁸ Ex: art. 26 PAII (0.351.12).

²¹⁹ Font exception les cas tombant sous une réglementation internationale contraignante, comme par exemple les requêtes d'entraide émanant des Etats-Unis, pour lesquelles le principe de la spécialité est expressément mentionné (art. 5 TEJUS).

²²⁰ ATF 104 la 59.

²²¹ ATF 110 lb 177, cons. 3b.

2.7.2 En droit suisse

Au vu des formulations divergentes de la réserve de la spécialité en droit interne ²²² et en droit conventionnel ²²³, il est nécessaire d'établir une classification parmi les possibilités et modalités d'utilisation des renseignements transmis en exécution d'une demande d'entraide, ce afin de faciliter leur compréhension par l'autorité étrangère requérante. Cette utilisation peut être admise, exclue ou sujette à autorisation de l'OFJ ²²⁴.

2.7.2.1 Utilisation admise (principe)

En principe, les renseignements fournis en exécution d'une demande d'entraide peuvent être utilisés librement dans la procédure ²²⁵ pour laquelle l'entraide a été demandée ²²⁶, ainsi que dans toute autre procédure pénale suivie dans l'Etat requérant et pour la poursuite d'autres infractions ²²⁷, mêmes si elles ne sont pas punissables en droit suisse ²²⁸. Dans cette mesure, le principe de la spécialité diffère de celui qui s'applique en matière d'extradition ²²⁹. La règle de la spécialité est aussi opposable aux représentants de l'Etat requérant qui assistent à l'exécution de la demande ou consultent le dossier.

2.7.2.2 Utilisation exclue

a) Dans la règle

Aux termes de l'art. 67 al. 1 EIMP et selon la réserve faite par la Suisse à l'art. 2 let. b CEEJ, les renseignements transmis ne peuvent, dans l'Etat requérant, ni être utilisés aux fins d'investigation, ni être produits comme moyens de preuve dans une procédure pénale visant une infraction pour laquelle l'entraide est exclue. Ces infractions sont celles qui figurent à l'art. 3 EIMP ²³⁰.

Sera donc exclue, dans l'Etat requérant, toute utilisation des renseignements transmis pour la répression:

- d'infractions militaires ou politiques (art. 3 al. 1 et 2 EIMP);
- d'actes qui contreviennent à des mesures de politique monétaire, commerciale ou économique ²³¹;
- d'actes qui paraissent tendre à diminuer des recettes fiscales ²³².

²²² Art. 67 EIMP.

²²³ Cf. réserve suisse à l'art. 2 al. 2 CEEJ, art. 26 PAII, art. 32 Cbl, sans compter les traités bilatéraux ! .

²²⁴ La jurisprudence a fait une autre distinction et parle d'**entraide "primaire"** s'agissant des modalités d'utilisation -strictement pénale- dans la procédure à l'origine de la demande et d'**entraide "secondaire"** s'agissant de l'utilisation subséquente de ces mêmes informations dans des procédures connexes à la procédure suivie dans l'Etat requérant (ATF 132 II 178 consid.2.2).

²²⁵ Y compris la faculté d'incorporer les renseignements dans des demandes d'assistance adressées à des Etats tiers (TPF RR.2009.156-158 du 25 novembre 2009, consid. 5.3). Dans ce cas. aucune autorisation de l'OFJ n'est nécessaire.

²²⁶ Les dispositions du 2e alinéa de l'article 67 EIMP ne revêtent qu'un caractère exhaustif et entendent simplement illustrer deux questions qui se posent souvent. Une modification de la qualification juridique de même que l'utilisation des documents contre des coauteurs sont en effet sans autre admissibles.

²²⁷ Ainsi, des renseignements transmis à l'Etat requérant pour des faits d'abus de confiance pourront être utilisés dans cet Etat dans une autre procédure pénale pour une autre infraction (par exemple faux dans les titres).

²²⁸ ATF 124 II 184 consid. 4 (loi italienne sur le financement illicite des partis politiques). Le principe de la double incrimination ne joue ici aucun rôle.

²²⁹ Selon l'article 38, 1er alinéa, let. a, EIMP, aucun acte commis antérieurement à la remise et pour lequel l'extradition n'a pas été consentie ne peut donner lieu à poursuite.

²³⁰ ATF 133 IV 47 consid.6.1.

²³¹ Par exemple contrôle des changes.(ATF du 19.6.2000, 1A.32/2000 consid. 5b)

b) Exceptions

En dérogation aux principes énoncés ci-dessus, l'entraide sera toutefois accordée

- En général: si l'entraide requise vise à décharger la personne poursuivie ²³³.
- En matière de délit politique: Dans les cas visés par l'art. 3 al. 2 EIMP.
- En matière fiscale:

Erga omnes:

- pour des faits d'escroquerie en matière fiscale ²³⁴ ou encore d'escroquerie fiscale qualifiée ²³⁵ au sens du droit suisse.

Dans le cadre européen:

- pour les infractions aux dispositions légales et réglementaires en matière d'accises, de taxe sur la valeur ajoutée et de douanes (Impôts indirects)
- avec les Etats parties à l'accord de Schengen aux conditions des articles 50 et 51 [CAAS](#) et
- avec les Etats parties à l'Accord de coopération entre la Suisse et l'UE pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers (art. 2) ²³⁶.

2.7.2.3 Utilisation moyennant accord préalable

L'art. 67 al. 2 stipule que **toute autre utilisation** que celles mentionnées ci-dessus aux points 2.7.2.1. et 2.7.2.2 est subordonnée à l'**autorisation de l'OFJ** (entraide dite "secondaire"): Il s'agit avant tout des cas suivants:

a) Procédures fiscales connexes

Les renseignements transmis au titre de l'entraide primaire ne pourront pas être utilisés dans l'Etat requérant dans une autre procédure de nature fiscale ²³⁷ sans accord de l'OFJ ²³⁸.

b) Autres procédures connexes

Les renseignements transmis par la Suisse peuvent également servir à d'autres **procédures connexes à la procédure pénale**, par exemple une procédure civile destinée à

²³² Le Tribunal fédéral considère que les documents - et les renseignements qu'ils contiennent - obtenus par voie d'entraide judiciaire ne peuvent ni directement ni indirectement être utilisés dans une procédure administrative en matière fiscale ou dans une procédure pénale concernant des délits purement fiscaux (sauf l'escroquerie en matière fiscale). Le TF exclut même leur utilisation à des fins de taxation fiscale lorsque l'entraide a été fournie pour une escroquerie en matière fiscale (ATF 115 Ib 373 consid.8 / 107 Ib 264 consid. 4a).

²³³ Art. 63 al. 5 EIMP. Cette exception doit être admise avec la plus grande prudence (cf. ATF 113 Ib 67 consid. 4b).

²³⁴ Art. 14 DPA.

²³⁵ Art. 14 al. 4 DPA, nouvelle teneur depuis le 1.02.2009 (contrebande organisée érigée en crime dans le cadre de la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI)) (RO 2009 361 367 / FF 2007 5919).

²³⁶ (RS 0.351.926.81) ci-après Accord CE contre la fraude.

²³⁷ Y compris celles visant, selon l'Etat requérant, des faits d'escroquerie en matière fiscale ou d'escroquerie fiscale qualifiée car c'est le seul moyen d'éviter les risques d'utilisation abusive dans des procédures pour lesquelles l'entraide est exclue (ex: évasion fiscale). La qualification d'une infraction comme fiscale se fait en effet selon le droit de l'Etat requis (ATF 107 Ib 264 consid. 4a).

²³⁸ ATF 1A.24/2004 du 11 août 2004 consid.6.1.

indemniser la victime de l'infraction ²³⁹, une enquête menée par une commission parlementaire voire une procédure administrative destinée à résoudre une question préjudicielle décisive pour le procès pénal. Il s'agit dans ces cas d'une exception à la règle de la spécialité, soumise à l'approbation de L'OFJ (art. 67 al. 2 EIMP)²⁴⁰, qui nécessite **un rapport de connexité** avec la procédure pénale ²⁴¹.

c) Procédure suivie dans un Etat tiers

Une autorisation de l'OFJ est également nécessaire si l'Etat requérant désire transmettre, **à et sur demande d' un Etat tiers**, les renseignements reçus de la Suisse ²⁴². Ici aussi, un **rapport de connexité** est nécessaire.

Exception: Les informations et éléments de preuve obtenus en application de l'**AAF** ²⁴³ (art. 5 al. 2 à 5) peuvent être librement transmis entre parties contractantes dans la mesure où ils sont destinés à être utilisés dans des enquêtes pour lesquelles la coopération n'est pas exclue. La transmission de ces informations n'est pas sujette à recours. Une décision de l'OFJ n'est donc ni nécessaire ni possible. Ce sera toutefois le cas si les informations ou moyens de preuve sont destinés à un Etat non-contractant ²⁴⁴.

2.7.3 En pratique

La réserve formelle de la spécialité est faite, au moment de la transmission des actes d'exécution à l'autorité requérante, par l'Office fédéral de la justice ou, si la correspondance directe est autorisée, par l'autorité cantonale compétente ²⁴⁵. La réserve de la spécialité doit être formulée de manière à ce que les autorités de l'Etat requérant puissent en saisir aisément toute la portée. L'Office fédéral de la justice utilise donc à cet effet un **formulaire** particulier ²⁴⁶.

Si les documents sont remis aux fonctionnaires étrangers présents immédiatement après l'exécution de la requête d'entraide judiciaire, la réserve de la spécialité peut être formulée au moyen d'une remarque figurant sur l'accusé de réception établi pour les pièces livrées.

Le principe de la spécialité n'empêche pas que les documents transmis par la Suisse soient portés à la connaissance des parties à la procédure pénale ouverte dans l'Etat requérant, dont l'administration fiscale. Celle-ci ne pourra toutefois se fonder sur ces documents pour ouvrir à l'encontre de l'un ou de l'autre protagoniste de l'affaire une procédure de redressement fiscal pour laquelle la Suisse n'accorde pas l'entraide ²⁴⁷.

Le principe de la spécialité ne tend d'ailleurs pas non plus à garantir une confidentialité absolue dans l'Etat requérant: compte tenu de la garantie générale d'un procès public (cf. notamment l'art. 6 CEDH), il est fréquent que les informations données par voie d'en-

²³⁹ ATF 132 II 178 consid 2.2

²⁴⁰ Sauf si cet usage est prévu par un texte conventionnel ex: dans les procédures civiles pour dommages et intérêts: art. III al. 2 lit. c de l'AC-CEEJ avec la France (RS 0351.934.92) et art. 5 al. 3 lit.a TEJUS (0,351.933.6) art. 49 lit. c [CAAS](#).

²⁴¹ ATF 132 II consid.2.2.

²⁴² ATF 112 Ib 142 consid.3b. Une autorisation de l'OFJ n'est pas nécessaire si les renseignements fournis par la Suisse servent à fonder une demande d'entraide adressée par l'Etat requérant à un Etat tiers (TPF RR.2009.156-158 du 25. novembre 2009, consid. 5.3)

²⁴³ AAF: Accord de coopération du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers ([0.351.926.81](#))

²⁴⁴ Art. 5 al. 5.

²⁴⁵ Art. 34 OEIMP.

²⁴⁶ [Réserve de la spécialité](#)

²⁴⁷ ATF 115 Ib 373 consid. 8.

traide soient largement diffusées dans l'Etat requérant. L'essentiel est que cet Etat n'utilise pas les renseignements à des fins prohibées, et notamment fiscales ²⁴⁸.

Les personnes qui **désirent se plaindre** d'une violation de la réserve de la spécialité doivent faire valoir cet argument devant le juge du fond, voire saisir l'Office fédéral d'une dénonciation au sens de l'art. 71 PA ou d'une demande d'intervention auprès des autorités de l'Etat requérant, afin de leur rappeler la portée du principe de la spécialité ²⁴⁹. Seule la personne touchée directement par la violation du principe de la spécialité peut s'en prévaloir et ne peut donc intervenir au bénéfice de tiers ni aux fins de protéger la souveraineté de l'Etat requis ²⁵⁰.

²⁴⁸ ATF 133 IV 40 consid. 6.2.

²⁴⁹ ATF 1A.161/2000 du 16 juin 2000, consid. 4.

²⁵⁰ ATF 1A.336/2005 du 24 mai 2006, consid. 2.1 On peut se demander si ces restrictions sont justifiées dans la mesure où la personne qui soulève le grief de violation du principe de la spécialité n'a pas qualité de partie (art. 71 al. 2 PA) et qu'il appartient à l' OFJ d'intervenir d'office si la violation est établie.

3 Entraide judiciaire, procédure

3.1 Voies de transmission, forme, contenu et langue de la demande d'entraide

3.1.1 Remarques générales sur les prescriptions applicables à la forme

L'inobservation éventuelle de la voie de transmission, de la forme ou du contenu prescrits, ainsi que l'omission d'une traduction, n'entraîne pas automatiquement le refus de l'entraide, ce qui constituerait un formalisme excessif ²⁵¹; lorsqu'une demande est irrégulière dans sa forme, il convient d'en demander la correction ²⁵². L'autorité requérante est invitée à compléter ou à modifier sa demande; l'adoption de mesures provisoires n'est pas touchée pour autant ²⁵³. Lorsque l'irrégularité de la requête n'est constatée qu'au moment du recours devant l'instance supérieure, celle-ci doit, en vertu de l'obligation de célérité ²⁵⁴, demander elle-même les compléments nécessaires. Un renvoi à l'autorité de première instance est inutile, attendu que la voie de recours implique la totale cognition ²⁵⁵ et qu'il peut aussi être remédié après coup à un vice de forme.

Les exigences pratiques, spécifiques aux différents pays, sont contenues dans la publication de l'OFJ, le « **Guide de l'entraide judiciaire** » ²⁵⁶, qui contient, pour chacun d'eux, des indications sur les bases légales, les voies de transmission, les conditions de traduction et de légalisation ²⁵⁷.

3.1.2 Voies de transmission

Le choix des voies de transmission dans les textes conventionnels se fait en premier lieu en fonction du degré de proximité des systèmes juridiques et de celui de l'éloignement géographique: on choisira ainsi la voie directe avec les Etats européens, celle des Ministères de la justice (Offices centraux) ou encore la voie diplomatique avec les Etats plus éloignés.

- a) La **correspondance directe** entre les autorités judiciaires (tribunaux, ministères publics, juges d'instruction, etc.) est désormais possible en Europe sur la base de plusieurs instruments: les accords complémentaires à la CEEJ, le PAII CEEJ et la [CAAS](#) ²⁵⁸ et l'AAF. Elle est de plus **toujours admissible en cas d'urgence** ²⁵⁹.

Cette transmission directe peut s'effectuer par l'intermédiaire d'Interpol ²⁶⁰ ou alors les demandes peuvent être adressées directement à l'autorité requise compétente sur la

²⁵¹ ATF 1A.160/2000 du 4 décembre 2000, consid.3

²⁵² Art. 28 al.6 EIMP / ATF 118 lb 457 consid.5

²⁵³ Il est ainsi possible, quand bien même la demande doit encore être complétée, de saisir des moyens de preuve à titre provisoire (cf. affaires citées dans ATF 103 la 206ss et 111 lb 242ss et 116 lb 97ss).

²⁵⁴ Art. 17a EIMP.

²⁵⁵ cf. art. 25, al.6 EIMP.

²⁵⁶ <http://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/rechtshilfefuehrer/laenderindex.html>

²⁵⁷ Outre les commissions rogatoires et les demandes de notification en matières pénale, le Guide fournit les mêmes renseignements en matière civile.

²⁵⁸ Pour certains pays, un double de la requête doit dans certains cas être acheminé par l'intermédiaire du Ministère de la justice et suivre la voie officielle (cf. les réserves et déclarations correspondantes).

²⁵⁹ Si la transmission directe entre autorités judiciaires est admissible, l'examen sommaire de la recevabilité de la demande par l'OFJ est supprimé, conformément à l'art. 78, al. 2 EIMP.

²⁶⁰ Art. 29 al. 2 EIMP, art. 15 ch.5 CEEJ. Il ne faut pas confondre le recours aux services d'Interpol pour des raisons d'urgence avec l'échange de renseignements de police (art. 75a EIMP et art. 35 OEIMP), lequel

base des indications fournies par la banque de données ad hoc mise sur pied par le Réseau judiciaire européen, l'**Atlas** ²⁶¹.

- b) La transmission de requêtes d'entraide par l'intermédiaire du **Ministère de la justice** représente la voie standard ²⁶² et constitue toujours une alternative au contact direct décrit ci-dessus sous lit. **A)**. C'est l'Office fédéral de la justice qui, dans notre pays, est l'autorité compétente pour la réception et la transmission des requêtes d'entraide judiciaire suisses et étrangères ²⁶³. La réexpédition de la demande exécutée suit la même voie officielle. La voie ministérielle est également celle qui a été choisie dans le cadre du TEJUS ²⁶⁴ et de la plupart des traités bilatéraux conclus par la Suisse hors Europe. L'OFJ joue alors le rôle d'Office central ou d'autorité centrale suisse ²⁶⁵.
- c) La **voie diplomatique** ne reste de rigueur qu'avec des pays plus éloignés, qui n'ont pas conclu de traité avec la Suisse et ne connaissent pas d'accès direct au Ministère de la justice ²⁶⁶. Même si d'autres voies de transmission sont possibles, la voie diplomatique reste toujours ouverte et peut être utilisée en cas de besoin ²⁶⁷.

Dans les cas où la correspondance directe n'est pas admise, les autorités cantonales et fédérales doivent adresser leurs requêtes à l'Office fédéral de la justice, Unité de l'entraide judiciaire, 3003 Berne, qui les transmet à l'autorité étrangère requise.

3.1.3 Forme et contenu de la demande d'entraide judiciaire

Les demandes d'entraide doivent revêtir la forme écrite ²⁶⁸ et contenir les indications suivantes ²⁶⁹ (voir également l'aide-mémoire pour les demandes d'entraide judiciaire ²⁷⁰):

- a) **Description de l'autorité qui a formulé la demande d'entraide** ²⁷¹. Dans la règle, seule une **autorité judiciaire** était habilitée à présenter une demande ²⁷². Cela provoque souvent des difficultés avec les pays de droit anglo-saxon ²⁷³. La faculté de requérir l'entraide judiciaire a été étendue aux **autorités administratives chargées de la poursuite**

261 passe toujours par l'intermédiaire d'Interpol, d'Europol ou se règle même directement entre les autorités de police (voir ch. 1.3.4 p. 6).

261 http://www.ejn-crimjust.europa.eu/atlas_advanced.aspx

262 Cf. art. 15, ch. 1, CEEJ; art. 29 al. 1 EIMP.

263 Art. 27 al. 2, 77 et 78 al. 1 EIMP; déclaration suisse relative à l'art. 15 CEEJ.

264 Avec la particularité que l'OFJ présente lui-même la requête aux USA, sur la base d'une proposition de l'autorité cantonale compétente (art. 28 TEJUS).

265 On part de l'idée qu'avec les Etats de tradition juridique différente et éloignés géographiquement de la Suisse, il est préférable de centraliser la réception et l'envoi des demandes auprès d'autorités spécialisées.

266 L'OFJ reçoit directement les notes diplomatiques émanant de l'étranger. Un détour par le DFAE n'est pas nécessaire.

267 Par exemple afin d'assurer un traitement confidentiel d'une demande, ou pour la remettre à une personne de confiance.

268 Art. 28 al. 1 EIMP.

269 Art. 14 CEEJ, art. 29 TEJUS, art. 28 et 76, EIMP.

270 <http://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/strafrecht/wegleitungen/checkliste-justizbehoerden-f.pdf>

271 Les requêtes américaines sont présentées par le Département de la justice des Etats-Unis; c'est pourquoi elles indiquent l'autorité qui conduit l'enquête ou la procédure pénale.

272 Cf. art. 1 CEEJ. Toutefois, comme les Etats parties peuvent décider librement quelles autorités nationales elles considèrent comme autorités judiciaires au sens de la Convention, la notion d'autorité judiciaire se relativise déjà car elle recouvre: les autorités policières danoises, les autorités de douane et de frontière finlandaises, le ministère du commerce britannique (Department for Trade and Industry DTI) ou même la Commission parlementaire italienne d'enquête ! (cf. les explications y relatives à l'art. 24 CEEJ).

273 La notion de juge d'instruction y est inconnue et la police enquête de manière autonome jusqu'à ce qu'elle ait recueilli assez de preuves pour procéder à la mise en accusation.

d'infractions, dans la mesure où leurs décisions peuvent donner lieu à un recours devant une juridiction compétente notamment en matière pénale ²⁷⁴.

L'EIMP part du même principe: la loi admet en général les demandes relatives à des affaires pénales (cf. ch. 2.1.2, p. 14) dans lesquelles il est (ultérieurement) possible de faire appel au juge ²⁷⁵, même si ces dernières n'ont pas été ouvertes par une autorité judiciaire, mais par exemple par une autorité administrative ²⁷⁶.

Enfin, il est même possible de donner suite à des requêtes émanant des **parties** (par ex. inculpé ou victime) si le droit de l'Etat concerné leur offre la possibilité d'accomplir des actes de procédure ²⁷⁷.

Il ne faut pas confondre les demandes formelles d'entraide judiciaire émanant d'une autorité policière d'un pays anglo-saxon avec l'échange d'informations de police ²⁷⁸ (cf. ch. 1.3.4 p. 6).

- b) **Objet de la procédure étrangère** et motif de la requête. L'autorité requérante doit démontrer l'existence d'un rapport entre la procédure étrangère et les mesures exigées. Les mesures souhaitées doivent être décrites aussi précisément que possible ²⁷⁹.
- c) Dans la mesure du possible, des **indications** complètes et précises **sur la personne** poursuivie (nom et prénom(s), date et lieu de naissance, nationalité, adresse) ou d'autres indications pouvant contribuer à son identification (p. ex. n° de passeport). Toutefois, l'entraide judiciaire peut être octroyée sans autre même lorsque l'auteur de l'infraction est inconnu.
- d) **La qualification juridique de l'infraction** dans l'Etat requérant (la production des dispositions légales applicables au lieu de commission de l'infraction est souhaitable mais non obligatoire ²⁸⁰."
- e) **Une brève description des faits essentiels**. Celle-ci est nécessaire pour examiner si l'infraction commise à l'étranger est également punissable d'après le droit suisse dans la mesure où la prise de mesures de contrainte est requise ²⁸¹. Les faits peuvent être exposés dans la demande ou dans ses annexes ²⁸². Ils doivent au moins contenir des indications sur le lieu, la date et la façon dont l'infraction a été commise ²⁸³. Ils doivent per-

²⁷⁴ Par ex. art. 1 al. 3 PAII CEEJ (RS 0.351.12), 49 lit.a [CAAS](#), dans le même sens art. 1 al. 1 lit. a TEJUS; art. 1 al. 1 et 2 de l'AC-A/CEEJ entre la Suisse et l'Autriche (RS 0351.916.32).

²⁷⁵ Art. 1, al. 1 lit.b et al. 3 EIMP; cas d'application, cf. p. ex. ATF 109 Ib 47 (Securities and Exchange Commission américaine) 118 Ib 457 (Commission française des opérations de bourse).

²⁷⁶ ATF 123 II 161 consid. 3a.

²⁷⁷ Art. 75, 2e al., EIMP. Cette règle prend également en compte la situation des pays de droit anglo-saxon. Elle doit être interprétée avec toute la réserve voulue et ne doit être utilisée que dans les cas où les autorités de l'Etat en question ne peuvent pas, d'après leur droit, former de demande d'entraide judiciaire (subsidiarité).

²⁷⁸ Selon art.75a EIMP et art.35 OEIMP.

²⁷⁹ En cas de demande de renseignements bancaires par ex., il n'est toutefois pas absolument nécessaire d'exiger le n° du compte recherché. Selon la gravité de l'affaire, des décisions circulaires seront adressées à tous les établissements bancaires d'un lieu déterminé "alarmes bancaires". Il s'agit essentiellement d'une question de proportionnalité. Une recherche indéterminée de moyen de preuve, au sens de la jurisprudence, n'est cependant pas possible (ATF 128 II 407 consid.5.2.1).

²⁸⁰ Art. 14 al. 2 CEEJ, art.29 ch. 2 TEJUS ou art.28 al. 3 let. b EIMP.

²⁸¹ Telles l'audition de témoins, la perquisition, la remise ou la saisie de pièces à conviction ou de documents et la levée de secrets protégés par la loi (par ex. secret bancaire), lorsque la mesure demandée implique l'usage de la contrainte du droit de procédure (art. 64 EIMP)

²⁸² Art. 10 al. 1 OEIMP. En outre, l'autorité requérante est admise à se référer à un état de fait déjà contenu dans une demande antérieure concernant une même affaire (ATF 109 Ib 161).

²⁸³ Art. 10 al. 2 OEIMP. Cette obligation n'est valable que si ces indications sont possibles. Comme elle doit être interprétée en fonction de son but, il suffit de mentionner que le lieu de la commission de l'infraction

mettre à l'autorité requise de décider si et dans quelle mesure il convient de donner suite à la demande d'entraide ²⁸⁴ et vérifier que l'acte poursuivi dans l'Etat requérant ne constitue pas un délit politique ou fiscal et que l'exécution de la demande n'est pas de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels du pays ²⁸⁵.

Les exigences quant au contenu de la demande sont moins sévères si celle-ci est formulée avant que l'affaire pénale ne fasse l'objet d'une instruction ou d'une enquête approfondie ²⁸⁶. Si la requête est incomplète, elle peut être complétée à l'aide du dossier et d'autres documents par les autorités suisses, à condition que la demande ainsi que les documents annexés permettent de procéder à la qualification ²⁸⁷. On ne saurait exiger de l'Etat requérant un exposé complet et exempt de toute lacune. En effet, la procédure d'entraide a précisément pour but d'apporter aux autorités de l'Etat requérant des renseignements au sujet des points demeurés obscurs ²⁸⁸. L'autorité suisse saisie d'une requête d'entraide en matière pénale n'a pas à se prononcer sur la réalité des faits évoqués dans la demande; elle ne peut que déterminer si, tels qu'ils sont présentés, ils constituent une infraction. Cette autorité ne peut s'écarter des faits décrits par l'Etat requérant qu'en cas d'erreurs, lacunes ou contradictions évidentes et immédiatement établies ²⁸⁹.

Lorsque l'entraide judiciaire est aussi requise, comme en l'espèce, pour la répression d'infractions de **blanchiment**, la demande doit comporter des indications suffisantes pour admettre l'existence d'une infraction préalable, comme l'exige l'art. 305bis CP. L'autorité requérante ne peut se contenter d'évoquer la possibilité abstraite que les mouvements de fonds aient une origine criminelle. Elle ne doit pas pour autant prouver l'existence d'une telle infraction, et peut se limiter à faire état de transactions suspectes ²⁹⁰. Il lui faut joindre des éléments propres à démontrer, au moins à première vue, que les comptes visés ont effectivement servi au transfert des fonds dont on soupçonne l'origine délictueuse ²⁹¹.

Lorsque l'acte poursuivi est une **escroquerie fiscale**, la jurisprudence n'exige pas non plus une preuve stricte de l'état de fait; il faut néanmoins des soupçons suffisamment justifiés, afin d'éviter que l'autorité requérante invoque une telle infraction pour se procurer des preuves destinées à la poursuite d'autres délits fiscaux pour lesquels la Suisse n'accorde pas l'entraide (art. 3 al. 3 EIMP, art. 2 let. a CEEJ;) ²⁹².

- Pour les **demandes de notification** on ajoute le nom et l'adresse du destinataire, son rôle dans la procédure ainsi que le genre de documents à notifier.
- Les **particularités de l'exécution**, comme la présence de personnes qui participent à la procédure ²⁹³ ou l'application exceptionnelle du droit étranger ²⁹⁴ nécessitent généralement des indications supplémentaires.

est inconnu mais qu'il ne se trouve pas en Suisse, ou que la date n'est pas connue mais qu'elle n'est pas frappée de prescription.

284 ATF 124 II 184 consid.4b

285 ATF 129 II 97 consid 3.1, 1A.57/2007 consid.3.1

286 ATF 103 la 210s.

287 ATF 106 lb 264s.

288 ATF 117 lb 88 consid.5c.

289 ATF 126 II 495 consid.5e/aa et ATF 118 lb 111 consid. 5b.

290 ATF 129 II 97 consid.4.1.

291 ATF 130 II 329 consid.5.1.

292 ATF 115 lb 68 consid.3b/bb.

293 Art. 65a EIMP.

294 Art. 65 EIMP.

- L'EIMP ²⁹⁵ exige, pour la fouille ou la perquisition, la saisie ou la remise d'objets, une **attestation** formelle ou indirecte ²⁹⁶ certifiant l'admissibilité des mesures demandées dans l'Etat requérant. Cette condition n'est, la plupart du temps, pas prévue dans les accords ou les conventions et ne peut, dans ce cas, être appliquée. En tout état de cause n'est en effet pas exigée systématiquement, mais seulement lorsqu'il existe un doute sur la licéité de la mesure dans l'Etat requérant ²⁹⁷.

Les prescriptions susmentionnées sont applicables par analogie aux **requêtes suisses** ²⁹⁸. A cela s'ajoutent, selon les cas, les conditions supplémentaires formulées par l'Etat requérant. Il est difficile, à ce sujet, de donner des indications de portée générale ²⁹⁹: des problèmes surgissent souvent lors de demandes adressées à des pays de droit anglo-saxon ³⁰⁰. Quelques pays d'Amérique latine attachent de l'importance à l'authentification des documents et à la légalisation des signatures. Si un accord a été conclu avec le pays en question, il vaut la peine d'examiner les articles, les réserves ou les déclarations qu'il contient.

Lorsque l'autorité d'exécution étrangère n'est pas connue, la requête doit être adressée « **A l'autorité compétente de ... (lieu d'exécution) en... (Etat requis)** » et non à l'Office fédéral de la justice ou à l'Ambassade de Suisse à

3.1.4 Langue de la demande d'entraide judiciaire

Les remarques suivantes concernent les requêtes visant à obtenir des pièces à conviction. Pour ce qui est de la langue utilisée dans les demandes de notification, cf. ch. 4.1 p. 74. Des indications détaillées figurent dans le Guide de l'entraide judiciaire de l'OFJ ³⁰¹.

La loi sur l'entraide judiciaire prévoit que les autorités suisses doivent donner suite à des requêtes étrangères présentées dans l'une de nos trois langues officielles (ou accompagnées d'une traduction dans l'une de ces langues) ³⁰². D'anciens traités internationaux se réfèrent encore à une langue officielle déterminée (généralement le français); conformément à la nouvelle réglementation de l'EIMP, cette exigence n'a plus guère d'importance.

Pour autant qu'un traité n'en dispose pas autrement, les requêtes suisses doivent être présentées à l'autorité requise dans la langue officielle de cette dernière ou accompagnées d'une traduction dans cette langue. En cas d'urgence, il est parfois indiqué, bien qu'aucune disposition contractuelle ne l'impose, d'ajouter spontanément une traduction à l'intention de l'Etat requis. Il arrive également que certains Etats acceptent des requêtes suisses dans l'une des langues officielles suisses, ou en anglais, sans y être tenus.

²⁹⁵ Art. 76 let. c EIMP.

²⁹⁶ En général, les autorités requérantes ne formulent pas une déclaration spéciale confirmant la licéité de la mesure exigée. Elles joignent un ordre de perquisition ou de saisie qui n'a aucun effet en Suisse mais qui vaut attestation (art. 31, 2e al., OEIMP). Il se peut également que la requête contienne des indications permettant de conclure que la mesure en question est admise à l'étranger (par ex. des allusions à des perquisitions conduites simultanément dans l'Etat requérant, cf. également art. II, 1er al., accord complémentaire/CEEJ avec l'Allemagne).

²⁹⁷ ATF 123 II 161 consid.3b.

²⁹⁸ Parce que les autorités suisses ne sont pas habilitées à adresser à un Etat étranger une demande à laquelle elles ne pourraient elles-mêmes donner suite, en vertu de la loi sur l'entraide judiciaire (art. 30, 1er al. EIMP). Cf. également art. 11 al. 1 OEIMP.

²⁹⁹ Cf. également ch. 3.1.1, p. 35; [Guide de l'entraide judiciaire](#).

³⁰⁰ Qui s'expliquent en partie par leur droit de procédure totalement différent. Les exigences posées par le droit anglo-saxon en matière d'entraide judiciaire (état de fait très détaillé, foule de précisions à apporter) dépassent de loin celles du droit continental et transforment parfois la coopération en exercice unilatéral (ex: Grande Bretagne).

³⁰¹ voir page des pays du [Guide de l'entraide judiciaire](#)

³⁰² Art. 28 al. 5 EIMP.

La traduction de la requête incombe à l'autorité cantonale requérante et celle des pièces d'exécution à l'autorité requérante, cantonale ou étrangère.

3.2 Autorités compétentes en matière de procédure d'entraide judiciaire

La répartition des compétences d'exécution en matière d'entraide judiciaire correspond en principe à celle qui prévaut au niveau national dans la poursuite pénale ³⁰³. Les normes contenues à ce titre dans l'EIMP sont toutefois de nature organisationnelle et leur transgression n'a pas d'effet sur la recevabilité de la demande d'entraide ³⁰⁴.

3.2.1 Autorités cantonales

La procédure d'entraide judiciaire ordinaire ressortit en première ligne aux autorités cantonales. Elles sont ainsi chargées de l'examen préliminaire de la demande ³⁰⁵, de son exécution ³⁰⁶ ainsi que de la décision de clôture ³⁰⁷ sur l'octroi et l'étendue de l'entraide judiciaire ³⁰⁸. Lorsque la correspondance directe avec les autorités requérantes est admise, l'autorité cantonale reçoit directement la demande de l'étranger ³⁰⁹ et s'occupe, à l'issue de la procédure, de transmettre les actes de procédure, avec la réserve habituelle de la spécialité.

Lorsque l'état de fait décrit dans une requête d'entraide judiciaire étrangère est soumis à la juridiction fédérale ³¹⁰, les autorités cantonales statuent d'entente avec le Ministère public de la Confédération sur l'exécution de la requête ³¹¹.

Certaines compétences de décision sont soustraites aux cantons et relèvent de l'OFJ (cf. ch. 3.2.3, p. 41). Le Département fédéral de justice et police (DFJP) décide si l'octroi de l'entraide est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou à d'autres intérêts essentiels de la Suisse ³¹².

3.2.2 Canton directeur

Si l'exécution d'une demande nécessite des investigations dans plusieurs cantons, l'OFJ peut charger l'autorité compétente de l'un d'eux de la conduite des opérations ³¹³. La désignation d'un « canton directeur » a pour but de coordonner et d'accélérer la procédure d'entraide judiciaire. En outre, seul le canton directeur est habilité à rendre les décisions d'entrée en matière et de clôture de la procédure d'exécution ³¹⁴, c'est-à-dire à se prononcer sur l'admissibilité de l'entraide, puis à transmettre les informations recueillies. Le canton directeur doit demander aux cantons concernés de lui fournir l'entraide intercantonale dans les

³⁰³ Une centralisation de la procédure d'entraide judiciaire auprès des autorités fédérales a été examinée lors de la révision de l'EIMP du 4.10.96; elle a cependant été rejetée (FF 1995 III 9).

³⁰⁴ ATF 1A.212/2001 du 21. mars 2002, consid.4.2.

³⁰⁵ Art. 80 EIMP.

³⁰⁶ Art. 80a et art. 80c EIMP.

³⁰⁷ Art. 80d EIMP.

³⁰⁸ Art. 80d EIMP.

³⁰⁹ Art. 78 al. 1 EIMP.

³¹⁰ Cf. art. 336 et 337 al. 1 du Code pénal suisse (CP); RS 311.0.

³¹¹ Art. 4 al. 3 OEIMP

³¹² Art.2 let. b CEEJ; art.3 TEJUS; art. 1a et 17 al. 1 EIMP; art.4 let. a LTEJUS.

³¹³ Art.79 al. 1 EIMP.

³¹⁴ Conformément aux art. 80, 80a et 80d, EIMP. On évitera ainsi le risque de décisions contradictoires dans l'exécution d'une demande d'entraide.

actes d'exécution. Les articles 352 à 355 du Code pénal suisse (CP) sont applicables par analogie. Le Concordat du 5 novembre 1992 sur l'entraide judiciaire et la coopération inter-cantonale en matière pénale ³¹⁵ est également applicable ³¹⁶, ce qui a pour conséquence que le canton directeur pourra, si il le désire, procéder lui-même à l'exécution de la demande d'entraide sur le territoire des autres cantons concernés en appliquant son propre droit de procédure ³¹⁷. Si, dans le cadre de la coopération intercantonale, le canton directeur a chargé un autre canton de l'exécution, celui-ci doit se borner à accomplir les actes demandés selon son propre droit de procédure.

La désignation de l'autorité cantonale chargée de conduire la procédure ne peut faire l'objet d'un recours ³¹⁸. Elle peut également être choisie après le début d'une procédure d'entraide ³¹⁹ et se voir confier après coup l'exécution de requêtes complémentaires ³²⁰.

3.2.3 Office fédéral de la justice (OFJ)

Sur un plan général, les tâches suivantes sont attribuées à l'Office fédéral de la justice: " Il fournit rapidement une entraide judiciaire internationale en matière pénale, administrative, civile et commerciale, examine les demandes d'entraide judiciaire, statue sur les extraditions et le transfèrement et assure la délégation de la poursuite pénale et de l'exécution forcée ³²¹".

L'OFJ a donc une compétence résiduelle en matière d'entraide judiciaire internationale ³²². Il a en particulier les fonctions suivantes s'agissant de l'entraide accessoire:

3.2.3.1 Fonction de transmission et délégation

A ce titre, l'OFJ reçoit ³²³ les requêtes étrangères et **examine sommairement** si celles-ci satisfont aux exigences de forme de la loi sur l'entraide judiciaire ou du traité applicable, et si elles ne sont pas manifestement irrecevables. Lorsque la requête est recevable, l'OFJ la transmet au canton ³²⁴ compétent. Dans les autres cas, l'OFJ demande à l'Etat requérant de la modifier ou de la compléter ³²⁵. La décision relative à l'admission et à la transmission de la demande ne peut faire l'objet d'un recours ³²⁶.

L'OFJ peut désigner une **autorité cantonale chargée de conduire** la procédure ou **déléguer** l'affaire à une autorité fédérale (cf. ch. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**, p. **Fehler! Textmarke nicht definiert.** et ch. 3.2.4, p. 43). La désignation de

³¹⁵ RS 351.71.

³¹⁶ ATF 122 II 140 consid. 2.

³¹⁷ ATF 124 II 120 consid.4b Les règles du concordat étant plus favorables à la coopération que la solution choisie par l'EIMP (l'art. 79 EIMP renvoie en effet à l'art. 359 CP dont l'alinéa 2 suit le principe "locus regit actum"). C'est un cas d'application du principe de faveur.

³¹⁸ Art. 79 al. 4 EIMP.

³¹⁹ Sinon la let.b de l'art. 79a EIMP serait dépourvue de sens.

³²⁰ Art. 79 al. 3 EIMP.

³²¹ Art. 7 al.6a de l'Ordonnance sur l'Organisation du Département fédéral de justice et police (RS 172.213.1 / Org DFJP).

³²² A ce titre, il peut être amené à traiter tout sujet ressortissant au domaine en question, dans la mesure où il n'est pas attribué expressément à une autre autorité.

³²³ En cas de communication directe, l'examen sommaire par l'OFJ n'est pas nécessaire.

³²⁴ Art. 78 al. 1 et 2 EIMP.

³²⁵ Art. 78 al. 3 EIMP; l'autorité d'exécution ou de recours peut aussi demander un complément d'informations ultérieurement, au cours de la procédure, par l'entremise de l'OFJ, cf. art. 80o al. 1 EIMP.

³²⁶ Art. 78 al. 4 EIMP.

l'autorité fédérale ou cantonale chargée de conduire la procédure ne peut pas non plus faire l'objet d'un recours ³²⁷.

3.2.3.2 *Fonction de surveillance*

L'OFJ est chargé de **surveiller** l'application de la loi sur l'entraide judiciaire en matière pénale ³²⁸. C'est pourquoi il a le droit d'attaquer les décisions cantonales ou fédérales au moyen des voies de recours prévues par le droit cantonal ou par un recours de droit administratif au Tribunal pénal fédéral ³²⁹. Les décisions cantonales et fédérales rendues en matière d'entraide pénale internationale de même que celles de la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral doivent lui être communiquées ³³⁰ afin qu'il puisse exercer dite surveillance.

Si l'obligation de célérité n'est pas respectée par l'une des autorités, l'OFJ peut également, en cas de **retard** dans la procédure ou de **refus** de statuer, former un recours ³³¹ ou intervenir auprès de l'autorité de surveillance compétente ³³². En outre, l'OFJ peut statuer lui-même sur l'exécution de la demande d'entraide judiciaire ³³³. Il décide également si une requête suisse à l'étranger est admissible (selon l'art. 30 EIMP) ³³⁴ et lorsque l'Etat étranger auquel une demande doit être adressée offre le choix entre plusieurs procédures (art.19 EIMP).

3.2.3.3 *Fonction opérationnelle*

L'OFJ peut, en cas d'urgence, ordonner lui-même des **mesures provisoires** ³³⁵, dès qu'une demande est annoncée ³³⁶. Ces mesures sont soumises à un délai ³³⁷. Il peut également ordonner une surveillance de la correspondance par poste et télécommunication pour déterminer le lieu de séjour d'une personne ³³⁸ ou pour octroyer d'autres formes d'entraide judiciaire ³³⁹.

L'OFJ est **toujours compétent** lorsqu'il s'agit de **statuer** sur des demandes émanant des **USA** ³⁴⁰. Il peut également ordonner des mesures provisoires en vue de maintenir une situation existante, de protéger des intérêts juridiques menacés ou de préserver des moyens de preuve ³⁴¹. L'OFJ prend également les mesures utiles en vue de l'exécution de la demande ³⁴². Il a les mêmes possibilités dans les rapports d'entraide avec l'Italie, pour cer-

³²⁷ Art. 79 al. 4 EIMP.

³²⁸ Art. 16 al. 1 EIMP; art. 3 OEIMP.

³²⁹ Art. 80h, let. a, et 25 al. 3 EIMP.

³³⁰ Art. 5 OEIMP.

³³¹ Art. 17a al. 3 EIMP.

³³² Art. 17a al. 2 EIMP.

³³³ Art. 79a, let b, EIMP; les frais y relatifs sont supportés par le canton concerné, cf. art. 13, al. 1bis, OEIMP.

³³⁴ Art. 17 al. 3 let. c, EIMP. En pareils cas, les autorités cantonales doivent transmettre le dossier à l'OFJ (art. 7 OEIMP).

³³⁵ Cf. également ch. 3.4.1 p. 55.

³³⁶ Art. 18 al. 2 EIMP.

³³⁷ Jusqu'à la remise de la demande formelle; ces délais sont normalement de 3 mois et peuvent être prolongés.

³³⁸ Art. 18a al. 1 EIMP.

³³⁹ Art. 18a al. 2 EIMP.

³⁴⁰ Art. 10ss, LTEJUS; désormais, cela vaut même pour les cas non prévus par le TEJUS mais qui disposent simplement d'une base dans l'EIMP, comme par ex. les demandes relatives à une escroquerie fiscale, cf. art. 36a LTEJUS.

³⁴¹ Art. 8 LTEJUS.

³⁴² Conformément à l'art. 5 LTEJUS (voir également art. 10 LTEJUS).

taines infractions déterminées³⁴³. Les autorités cantonales et fédérales voient leur pouvoir de décision limité en conséquence.

L'OFJ peut, conformément à l'EIMP³⁴⁴, **statuer lui-même** sur l'admissibilité de l'entraide³⁴⁵, notamment lorsque plusieurs cantons sont concernés³⁴⁶, lorsque l'autorité cantonale compétente ne statue pas dans le délai requis³⁴⁷, ou lorsqu'il s'agit d'un cas complexe ou particulièrement important³⁴⁸. L'exécution peut être confiée aux autorités cantonales, assurée par l'OFJ³⁴⁹ ou déléguée à une autre autorité³⁵⁰. La prise en charge d'une affaire englobe également la compétence d'ordonner des mesures provisoires³⁵¹. Elle peut aussi intervenir après qu'une procédure cantonale a débuté³⁵² et inclure des requêtes complémentaires, même lorsque ces dernières ne remplissent plus, à elles seules, les critères requis³⁵³.

3.2.3.4 Fonctions spécifiques (relations extérieures)

L'OFJ s'acquitte de certaines **tâches spéciales**. Il est principalement chargé des contacts avec l'étranger, notamment :

- d'obtenir une garantie de réciprocité³⁵⁴
- de participer à l'obtention de renseignements complémentaires³⁵⁵
- de subordonner l'octroi de l'entraide à des conditions³⁵⁶ et de décider si la réponse fournie par l'Etat requérant constitue un engagement suffisant au regard des conditions fixées³⁵⁷
- d'étendre la règle de la spécialité³⁵⁸.

3.2.4 Autres autorités fédérales

Dans le cas où, d'après le droit suisse, une autorité fédérale (avant tout le Ministère public de la Confédération mais aussi l'Administration fédérale des impôts ou des douanes) est compétente pour les poursuites pénales, la procédure d'entraide peut être confiée à cette autorité³⁵⁹.

³⁴³ Affaires pénales complexes ou d'une importance particulière relatives au crime organisé, aux cas de corruption ou à d'autres infractions graves (art. XVIII de l'AC-CEEJ entre la Suisse et l'Italie / RS 0.351.945.41).

³⁴⁴ Soit avec d'autres pays que les USA.

³⁴⁵ Art. 17 al. 5 et art. 79a, EIMP.

³⁴⁶ Il existe dans ce cas la possibilité de déléguer l'affaire à un seul canton, cf. ch. 3.2.2 p. 40.

³⁴⁷ Cf. supra, concernant la surveillance.

³⁴⁸ Soit avant tout les procédures dirigées contre des anciens Chefs d'Etat ou leur entourage (cf. affaires Marcos, Abacha, Mobutu qu'on regroupe sous la dénomination de "Personnes exposées politiquement" / les PEP).

³⁴⁹ Art. 79a EIMP.

³⁵⁰ Art. 34a OEIMP.

³⁵¹ Selon art. 18 EIMP; cf. également art. 80g al. 2 EIMP.

³⁵² Sinon la let. b de l'art. 79a EIMP serait dépourvue de sens.

³⁵³ Analogue à l'art. 79 al. 3 EIMP; l'obligation de célérité (art. 17a EIMP) confère une importance particulière à l'économie de la procédure.

³⁵⁴ Art. 8 al. 1 et 17 al. 3 let. a, EIMP.

³⁵⁵ Art. 78 al. 3 EIMP, et art. 80o al. 1 et 3 EIMP.

³⁵⁶ Art. 80p EIMP.

³⁵⁷ Depuis le 1^{er} janvier 2007, La décision de l'OFJ peut être portée dans les dix jours devant le TPF, qui statue **en procédure accélérée et de manière définitive** (art. 80p al. 4 EIMP) ex.TPF RR 2008/146 (Avant cette date, la décision était du ressort du TF ex ATF 1A.237/2005 du 20 septembre 2005).

³⁵⁸ Art. 67 al. 2 EIMP, dans les cas où cela s'avère encore nécessaire; cf. également ch. 2.7, p. 30).

³⁵⁹ Art. 17 al. 4 et art. 79 al. 2 EIMP.

La poursuite de certaines infractions graves a été confiée au MPC en 2002 et 2003 ³⁶⁰. La délégation ne peut pas faire l'objet d'un recours; par ailleurs, elle peut être décidée avant ou après le début de la procédure d'entraide et inclure des requêtes complémentaires, même si celles-ci débordent du cadre des compétences fédérales ³⁶¹.

3.3 Procédure et voies de recours

3.3.1 La procédure d'entraide judiciaire en matière pénale

La révision du 4.10.96 de l'EIMP a introduit un déroulement uniforme de la procédure d'entraide pour toute la Suisse. La loi prévoit les étapes suivantes (cf. également le graphique en annexe, ch. 6.3 p. 83):

3.3.1.1 Réception et transmission

Comme indiqué ci-dessus (ch. 3.1.2 p. 35 et ch. 3.2.3 p. 41), l'OFJ est le premier destinataire des demandes d'entraide émanant de l'étranger. Il **examine sommairement** la recevabilité de la demande quant à la forme et veille à ce qu'elle ne contienne pas de dispositions manifestement inadmissibles. L'OFJ **ne** statue **pas** sur la recevabilité matérielle de la demande; il peut cependant retourner la requête à l'Etat requérant afin que celle-ci soit complétée.

Dans les cas urgents, l'OFJ peut ordonner des **mesures provisionnelles** dès qu'une requête est annoncée ³⁶². Un délai est alors fixé à l'Etat requérant pour la présentation de la demande d'entraide judiciaire formelle.

Après avoir examiné sommairement la demande d'entraide, l'OFJ transmet celle-ci à l'autorité d'exécution compétente; en règle générale, elle est transmise à une autorité cantonale ³⁶³.

La réception et la **transmission** d'une demande ne peuvent, comme jusqu'ici, faire l'objet d'un recours ³⁶⁴.

3.3.1.2 Entrée en matière et exécution

- **Examen préliminaire** ³⁶⁵: l'autorité chargée de l'exécution de la demande examine si toutes les conditions juridiques nécessaires à l'octroi de l'entraide judiciaire sont réunies.
- **Entrée en matière** ³⁶⁶: lorsque l'examen préliminaire est positif, l'autorité d'exécution rend une décision d'entrée en matière sommairement motivée ("prima facie"). Elle constate dans celle-ci que les conditions matérielles nécessaires à l'octroi de l'entraide sont remplies. Simultanément, elle ordonne les mesures d'entraide requises et considérées comme admissibles. **Cette décision d'entrée en matière ne peut pas (plus) faire l'objet d'un recours.** L'indication des voies de recours n'est, de ce fait, plus néces-

³⁶⁰ Cf. art. 337(anc art. 340bis) al. 1 (compétence obligatoire) et 337 al. 2 (compétence facultative) CP (RO 2001 3071 / RO 2003 3043).

³⁶¹ Art. 79 al. 3 et 4 EIMP.

³⁶² Art. 18 al. 2 et 18a EIMP; cf. également ch. 3.4.1 p. 55.

³⁶³ Exceptions cf. ch. 3.2.2 et 3.2.4 p. 40ss.

³⁶⁴ Art. 78 al. 4 EIMP.

³⁶⁵ Art. 80 EIMP.

³⁶⁶ Art. 80a EIMP.

saire³⁶⁷. Une injonction écrite et sommairement motivée aux personnes concernées par les mesures d'entraide suffit en principe.

- **Exécution de la demande:** les mesures sont ensuite exécutées. Les voies de recours prévues par le droit cantonal de procédure n'entrent pas en ligne de compte dans ce contexte³⁶⁸. L'exécution est soumise à l'obligation de célérité³⁶⁹. De ce fait, la demande d'entraide doit en principe être exécutée intégralement, rapidement et sans interruption.

Il ne faut toutefois pas oublier de donner la possibilité aux ayants droits la possibilité de participer au tri des pièces d'exécution qui les concernent (cf. ci-dessus point 2.6.4.2, p. 29)

- **Décision incidente**³⁷⁰: l'unique dérogation à l'exécution ininterrompue de la procédure ne concerne que deux cas dans lesquels la loi exige une décision incidente; il s'agit de la **saisie de valeurs ou d'objets**, d'une part, et de la **présence de fonctionnaires étrangers** qui assistent aux actes d'exécution, d'autre part.

Même dans ces cas, les décisions incidentes ne peuvent faire séparément l'objet d'un recours³⁷¹ que si les mesures occasionnent un préjudice immédiat et irréparable³⁷². Afin de ne pas entraver l'exécution de la demande et de se conformer au principe de célérité, le législateur a souligné que le recours immédiat contre une décision incidente doit rester exceptionnel³⁷³. En cas de saisie de valeurs, il incombe au recourant d'indiquer, dans l'acte de recours, en quoi consiste le dommage et de démontrer que celui-ci ne serait pas réparé par un prononcé annulant, le cas échéant, la décision de clôture à rendre ultérieurement. Quant au préjudice à prendre en considération, il peut s'agir de l'impossibilité de satisfaire à des obligations contractuelles échues (paiement de salaires, intérêts, impôts, prétentions exigibles, etc.), du fait d'être exposé à des actes de poursuite ou de faillite, ou la révocation d'une autorisation administrative, ou de l'impossibilité de conclure des affaires sur le point d'aboutir. La seule nécessité de faire face à des dépenses courantes ne suffit pas, en règle générale, à rendre vraisemblable un préjudice immédiat et irréparable au sens de l'art. 80e let. b ch. 1 EIMP³⁷⁴. Le préjudice au sens de l'art. 80e let. b EIMP ne doit pas nécessairement être réalisé pour être immédiat. Si de simples conjectures ou hypothèses ne démontrent pas ce caractère, une perspective sérieuse et rapprochée peut suffire³⁷⁵.

Pour ce qui a trait à la présence de fonctionnaires étrangers, voir plus loin sous chiffre 3.4.2, p. 55).

La décision incidente doit mentionner les voies de recours³⁷⁶ et être formellement notifiée.

³⁶⁷ Pour éviter tout malentendu ou toute réaction précipitée, il sied **d'attirer l'attention des destinataires** de la décision d'entrée en matière sur cette disposition, en précisant qu'ils devront attendre l'issue de la procédure pour former recours contre la décision de clôture.

³⁶⁸ Parce que l'EIMP règle complètement ce domaine et que le droit fédéral a dès lors le pas sur le droit cantonal.

³⁶⁹ Art. 17a al. 1 et 2 EIMP

³⁷⁰ Art. 80e, al. 2 let. b, EIMP

³⁷¹ Selon le message du Conseil fédéral, de tels recours (conformément à l'art. 80e, let. b, EIMP) doivent demeurer une exception.

³⁷² Art. 80e al. 2 EIMP.

³⁷³ FF 1995 III 13, cf. aussi ATF 126 II 495 consid. 5b et c.

³⁷⁴ ATF 128 II 353 consid.3.

³⁷⁵ Pour un exemple où ce préjudice a été admis: ATF 130 II 329 consid.2.

³⁷⁶ Délai de recours de 10 jours (art. 80k EIMP).

Le recours dirigé contre une décision incidente n'a pas d'effet suspensif mais l'autorité de recours peut l'accorder si l'ayant droit rend vraisemblable l'existence d'un préjudice immédiat et irréparable ³⁷⁷.

- **Exécution simplifiée / procédure par consentement** ³⁷⁸: les ayants droit, particulièrement les détenteurs de documents, de renseignements ou de valeurs peuvent en accepter eux-mêmes la remise ³⁷⁹. Leur consentement est irrévocable et peut être donné jusqu'à la clôture de la procédure d'entraide. Cette solution permet de clore de nombreuses procédures à l'amiable. L'autorité d'exécution constate l'accord par écrit et clôt ainsi la procédure ³⁸⁰. Un exposé des motifs est **superflu** et une décision de clôture inutile. Se fondant sur le consentement, l'autorité d'exécution est habilitée à remettre **sans délai** les documents ou valeurs en question à l'Etat requérant.

3.3.1.3 Clôture de la procédure d'exécution

Lorsque l'exécution de la demande est terminée, c'est-à-dire lorsque tous les moyens de preuve requis ont été recueillis, l'autorité d'exécution rend une **décision de clôture**, dans laquelle elle se prononce sur la recevabilité matérielle de la demande et sur l'étendue de l'entraide ³⁸¹. Depuis la révision de l'EIMP en 1997, cette décision constitue la pierre angulaire de la procédure d'entraide, la seule qui, en principe, est sujette à recours. Les ayants droit ne peuvent recourir que contre la décision de clôture rendue à la fin de la procédure et, conjointement avec celle-ci, contre les décisions incidentes rendues précédemment ³⁸² (pour la procédure de recours cf. ch. 3.3.3, p. 50). Lorsque la décision de clôture est entrée en vigueur, les documents recueillis et les moyens de preuve sont remis à l'Etat requérant ³⁸³.

Comme l'Etat requérant n'a en principe pas qualité de partie dans la procédure d'entraide, la décision de clôture de même que toute décision rendue dans cette procédure (entrée en matière et décision incidente) ainsi que les mémoires des parties adressés aux autorités d'exécution ne doivent en aucun cas lui être communiqués, sous peine de limiter les droits de la défense des personnes concernées. La jurisprudence commande même à l'OFJ d'intervenir auprès de l'Etat requérant aux fins de récupérer les documents ainsi remis à tort et d'éviter qu'ils ne soient utilisés ³⁸⁴.

³⁷⁷ Conformément à l'art. 80l al. 2 et 3 EIMP.

³⁷⁸ Art. 80c EIMP.

³⁷⁹ La situation est ainsi la même que si la personne concernée avait elle-même remis ses documents à l'autorité requérante.

³⁸⁰ La procédure peut aussi ne concerner qu'une partie des documents requis; la procédure ordinaire se poursuit alors pour le surplus (art. 80c al. 3 EIMP).

³⁸¹ Soit sur la question de savoir quelles sont les informations qui peuvent être transmises à l'Etat requérant (description précise des documents qui sont susceptibles d'être remis).

³⁸² Art. 80e let. a, EIMP.

³⁸³ Généralement par la même voie que celle utilisée pour la remise de la requête (cf. ch. 3.1.2 p. 35 concernant la voie de transmission). Des exceptions sont par exemple possibles en cas d'urgence, lorsque les documents sont très volumineux ou également lorsque des fonctionnaires de l'Etat requérant présents durant la procédure emportent avec eux les moyens de preuve (souvent nécessaire selon le droit anglo-saxon). Dans ce cas, il faut s'assurer que la réserve de la spécialité a été dûment notifiée par l'autorité d'exécution ou tout au moins qu'une copie de l'attestation d'exécution soit retournée par la voie officielle.

³⁸⁴ TPF RR 2008.243 consid.6 et jurisprudence citée.

3.3.2 Qualité de partie à la procédure d'entraide

La révision de l'EIMP³⁸⁵ a institué une réglementation légale claire en matière de recours³⁸⁶. La loi ne désigne toutefois pas expressément qui a qualité de partie dans la procédure d'entraide³⁸⁷. Cette dernière s'aligne cependant sur la qualité pour recourir. Ces règles sont applicables au niveau des cantons déjà.

En tant qu'autorité de surveillance, l'OFJ a toujours qualité pour recourir³⁸⁸.

D'une manière générale, confrontée d'une part à la nécessité d'une protection juridique suffisante et, d'autre part, aux impératifs liés à l'exécution rapide des demandes d'entraide judiciaire, la jurisprudence considère que seul mérite la protection légale celui qui se trouve dans un rapport suffisamment étroit avec la décision attaquée, ce qui n'est pas le cas de celui qui n'est atteint que de manière indirecte ou médiate. La solution contraire conduirait à un élargissement excessif du cercle des personnes habilitées à s'opposer à l'octroi de l'entraide judiciaire, et entraînerait dans de nombreux cas l'entrave, voire la paralysie de la collaboration internationale, contrairement au but de la loi et des traités internationaux souscrits par la Suisse dans ce domaine³⁸⁹.

3.3.2.1 Droit de recours (art. 80h EIMP)

En matière d'entraide judiciaire, la qualité pour recourir est donc reconnue à la personne physique ou morale directement touchée par un acte d'entraide, sans qu'elle ait à se prévaloir d'un intérêt juridiquement protégé. Les deux critères mentionnés par cette disposition sont identiques à ceux retenus par le recours en matière de droit public³⁹⁰ et ne sont pas cumulatifs, car ils exigent la même chose et finalement se recouvrent³⁹¹. La personne visée par la procédure pénale étrangère peut recourir aux mêmes conditions (art. 21 al. 3 EIMP). Il appartient à la personne qui veut former un recours de rendre sa légitimation vraisemblable.

Point n'est besoin qu'elle soit affectée dans ses droits et obligations; **il suffit qu'elle soit concrètement touchée -- matériellement ou juridiquement -- par la mesure ordonnée**³⁹². L'intérêt fondant la qualité pour agir peut être juridique ou de fait; il ne doit pas nécessairement correspondre à celui protégé par la norme invoquée. Il faut toutefois que le recourant soit touché plus que quiconque ou la généralité des administrés dans un intérêt important, résultant de sa situation par rapport à l'objet litigieux³⁹³. 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.

En pratique, la jurisprudence a dégagé les principes suivants:

³⁸⁵ Du 4.10.96.

³⁸⁶ Art. 80h EIMP, art. 21 al. 3 EIMP, art. 9a OEIMP.

³⁸⁷ L'"ayant droit" au sens des articles 80b al. 1, 80c ou encore 80m EIMP.

³⁸⁸ Art. 80h, let. a, EIMP; et cela indépendamment d'un intérêt pratique au recours, car il est chargé, en tant qu'autorité de surveillance, de veiller à une application correcte du droit fédéral (ATF 1C_454/2009 du 9 décembre 2009, consid 1.2.)

³⁸⁹ ATF 122 II 133

³⁹⁰ Art. 89 al. 1 LTF

³⁹¹ ATF 1C_287/2008 du 12. janvier 2009, consid.2.2

³⁹² ATF 119 Ib 56 consid. 2a.

³⁹³ ATF 125 II 362

Aura qualité pour recourir la **personne directement soumise à une mesure de contrainte** (perquisition, saisie ou interrogatoire ³⁹⁴, production de document en sa possession ou interrogatoire de ses employés ³⁹⁵), mais non à l'auteur de documents dont il n'a pas la possession ³⁹⁶ quand bien même la transmission des renseignements requis entraînerait la révélation de son identité ³⁹⁷.

Elle reconnaît ainsi généralement la qualité pour recourir au **titulaire d'un compte auprès d'une banque** ³⁹⁸ ou auprès d'un commerçant en valeurs mobilières ³⁹⁹ au sujet duquel des renseignements sont demandés ⁴⁰⁰. Elle sera déniée au détenteur économique (actionnaire d'une société anonyme ou fiduciaire) d'un compte bancaire faisant l'objet d'investigations ou du détenteur d'une procuration sur le compte en question ⁴⁰¹. **La banque** a qualité pour agir uniquement si elle est touchée dans la conduite de ses propres affaires, mais non si elle doit simplement remettre des documents concernant les comptes de ses clients et, par l'intermédiaire de ses employés, fournir des explications complémentaires au sujet de ces documents ⁴⁰². Le cas des **avocats et des fiduciaires** doit être en principe réglé différemment. Au contraire des banques, ces derniers sont censés intervenir activement dans la gestion des comptes bancaires qui leur sont confiés en vertu du mandat qui les lie à leur client et dans cette mesure, seuls habilités à recourir en tant que personnes soumises à une mesure de perquisition ⁴⁰³.

Pour les mêmes raisons, la **personne appelée à témoigner** dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire ne peut-elle s'opposer à la transmission des procès-verbaux d'audition que dans la mesure où les renseignements qu'elle est appelée à fournir la concernent personnellement ou lorsqu'elle se prévaut de son droit de refuser de témoigner, mais non lorsque sa déposition porte sur des comptes bancaires dont elle n'est pas juridiquement titulaire.

Des problèmes surgissent lorsque la demande d'entraide tend à **l'obtention d'informations contenues dans un dossier pénal suisse**. La question se pose de savoir dans quelle mesure les personnes qui figurent dans le dossier en diverses qualités (témoin, titulaires de documentation bancaire, sujets d'un contrôle téléphonique) ont qualité pour recourir contre la demande. Même si ces personnes ne sont touchées que d'une manière médiate par l'exécution de l'entraide, il semble justifié qu'elles puissent s'opposer à la demande. La jurisprudence n'a pas encore apporté de réponse univoque à cette situation ⁴⁰⁴. Par analogie avec la solution retenue en cas de transmission spontanée (art. 67a EIMP), il serait indiqué de reconnaître la légitimation des personnes concernées par la transmission d'informations touchant à leur domaine secret.

³⁹⁴ ATF 121 II 38 consid. 1b

³⁹⁵ S'agissant de **l'ayant droit d'une personne morale dissoute**, la jurisprudence admet exceptionnellement, sous réserve de l'abus de droit (ATF 123 II 153), sa qualité pour recourir s'il démontre, à l'appui de documents officiels, que la société a été liquidée. Il faut en outre que l'acte de dissolution indique clairement l'ayant droit comme son bénéficiaire (ATF 1A.212/2001, 21 mars 2002, consid. 1.3.2 / TPF RR.2009.89-90 du 3 décembre 2009, consid. 2)

³⁹⁶ ATF 116 Ib 106 consid. 2a

³⁹⁷ ATF 114 Ib 156 consid. 2a

³⁹⁸ ATF 121 II 462 /art. 9a lit. a OEIMP

³⁹⁹ TPF RR.2009.218 du 17 mars 2010, consid.2.2 et art 43 LBVM (RS 954.1)

⁴⁰⁰ Sauf si le compte a été ouvert sous une fausse identité ATF 131 II 172 consid.2.2.2.

⁴⁰¹ ATF 123 II 153 consid. 2a

⁴⁰² ATF 128 II 211 consid. 2.5

⁴⁰³ ATF 1A.293/2004 du 18 mars 2005, consid.2.3 / TPF 2010.11 du 22 mars 2010, consid.1.3

⁴⁰⁴ Légitimation admise: ATF 121 II 38 consid.1b et consid. 1.1. Légitimation niée: ATF 1A.186/2005 du 9 décembre 2005 et 1A.187/2005 du 9 décembre 2005. Question laissée ouverte: ATF 1A.123/2006 du 28 août 2006 et 1A.243/2006 du 4 janvier 2007

Seule la personne ayant qualité pour recourir a aussi la possibilité de consentir à l'exécution simplifiée ⁴⁰⁵.

3.3.2.2 Droit de participer à la procédure

a) Droit de consulter le dossier (art.80b EIMP)

Cette faculté ne concerne plus seulement la demande d'entraide, mais s'étend maintenant à tous les autres documents dans la mesure où la sauvegarde d'intérêts l'exige ⁴⁰⁶. Les parties ont le droit d'être entendues (art. 29 al. 2 Cst.). Cela inclut notamment le droit d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos ⁴⁰⁷. En matière d'entraide judiciaire, le droit d'être entendu est mis en œuvre par l'art. 80b EIMP et par les art.26 et 27 PA (par renvoi de l'art. 12 al. 1 EIMP). Ces dispositions permettent à l'ayant droit, à moins que certains intérêts ne s'y opposent (art. 80b al. 2 EIMP), de consulter le dossier de la procédure, la demande d'entraide et les pièces annexées.

La consultation ne s'étend en tout cas qu'aux pièces pertinentes pour la partie en cause (art. 26 al. 1 let. a, b et c PA) ⁴⁰⁸. Cela n'exclut pas que certains passages de ces pièces soient cachés, afin de protéger les intérêts mentionnés à l'art. 80b al. 2 EIMP. Encore faut-il que l'ayant droit soit en mesure, sur la base des indications données, de saisir l'objet et le but de la demande, de manière à pouvoir faire valoir efficacement ses droits, notamment pour ce qui concerne la condition de la double incrimination et le respect du principe de la proportionnalité ⁴⁰⁹.

b) Droit de participer au tri des pièces d'exécution (Cf. point 2.6.4, p. 28)

c) Droit à la notification des décisions et droit à l'information (art. 80m et n EIMP)

Selon l'art. 80m EIMP, les décisions de l'autorité d'exécution sont notifiées à l'ayant droit, domicilié ou ayant élu domicile en Suisse. Par ailleurs, le détenteur d'informations a le droit, selon l'art. 80n EIMP, d'informer son mandant de l'existence de la demande d'entraide, à moins d'une interdiction faite à titre exceptionnel par l'autorité compétente.

Lorsque l'autorité compétente s'adresse à une banque pour obtenir les documents nécessaires à l'exécution d'une requête d'entraide judiciaire, elle doit évidemment notifier à l'établissement bancaire sa décision d'entrée en matière, puis sa décision de clôture, quel que soit le domicile du titulaire du compte visé. Lorsque le titulaire est domicilié à l'étranger, c'est à la banque qu'il appartient d'informer son client afin de permettre à celui-ci d'élire domicile (art. 9 de l'ordonnance du 24 février 1982 sur l'entraide internationale en matière pénale [OEIMP; RS 351.11]) et d'exercer en temps utile le droit de recours qui lui est reconnu selon les art. 80h let. b EIMP et 9a let. a OEIMP. Lorsque le compte bancaire a été clôturé, on ignore en principe si le titulaire a conservé des relations avec la banque, et s'il existe encore un devoir de renseigner. Il n'en demeure pas moins que les décisions doivent être notifiées à l'établissement bancaire, détenteur des documents, à charge pour ce dernier de décider s'il entend faire usage de la faculté que lui reconnaît l'art. 80n EIMP. Dans certaines circonstances, la banque dispose d'ailleurs d'un droit de

⁴⁰⁵ Art.80c EIMP

⁴⁰⁶ Art. 80n al. 1 et art. 80b al. 1 EIMP.

⁴⁰⁷ Une violation du droit d'être entendu n'entraîne pas ipso facto l'admission du recours et l'annulation de la décision attaquée. Une violation de peu d'importance peut être réparée au stade de la procédure de recours si la personne concernée a la possibilité de s'exprimer devant une instance de recours qui a le même pouvoir de cognition que l'autorité d'exécution. Cette possibilité est exclue si la violation est grave, car dans ce cas les garanties de procédure dans la procédure de première instance seraient éludées (TPF RR 2009.39-47 du 22 septembre 2009, consid.5).

⁴⁰⁸ ATF 1A.57/2007 du 24 septembre 2007, consid.2.1.

⁴⁰⁹ ATF 1A.146/2005 15 juillet 2005, consid.2.

recours propre dont elle ne peut, elle aussi, faire usage qu'après notification des décisions. Aussi la pratique considère-t-elle que la transmission de pièces remises par une banque ne peut avoir lieu qu'après notification de la décision de clôture à l'établissement bancaire. Les arrêts relatifs au dies a quo du délai de recours, lorsque le titulaire est domicilié à l'étranger sont eux aussi fondés sur la prémisse d'une notification obligatoire à l'établissement bancaire ⁴¹⁰.

Afin d'éviter que la procédure d'entraide ne devienne interminable, la loi a posé le principe selon lequel **celui qui veut intervenir dans une procédure d'entraide sera intégralement à celle-ci au stade où elle se trouve à ce moment-là**, ce qui signifie qu'il doit se laisser opposer les décisions (de clôture ou des décisions incidentes) entrées en force ⁴¹¹.

3.3.3 Voies et motifs de recours

3.3.3.1 Bref historique

- a) Le système de recours mis en place par l'EIMP lors de son entrée en vigueur en 1983 comportait deux voies principales de recours. Un recours pouvait être formé (auprès de l'autorité de recours cantonale puis auprès du Tribunal fédéral) contre la décision d'entrée en matière puis à nouveau contre la décision de clôture. Ce système a, dans certaines affaires importantes ⁴¹², été utilisé de façon abusive et a entraîné des retards dans le déroulement de la procédure d'entraide peu compatibles avec les exigences de célérité inhérentes au droit de l'entraide.
- b) La procédure d'entraide, jugée "extrêmement lourde et complexe" ⁴¹³ a été révisée en 1996. On a supprimé alors tout recours contre la décision d'entrée en matière ⁴¹⁴ et concentré la procédure de recours au stade de la décision de clôture, qui est devenue ainsi la pierre angulaire de la procédure d'entraide. La révision de 1996 a eu également pour but d'instituer une procédure de recours ⁴¹⁵ uniforme. La nouvelle réglementation a en effet uniformisé la qualité ⁴¹⁶, les motifs et les délais pour recourir, ainsi que l'effet suspensif; ces dispositions s'appliquant aussi bien aux procédures fédérales que cantonales.
- c) A l'occasion de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale ⁴¹⁷, le Conseil fédéral a proposé de centraliser auprès du nouveau Tribunal administratif fédéral en instance unique les recours dirigés contre les décisions cantonales et fédérales rendues en matière d'entraide judiciaire. Suite aux remous causés par un célèbre cas d'entraide avec la Russie ⁴¹⁸, on estima que les droits des justiciables ne seraient pas assez protégés par une seule et unique instance de recours et on décida de donner au Tribunal fédéral la faculté de se saisir en deuxième instance de certaines questions de principe.

⁴¹⁰ ATF 124 II 124 s'agissant d'un compte avec convention de banque restante; ATF 1A.221/2002 du 25. novembre 2002 s'agissant d'un compte clôturé)

⁴¹¹ Art. 80m al. 2 cf. FF 1995 III 33

⁴¹² FF 1995 III 2. On cite avant tout les affaires Marcos (entraide avec les Philippines) et Pemex (entraide avec le Mexique).

⁴¹³ FF 1995 III 5

⁴¹⁴ Exception: art. 80e al. 2 EIMP

⁴¹⁵ Après de longues discussions, le Parlement a opté pour le modèle dit "genevois", qui ne prévoit une possibilité de recours qu'après l'exécution de la requête.

⁴¹⁶ Cf. ch. 3.3.2, p. 47

⁴¹⁷ FF 2001 4000ss

⁴¹⁸ Affaire Youkos (entraide avec la Russie)

Les Chambres fédérales décidèrent par la suite ⁴¹⁹ d'attribuer la fonction d'autorité de recours unique en matière d'entraide judiciaire au Tribunal pénal fédéral ⁴²⁰. nouvellement créé également ⁴²¹.

3.3.3.2 Voies de droit: Première instance (Tribunal pénal fédéral)

a) Principe

Seule la décision de clôture de l'autorité cantonale ou fédérale d'exécution et, conjointement avec celle-ci, les **décisions incidentes antérieures** peuvent faire l'objet d'un **recours à la 1^{re} Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral** ⁴²² à Bellinzone.

Le délai de recours est de **30 jours** dès la communication écrite de la décision de clôture. Il a **effet suspensif** ⁴²³.

b) Exception

Les décisions incidentes antérieures à la clôture ne peuvent faire l'objet d'un **recours séparé** à la deuxième Cour des plaintes Tribunal du pénal fédéral ⁴²⁴ **que si** elles portent:

- sur la saisie d'objets ou de valeurs
- ou**
- sur la présence de personnes qui participent à la procédure à l'étranger ⁴²⁵
- et**
- si elles causent un préjudice immédiat et irréparable

Elles n'ont **d'effet suspensif** que si l'ayant droit **rend vraisemblable** le préjudice immédiat et irréparable.

Le **délai de recours** est de **10 jours** dès la communication écrite de la décision.

c) Motifs de recours

Les griefs que peut faire valoir l'ayant droit sont énumérés à l'art. 80i EIMP. Il s'agit de la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) et l'application illégitime ou manifestation incorrecte du droit étranger, dans les cas visés à l'art. 65 EIMP (let. b). L'ayant droit peut aussi faire valoir que l'exécution de la demande porte atteinte au secret professionnel auquel il est astreint. Ainsi, l'avocat ou encore le notaire peuvent soulever ce motif mais uniquement si l'acte requis (par exemple séquestre et remise de documents) concerne des informations qui relèvent comme telles de l'exercice de sa profession et n'ont pas un caractère commercial prépondérant ⁴²⁶.

⁴¹⁹ La seule raison avancée pour ce nouveau choix semble être le fait que cette instance semblait sous-employée à l'époque

⁴²⁰ 2^{ème} Cour des plaintes

⁴²¹ Pour plus de détails cf. Rudolf Wyss, Strafrechtshilfe-wie weiter ? l' Atelier du droit / Mélanges Heinrich Koller, Helbling & Lichtenhahn 2006 pp. 295ss

⁴²² Art. 28 al. 1 let. e ch. 1 de la loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral (LTPF / RS 173.1) nouvelle teneur selon le ch. 14 de l'annexe à la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007; RS 173.32), art. 80e al. 1 EIMP et 3 du règlement du Tribunal pénal fédéral (RS 173.710)

⁴²³ De même que le recours contre toute autre décision qui autorise soit la transmission à l'étranger de renseignements concernant le domaine secret soit le transfert d'objets ou de valeurs (art. 80l al. 1 in fine EIMP).

⁴²⁴ Art. 28 al. 1 let.e ch. 1 de la loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral (LTPF / RS 173.1), art. 80e al. 1 EIMP et 3 du règlement du Tribunal pénal fédéral (RS 173.710)

⁴²⁵ Art. 80e al. 2 EIMP

⁴²⁶ TPF RR.2009.209 du 6 octobre 2009, consid.3

L'inculpé n'est pas admis à prétendre qu'il n'a pas commis l'infraction ou à contester sa culpabilité. La procédure d'entraide judiciaire n'est destinée qu'à apporter des éclaircissements sur un état de fait et ne représente pas une procédure pénale anticipée. Il est donc vain de contester l'état de fait ou la culpabilité. Les autorités suisses requises sont liées par l'état de fait contenu dans la demande d'entraide. Elles ne peuvent s'en écarter qu'en cas d'erreurs, de lacunes ou de contradictions manifestes et immédiatement établies.

Les motifs de recours prévus par le droit cantonal ne peuvent plus être soulevés depuis l'entrée en vigueur de la LTAF au 1er janvier 2007 ⁴²⁷.

d) Pouvoir d'examen

Par analogie avec la pratique du Tribunal fédéral, le Tribunal pénal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ⁴²⁸. A l'instar du TF, il n'est pas lié par les conclusions des parties ⁴²⁹. Cela signifie non seulement qu'il peut tenir compte dans sa décision de motifs qui n'ont pas été invoqués par les parties ⁴³⁰, mais aussi qu'il peut rendre une décision au détriment du recourant ⁴³¹ (« reformatio in peius »).

Le TPF examine également 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 ⁴³².

Le TPF en instance unique

Depuis l'entrée en vigueur de la LTAF au 1er janvier 2007 ⁴³³, le TPF se prononce **en instance unique** sur les recours formés contre les décisions de l'OFJ rendues en application des articles 17 al. 3 ⁴³⁴ EIMP (lit.a: demande d'une garantie de réciprocité lit. b: choix de la procédure appropriée et lit. c: recevabilité d'une demande suisse) et 80p EIMP (conditions soumises à acceptation).

3.3.3.3 Voies de droit: Deuxième instance (Tribunal fédéral)

a) Saisine

Le législateur a voulu limiter fortement l'accès au Tribunal fédéral dans le domaine de l'entraide judiciaire, en ne permettant de recourir que dans un nombre limité de cas jugés particulièrement importants ⁴³⁵.

Selon l'art. 84 de la Loi sur le Tribunal fédéral (LTF / RS [173.110](#), également applicable aux recours dirigés contre une décision incidente), le **recours en matière de droit public** n'est recevable que s'il a pour objet, notamment, une **saisie, le transfert d'objets**

⁴²⁷ RS 173.32.

⁴²⁸ ATF 132 I 140 consid.1.1.

⁴²⁹ Art.25 al.6 EIMP.

⁴³⁰ Comme le Tribunal le souligne constamment, il n'est toutefois pas tenu de rechercher de tels motifs.

⁴³¹ ATF 113 Ib 258 consid.3d.

⁴³² L'extension du pouvoir d'examen aux griefs prévus dans cette dernière disposition se justifie à la lumière des travaux préparatoires. En effet, à l'exception des motifs se rapportant au droit de procédure cantonal (art. 80i a EIMP), la nouvelle instance de recours en matière d'assistance judiciaire se prononce pour l'essentiel avec le même pouvoir de cognition que les autorités de recours cantonales précédemment compétentes (cf. FF 2001 pp. 4220 et 4222). L'interprétation téléologique des normes régissant les motifs de recours commande ainsi de compléter le catalogue des griefs définis à l'art. 80i EIMP avec ceux prévus à l'art. 49 let. b et c PA.

⁴³³ Nouvelle teneur de l'art. 26, chiffre 30 de l'annexe à la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral, RS 173.32.

⁴³⁴ Auparavant, le DFJP tranchait ces questions en instance unique de recours.

⁴³⁵ ATF 133 IV 125.

ou de valeurs ou la **transmission de renseignements concernant le domaine secret**. Il doit **en outre** s'agir d'un **cas particulièrement important**.

Le cas est particulièrement important notamment lorsqu'il y a des raisons de supposer que la procédure à l'étranger viole des principes fondamentaux, a un caractère politique⁴³⁶ ou comporte d'autres vices graves.

L'emploi de l'adverbe notamment indique que ces motifs d'entrée en matière ne sont pas exhaustifs. Le Tribunal fédéral peut en effet être appelé à intervenir lorsqu'il s'agit de trancher une question juridique de principe, ou lorsque l'instance précédente s'est écartée de la jurisprudence suivie jusque-là⁴³⁷.

C'est au recourant qu'il appartient de démontrer que ces conditions sont réunies. Le Tribunal fédéral dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer si on est en présence d'un cas particulièrement important⁴³⁸, faute de quoi le recours est considéré comme insuffisamment motivé⁴³⁹.

b) Procédure

Le recours doit être formé dans les 10 jours⁴⁴⁰ dès la notification complète de la décision. Si le Tribunal fédéral considère qu'un recours en matière d'entraide pénale internationale est irrecevable, il rend une **décision de non entrée en matière dans les 15 jours** qui suivent la fin d'un éventuel échange d'écritures⁴⁴¹.

Si au contraire le Tribunal fédéral estime être en présence d'un **cas particulièrement important**⁴⁴², la cause doit être jugée en **procédure ordinaire**, la décision finale dans ce cas étant prise en principe par un collège de cinq juges⁴⁴³.

3.3.3.4 Voies de droit: Autres voies de recours:

a) Procédure de recours avec les USA

Les décisions rendues par l'OFJ, office central en application de la LTEJUS, pouvaient être contestées autrefois par la voie de l'opposition. La décision de l'OFJ statuant sur l'opposition était soumise au recours de droit administratif au Tribunal fédéral.

Cette procédure de recours spécifique a été alignée sur celle de l'EIMP à l'occasion de l'entrée en vigueur de la LTAF au 1er janvier 2007 et en conséquent la voie de l'opposition supprimée⁴⁴⁴. Les décisions de l'OFJ prises en exécution d'une demande d'entraide émanant des USA peuvent désormais être portées devant le TPF par la voie du recours⁴⁴⁵.

b) Procédure avec les tribunaux de l'ONU⁴⁴⁶:

⁴³⁶ ATF 133 IV 40 consid. 7.3.

⁴³⁷ ATF 133 IV 215 consid.1.2. A titre d'exemple: ATF 1C_287/2008 DU 12 janvier 2009 et ATF 1C_454/2009 du 9 décembre 2009, consid.1.1

⁴³⁸ ATF 1C_205/2007 du 18 décembre 2007, consid. 1.3.1.

⁴³⁹ ATF 133 IV 125, consid.1.2

⁴⁴⁰ Art. 100 al. 2 let. b LTF.

⁴⁴¹ Art. 107 al. 3 LTF.

⁴⁴² Exemples : maintien de mesures de saisie provisoire en vue d'une remise des fonds à l'autorité étrangère, à titre de créance compensatrice en rapport avec une infraction fiscale (ATF 133 IV 215)

⁴⁴³ Cette procédure est expliquée en détail dans l'ATF 133 IV 125.

⁴⁴⁴ RO 2006 p.2243-2245.

⁴⁴⁵ Art. 17 LTEJUS /art. 28e chiffre 4 LTPF.

⁴⁴⁶ Arrêté fédéral relatif à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit humanitaire (RS 351.20) et Ordonnance du 12 février 2003 sur l'extension de son champ

Une seule voie de recours est prévue ⁴⁴⁷. Le recours auprès du Tribunal pénal fédéral est directement ouvert contre les décisions des autorités cantonales et fédérales d'exécution ⁴⁴⁸. Par rapport à l'EIMP, la procédure de recours est simplifiée. Les délais de même que les motifs de recours sont réduits. A noter également que la personne qui fait l'objet de l'enquête menée par la CPI (inculpé) n'a pas le droit de recourir contre la demande d'entraide ⁴⁴⁹.

c) Recours administratif

Les décisions du **DFJP** rendues en application de l'art. 17 al. 1 et statuant sur la question de déterminer si les actes d'entraide portent atteinte aux **intérêts essentiels de la Suisse** au sens de l'art. 1a EIMP peuvent faire l'objet d'un **recours administratif auprès du Conseil fédéral** ⁴⁵⁰.

Une décision du DFJP doit être demandée dans les 30 jours qui suivent la communication écrite de la décision de clôture ⁴⁵¹. Ainsi, la question de savoir si la souveraineté, la sûreté, l'ordre public ou d'autres intérêts essentiels de la Suisse en vertu de l'art. 1a EIMP sont lésés est de nature purement politique et doit être résolue de façon indépendante d'une procédure devant le Tribunal fédéral ⁴⁵².

L'invocation de l'art. 1a EIMP est réservée aux seuls ressortissants suisses et étrangers ayant leur domicile en Suisse, ainsi qu'aux sociétés ayant leur siège ou un établissement permanent en Suisse ⁴⁵³.

Par la notion d'«autres intérêts essentiels » au sens de l'art. 1a EIMP et des Conventions précitées, il faut comprendre des intérêts qui sont décisifs pour l'existence de la Suisse. Concernant l'économie suisse, il ne suffit donc pas que l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire soit susceptible de causer un préjudice à quelques agents économiques pour que les intérêts essentiels soient atteints, mais bien que l'exécution soit susceptible de causer un préjudice à l'ensemble de l'économie suisse ⁴⁵⁴.

Aucun recours n'est recevable contre **une demande d'entraide judiciaire suisse** adressée à un Etat étranger (art. 25 al. 2 EIMP et art. 17 al. 2 LTEJUS). L'autorité cantonale et fédérale ⁴⁵⁵ peut recourir contre la décision de l'OFJ de ne pas présenter une demande ⁴⁵⁶ (art. 25 al. 3 EIMP et art. 17 al. 2 LTEJUS).

d'application au Tribunal spécial pour la Sierra Leone (RS 351.201.11).Loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale (LCPI/RS 351.6).

447 Afin de limiter la durée de la procédure.

448 Art. 28 al. 1 lit.e ch.2 et 3 LTPF

449 Art. 50 lit. a) LCPI.

450 Cf. art. 26 EIMP et art. 18 al. 1 LTEJUS.

451 Art. 17 al. 1 EIMP.

452 JAAC 70.5 consid.1.

453 JAAC 2008.28.

454 JAAC 70.5 consid.2.

455 Possible malgré le silence du texte de l'article 25 EIMP cf. ATF / 1A.103/205 consid.2.2.

456 Notamment si l'importance de l'infraction ne justifie pas la procédure (art. 30 al. 4 EIMP).

3.4 Démarches spécifiques liées à la procédure

3.4.1 Mesures provisoires

a) Principe

Si l'autorité étrangère le demande expressément et qu'une procédure prévue par l'EIMP ne semble pas manifestement inadmissible ou inopportune ⁴⁵⁷, l'autorité compétente peut ordonner des mesures provisoires en vue de maintenir une situation existante, de protéger des intérêts menacés ou de préserver des moyens de preuve ⁴⁵⁸.

Le prononcé de mesures provisoires portant sur la saisie de fonds est donc possible même si, à ce stade de la procédure, toutes les conditions d'octroi de l'entraide ne sont pas encore remplies. Une mesure de contrainte, tel qu'un séquestre, n'est refusée que si les prétentions de l'Etat requérant sont manifestement mal fondées ⁴⁵⁹.

Dès l'annonce d'une demande ⁴⁶⁰ et s'il y a péril en la demeure, l'Office fédéral de la justice peut même ordonner lui-même de telles mesures; dans ce cas, leur durée sera limitée jusqu'à réception de la demande formelle ⁴⁶¹.

b) Durée

Au reste, les mesures provisionnelles demeurent en vigueur jusqu'à la clôture de la procédure d'entraide judiciaire. Les objets et valeurs dont la remise à l'Etat requérant est subordonnée à une décision définitive et exécutoire de ce dernier demeurent saisis jusqu'à réception de ladite décision ou jusqu'à ce que l'Etat requérant ait fait savoir qu'une telle décision ne peut plus être rendue ⁴⁶². La jurisprudence a toutefois reconnu qu'une mesure provisoire en place depuis plusieurs années pouvait selon les cas constituer une atteinte disproportionnée au droit de propriété de la personne concernée (titulaire du compte bancaire, propriétaire d'un objet) ⁴⁶³.

3.4.2 Présence de personnes participant à la procédure étrangère et exécution d'actes officiels

a) Il est de plus en plus fréquent qu'une demande d'entraide soit accompagnée d'une requête tendant à obtenir l'autorisation pour certaines personnes participant à la procédure étrangère (fonctionnaires de police, juges d'instruction, accusés, défenseurs, victimes,

⁴⁵⁷ La question de la saisie de fonds au fins d'exécution d'une créance compensatoire étrangère, discutée en doctrine et laissée ouverte par le TF (ATF 130 II 329, consid.6) est admise par le TPF si la créance compensatoire étrangère peut être exécutée en application des articles 94ss EIMP, ce qui exclut les créances fiscales (TPF RR 2008.252 du 16 février 2009, consid 6.2)

⁴⁵⁸ Art. 18 EIMP, art. 8 al. 1 LTEJUS, art. 31 LCPI, art. 7 de la loi fédérale relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire. Ces mesures provisoires ne doivent pas être confondues avec les mesures que peut prendre le Conseil fédéral en application de l'art. 184 al. 3 Cst pour la sauvegarde des intérêts du pays en politique étrangère. Ces mesures constituent une "ultima ratio" et sont prises lorsque l'entraide judiciaire n'est pas (encore) ou plus possible.

⁴⁵⁹ ATF 116 Ib 96 consid. 3a p. 99-101. Sur le plan international, les conditions posées par le droit suisse pour ordonner des mesures provisoires sont, à juste titre, très favorables à la coopération (à l'inverse du droit anglo-saxon par exemple). Leur efficacité n'est plus à démontrer.

⁴⁶⁰ Pour des raisons de sécurité, il est souhaitable d'exiger une demande écrite (un courrier électronique ou une télécopie suffisent).

⁴⁶¹ En principe, un délai ne dépassant pas trois mois est fixé. Il peut être prolongé après coup. Si une demande formelle **et valable** n'est pas fournie dans les délais, la mesure provisoire doit être levée.

⁴⁶² Art. 33a OEIMP.

⁴⁶³ ATF 126 II 462 consid. 5.

etc.) d'assister à l'exécution de la requête. Une telle présence peut être autorisée ⁴⁶⁴ si l'Etat requérant le demande en vertu de son propre droit ⁴⁶⁵ ou lorsqu'elle est susceptible de faciliter considérablement l'exécution de la demande ou la poursuite pénale engagée dans l'Etat requérant ⁴⁶⁶. Le terme « présence » signifie que les personnes participant à la procédure étrangère sont autorisées à assister à l'exécution de la demande d'entraide judiciaire. Ce sont toutefois les fonctionnaires ou les magistrats suisses qui restent maîtres de la procédure. Il y a notamment lieu de tenir compte de cette situation (en droit) lors de la rédaction de procès-verbaux d'audition ⁴⁶⁷. La participation des enquêteurs étrangers au tri des pièces ne doit toutefois pas avoir pour conséquence que des informations confidentielles ne parviennent à l'autorité requérante avant qu'il ne soit statué sur l'octroi et l'étendue de l'entraide (art.65a al. 3 EIMP).

Ainsi, tous les autres actes d'exécution de la demande en présence des participants à la procédure étrangère, par exemple lors de la consultation du dossier ⁴⁶⁸, doivent 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. Ce risque peut toutefois être évité par le biais de la fourniture de garanties par l'autorité requérante quant à la non utilisation prématurée des informations ⁴⁶⁹. Constituent en général des garanties suffisantes l'interdiction d'utiliser les informations recueillies ou de faire des copies et d'accéder aux procès-verbaux d'audition.. S'agissant de la possibilité pour les enquêteurs étrangers de prendre des notes pendant l'exécution de la demande, elle sera admise dans la mesure où l'autorité requérante s'est engagée à ne pas utiliser prématurément les informations et à la condition que les notes prises lors de l'exécution restent dans le dossier suisse, pour n'être remises à l'Etat requérant qu'une fois l'entraide exécutoire ⁴⁷⁰.

Le contenu (minimal) des garanties évoquées ci-dessus est reproduit au point 6.7 ci-après.

Ces garanties doivent en principe être obtenues des participants à la procédure étrangère avant leur participation à l'exécution. Il appartient au magistrat suisse chargé de l'exécution doit s'assurer que ces personnes ont bien compris le sens des garanties données et veiller à leur respect lors de l'exécution de la demande ⁴⁷¹ et que ce fait soit consigné dans un procès-verbal ⁴⁷².

La participation de personnes à la procédure étrangère doit être réglée par une décision incidente ⁴⁷³ mentionnant ou de préférence annexant le texte des garanties données. Ce mode de faire permet de réduire le risque d'un recours ⁴⁷⁴ et, dans cette dernière hypothèse, permet au TPF de statuer rapidement sur la question de l'effet suspensif si celui-ci est demandé.

- b) Il importe de faire la distinction entre la simple présence et l'exécution d'un acte officiel sur territoire suisse par des autorités étrangères. Dans ce cas, une autorisation du Dépar-

⁴⁶⁴ Avec l'Italie cette présence, si elle n'est pas incompatible avec les principes de l'Etat requis, sera admise sur demande (art. IX de l'AC-I/CEEJ / RS 0.351.945.41).

⁴⁶⁵ Art.65, let. a, EIMP.

⁴⁶⁶ Autres bases légales cf. art. 4 CEEJ et art. 12 al. 2-4 TEJUS.

⁴⁶⁷ Art. 26 al. 2 OEIMP.

⁴⁶⁸ ATF 130 II 329 consid.3 / 128 II 211 consid. 2.1.

⁴⁶⁹ ATF 128 II 211 consid. 2.1.

⁴⁷⁰ TPF RR.2008.108 cons.5. La jurisprudence du TF est plus restrictive.

⁴⁷¹ TPF RR.2008.56.

⁴⁷² TPF RR.2008.106/107.

⁴⁷³ Art. 80e al. 2 lit.b EIMP.

⁴⁷⁴ Qui n'a pas effet suspensif (art. 80l al. 2 EIMP). L'effet suspensif peut toutefois être accordé si l'ayant droit rend vraisemblable l'existence d'un préjudice immédiat et irréparable (art. 80l al. 3 EIMP).

tement fédéral concerné est toujours nécessaire ⁴⁷⁵. L'exécution d'actes officiels sans autorisation est punissable ⁴⁷⁶. Les autorisations sont soumises à une pratique très restrictive: elles peuvent être accordées uniquement lorsque l'octroi de l'entraide judiciaire par le truchement d'un fonctionnaire suisse s'avère impossible ou n'a pas de sens ⁴⁷⁷.

La poursuite des infractions à l'art. 271 CP est soumise à la juridiction fédérale (Ministère public de la Confédération) ⁴⁷⁸.

Dans ce contexte enfin, il y a lieu de relever que la recherche de pièces à conviction par les conseils de l'accusé ou par l'inculpé, telle qu'elle est admise dans les systèmes juridiques anglo-américains, n'est pas autorisée en Suisse; celui qui, sur territoire suisse, interroge des personnes ou examine des documents afin de se servir de ces renseignements pour témoigner devant un tribunal étranger, est poursuivi pénalement en Suisse pour actes exécutés sans droit pour un Etat étranger ⁴⁷⁹. Si l'une des parties souhaite que certaines pièces à conviction soient recueillies en Suisse, elle doit s'adresser à l'autorité étrangère et lui demander de former une requête d'entraide judiciaire.

3.4.3 Mise sous scellés

Dans ses dispositions générales, la loi sur l'entraide judiciaire en matière pénale contient un article ⁴⁸⁰ relatif à la mise sous scellés de papiers. La procédure mise en place dès le 11.1.1997 par la révision de l'EIMP ne laisse un sens à la procédure de mise sous scellés que si le détenteur ⁴⁸¹ des papiers prétend que ceux-ci sont protégés par un secret professionnel absolu (art.321 CP), typiquement en entraide celui de l'avocat ou du notaire ⁴⁸².

La procédure de levée de scellés ne constitue pas une voie de droit contre les décisions rendues en matière d'entraide (art. 28 al. 1 lit.e LTPF) mais uniquement une modalité d'exécution de la demande, pour laquelle le droit de procédure cantonal reste applicable (art. 9 et 12 EIMP). L'autorité compétente pour se prononcer sur la levée des scellés est donc l'autorité désignée par le droit de procédure cantonal. Au niveau fédéral, afin d'éviter que la même autorité doivent décider sur les scellés et sur le sort de la cause, la procédure de levée des scellés doit être portée devant la lère Cour des plaintes du TPF ⁴⁸³.

⁴⁷⁵ Art. 31 de l'Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA / RS 172.010.1). A noter qu'une autorisation cantonale est en outre nécessaire dans chaque cas.

⁴⁷⁶ Cf. art.271 CP; RS 311.0.

⁴⁷⁷ Comme c'est le cas lorsqu'un tribunal effectue une vision locale.

⁴⁷⁸ Art. 336 al. 1 lit.g CP.

⁴⁷⁹ Dans le sens de l'art. 271 CP.

⁴⁸⁰ Art. 9 EIMP, qui renvoie à l'article 69 PPF, dont les principes s'appliquent à la perquisition de papiers.

⁴⁸¹ Et lui seul.

⁴⁸² Quant au secret bancaire, il ne justifie pas à lui seul la mise sous scellés, puisqu'il n'est pas, comme tel, opposable à l'entraide (ATF 127 II 155 consid 4c aa).

⁴⁸³ TPF RR 2007.159.

3.4.4 Application du droit étranger lors de l'exécution d'une requête

En principe, les requêtes sont exécutées selon le droit de l'Etat requis ⁴⁸⁴. Sur demande expresse de l'Etat requérant et sous certaines conditions, son droit pourra s'appliquer pour autant qu'il soit compatible avec le droit suisse ⁴⁸⁵. Les principaux cas d'application du droit étranger concernent les témoignages sous serment ⁴⁸⁶ ou d'autres formes particulières relatives à l'admissibilité légale des moyens de preuve ⁴⁸⁷. Le Tribunal fédéral a aussi admis l'application du droit de procédure étranger dans une affaire relative à l'engagement d'agents infiltrés ⁴⁸⁸.

La présence de personnes participant à la procédure étrangère (procureurs, juges d'instruction, fonctionnaires de police, accusés, inculpés ou leur conseil) fait l'objet du ch. 3.4.2, p. 55.

3.5 Remise d'objets et de valeurs

3.5.1 Droit conventionnel

La coopération internationale en matière pénale s'est en premier lieu développée dans les domaines de l'extradition et de la recherche et remise de moyens de preuves. Un transfert de valeurs n'était prévu par le droit conventionnel qu'à titre probatoire ⁴⁸⁹ ou dans le cadre de l'extradition matérielle ⁴⁹⁰. Les victimes d'infractions de nature patrimoniale étaient renvoyées à récupérer leurs biens par la voie civile et à ouvrir action le cas échéant devant des juridictions étrangères ⁴⁹¹.

La fin des années quatre-vingt a été marquée par un effort international en vue de s'attaquer aux produits du crime, la saisie et la confiscation de ces derniers devant constituer une mesure efficace de lutte contre la criminalité transnationale, en la privant de ses moyens d'existence. Cet effort a été concrétisé dans la lutte contre le trafic de stupéfiants ⁴⁹² et contre le blanchiment d'argent ⁴⁹³. Ces textes ne prévoient cependant que la confiscation du produit du crime ou l'exécution de décisions de confiscation étrangères. Un transfert d'argent con-

⁴⁸⁴ "Locus regit actum". Cf. art. 3 CEEJ, et art. 9 TEJUS. Lorsqu'il n'existe pas de traité international, on applique sans autre la loi fédérale sur l'entraide judiciaire internationale.

⁴⁸⁵ Art. 65 EIMP; art. 8 PAII et art. 9 ch. 2 TEJUS.

⁴⁸⁶ Art. 65 EIMP; art.8 PAII et art. 9, ch. 2, TEJUS.

⁴⁸⁷ Par ex. présence de l'inculpé ou de son conseil; cf. art. 12, ch. 2, et 18, ch. 5, TEJUS.

⁴⁸⁸ ATF non publié du 10.12.96, affaire Michel-André W. (Entraide judiciaire avec les USA).

⁴⁸⁹ Cf. par exemple les articles 3 al. 1 et 6 al. 2 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (RS 0.351.1 / CEEJ), une remise définitive pouvant dans ce cas avoir lieu de manière indirecte par le renoncement, par l'Etat requis, à la restitution des valeurs transmises.

⁴⁹⁰ Cf. par exemple l'article 20 al. 3 et 4 de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (RS 0.353.1 / CEEJ) qui permet, si les conditions de l'extradition sont remplies, de remettre également à l'Etat requérant les objets ou valeurs trouvés en possession de l'individu réclamé, qui peuvent servir de moyens de preuve ou qui proviennent de l'infraction.

⁴⁹¹ Beat Frey, Die Wiedererlangung deliktischer Vermögenswerte in der Praxis der internationalen Rechtshilfe, Schulthess 1999, pp 77-79. Pascal Gossin, Récents accords bilatéraux et le rôle de l'Office fédéral de la justice p. 148 / Récents développements en matière d'entraide civile, pénale et administrative, Publication CEDIDAC 58, Lausanne 2004.

⁴⁹² Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 20 décembre 1988 (RS 0.812.121.03 / Convention de Vienne).

⁴⁹³ 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 (RS 0.311.53 /Cbl).

fisqué ne peut avoir lieu que dans le cadre d'accords de partage soumis à l'entière discrétion des Etats parties ⁴⁹⁴.

Au cours des années 1990, la problématique de la remise d'avoirs a été portée sur le devant de la scène internationale à l'occasion de procédures d'entraide concernant ceux qu'on a pris l'habitude de nommer les personnes exposées politiquement ⁴⁹⁵.

Par la suite, la remise de valeurs en vue de confiscation ou de remise à l'ayant-droit a été introduite en 2001 dans le Deuxième protocole additionnel à la CEEJ (art. 12) et dans d'autres textes conventionnels ⁴⁹⁶, de sorte qu'elle constitue maintenant un instrument de coopération standard au niveau international.

Plus récemment, le contenu des dispositions réglementant la remise de valeurs est devenu plus contraignant en matière de corruption et détournement de biens. Ainsi l'article 57 de la Convention des Nations Unies contre la corruption ⁴⁹⁷ fait pour la première fois obligation pour les Etats parties de remettre le produit de la soustraction de biens publics ou du blanchiment de fonds publics soustraits (art. 57 al. 3 lit. a UNCAC).

3.5.2 Législation suisse

La réglementation concernant la remise d'objets ou de valeurs constituait le point central de la révision de l'EIMP du 4 octobre 1996. La loi établit désormais une distinction claire entre la remise servant à l'administration des preuves ⁴⁹⁸ et la remise aux fins de confiscation ou de restitution aux ayants droit à l'étranger ⁴⁹⁹.

Il convient ici de souligner que la remise d'objets ou de valeurs dans le cadre d'une procédure d'extradition est soumise à une réglementation particulière ⁵⁰⁰.

La remise d'objets et de valeurs occupe par ailleurs une large part des accords bilatéraux ⁵⁰¹.

⁴⁹⁴ Art. 15 Cbl, article 5 al. 5 lit.b ii) de la Convention de Vienne.

⁴⁹⁵ Les PEPs (ou [PPE](#)), soit en clair les chefs d'Etat et leur entourage (ex: Marcos, Duvalier, Suharto et Abacha).

⁴⁹⁶ Art. 8 de la [Convention relative à l'entraide judiciaire entre les Etats membres de l'Union européenne](#) du 29 mai 2000 (CEJ-UE / [Journal officiel n° C 197](#) du 12.7.2000, p. 3 - 23) ; art. 14 al. 2 de la Convention des Nations Unies du 15 novembre 2000 contre la criminalité transnationale organisée (RS 0.311.54 / UNTOC) et tout récemment art. 25 al. 2 et 3 de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme du 16 mai 2005 (la Suisse ne l'a pour l'instant ni signé ni ratifié).

⁴⁹⁷ UNCAC du 31 décembre 2003, approuvée par le parlement suisse; entrera en vigueur en automne 2009.

⁴⁹⁸ Art. 74 EIMP; pour la restitution, cf. al. 2.

⁴⁹⁹ Art. 74a EIMP.

⁵⁰⁰ Cf. art. 59 EIMP (connue sous le vocable « extradition matérielle »); on observera que des objets ou des valeurs peuvent être remis, même si l'extradition de la personne elle-même n'a pu être exécutée, par exemple du fait de la fuite ou du décès de la personne poursuivie (art. 59, 7e al. EIMP). L'origine illicite des valeurs et le lien avec les faits qui font l'objet de l'enquête étrangère doivent être hautement vraisemblables. Par contre, la remise n'est pas subordonnée au prononcé d'une décision de confiscation dans l'Etat requérant (ATF 123 II 595 consid. 4c).

⁵⁰¹ La remise de valeurs en vue de confiscation ou de restitution est prévue avec Les Etats limitrophes, conformément aux Accords complétant la CEEJ conclus avec l'Allemagne (art. II, 3e al./ RS 0.351.913.61), art. II, 3e al., l'Autriche (art. II, 3e al. RS 0.351.916.32), la France (art. VI/0.351934.92) et l'Italie (art. VIII / RS 0.351.945.41) et d'autres traités bilatéraux récents (ex. art. 11 du Traité entre la Suisse et les Philippines du 9 juillet 2002 (RS 0.351.964.5). Une obligation de remise n'existe avec les Etats-Unis qu'en ce qui concerne les objets ou valeurs appartenant à l'Etat requérant ou à l'un de ses Etats membres (art. 1 ch. 1 let b TEJUS).

3.5.3 Remise à titre probatoire

La remise à l'autorité étrangère d'objets, de documents (originaux) ou de valeurs saisis à titre probatoire fait l'objet de l'article 74 EIMP, de même que dans la plupart des accords internationaux⁵⁰². Les tiers acquéreurs de bonne foi⁵⁰³ sont protégés (en règle générale par la garantie de restitution fournie par l'Etat requérant)⁵⁰⁴. Les autorités⁵⁰⁵ et les parties lésées bénéficient également de règles particulières.

La remise à titre purement probatoire ne pose que peu de problèmes dans la pratique, tant que les biens transférés demeurent peu importants en quantité ou en valeur.

3.5.4 Remise en vue de restitution ou de confiscation⁵⁰⁶

3.5.4.1 Remarques préliminaires

Gérant environ 30% de la fortune mondiale⁵⁰⁷ la Suisse a depuis longtemps dû apporter une réponse au problème causé par la présence sur sa place financière de valeurs supposées d'origine illicite. Il a toujours été clair que cette présence était indésirable⁵⁰⁸ et que tout devait être mis en œuvre pour les restituer sur demande d'un Etat étranger. La problématique touchant la remise de valeurs a pris une acuité particulière lorsque les biens concernés étaient détenus au nom ou pour le compte d'un (ex) Chef d'Etat ou un de ses proches⁵⁰⁹.

Prenant appui sur les textes contenus dans des Accords complémentaires à la CEEJ conclus par la Suisse, la remise de valeurs a été introduite dans l'EIMP au 1^{er} janvier 1983 (art. 74 al. 2 et 3). Cette disposition étant jugée trop peu précise, la jurisprudence, à l'occasion de deux affaires retentissantes⁵¹⁰, a soumis la remise de valeurs à des règles plus détaillées et pratiques. Ces principes jurisprudentiels ont été en grande partie codifiés en 1997 lors de la révision de l'EIMP et font désormais l'objet de l'art. 74a EIMP.

Les points suivants méritent d'être soulignés:

- depuis la révision de l'EIMP, une remise en vue de restitution ou de confiscation peut être exécutée aussi bien en vertu de la troisième partie (procédure pénale en cours avant ju-

⁵⁰² Cf. art. 3 et 6, CEEJ; art. 16 et 21, TEJUS.

⁵⁰³ Seuls les droits réels demeurent réservés.

⁵⁰⁴ Art. 74 al. 2 EIMP; art. 6, ch. 2, CEEJ.

⁵⁰⁵ Spécialement les droits de gage au profit du fisc (cf. art. 74 al. 4 et art. 60 EIMP), souvent cités mais qui, dans la pratique, n'ont que peu d'importance.

⁵⁰⁶ Pour plus de détails sur ce sujet, MAURICE HARARI, Remise internationale d'objets et de valeurs : réflexions à l'occasion de la modification de l'EIMP / Etudes en l'honneur de Dominique Poncet, Genève 1977, p. 167ss.

⁵⁰⁷ 5374 milliards fin mai 2007 (chiffres Banque nationale suisse).

⁵⁰⁸ Cf. par exemple le communiqué de presse du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) du 14 juin 2002 (blocage des avoirs Duvalier/Haïti) « *Par cette décision, le Conseil fédéral manifeste sa ferme volonté de faire respecter l'ensemble du droit suisse, d'empêcher que la place financière suisse ne serve de refuge aux produits résultant d'actes illicites et de faire en sorte que, dans toute la mesure du possible, les avoirs mal acquis soient restitués* ».

⁵⁰⁹ Ceux qu'il est convenu d'appeler les PEP (Personnes Exposées Politiquement, ex: Marcos, Duvalier, Suharto et Abacha). Pour un historique des cas touchant la Suisse : DAGMAR RICHTER, « Potentatengelder » in der Schweiz : Rechtshilfe im Spannungsfeld der Menschenrechte von Tätern und Opfern, ZaöRV 1998 p 541 ss.

⁵¹⁰ **Société PEMEX** (entraide avec le Mexique): ATF 115 Ib 517 ss; Marcos (entraide avec les Philippines): ATF 116 Ib 452 ss.

gement⁵¹¹ ou selon la cinquième partie de l'EIMP (exequatur après jugement⁵¹². Lorsqu'une décision relative à l'octroi de l'entraide en vertu de la troisième partie de l'EIMP subordonne l'exécution de la remise à une décision définitive et exécutoire de l'Etat requérant, cette condition ne change rien au fait qu'il s'agit toujours d'une prestation d'entraide au sens de la troisième partie de l'EIMP.

- le juge de l'entraide dispose dans la règle d'un large pouvoir d'appréciation pour décider si et à quelles conditions une remise peut être ordonnée⁵¹³. Si les conditions d'une remise ne sont pas réunies, l'Etat requérant peut par exemple être renvoyé à procéder par la voie civile. Dans toute la mesure du possible, il convient toutefois de procéder à une remise en application de l'art. 74a EIMP, cette voie étant la plus rapide et la moins onéreuse pour l'Etat requérant.

3.5.4.2 *Objet*

Aux termes de l'art. 74a EIMP, à la 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, en vue de confiscation ou de restitution à l'ayant droit (al. 1). Ces objets ou valeurs comprennent notamment le produit ou le résultat de l'infraction, la valeur de remplacement⁵¹⁴ et l'avantage illicite (al. 2 let. b) ou même une créance compensatoire⁵¹⁵.

La remise peut intervenir à tous les stades de la procédure étrangère, en règle générale sur décision définitive et exécutoire de l'Etat requérant (al. 3). Cette décision tranche la question de la propriété ultérieure (confiscation par l'Etat / restitution à un ayant droit) des valeurs. L'EIMP parle non pas d'un **jugement pénal**, mais simplement d'une **décision**, ce qui suppose des formes plus simples (décisions de nature civile ou administrative⁵¹⁶). L'exigence du prononcé d'une décision n'est toutefois pas absolu:

- cette condition est applicable **dans la règle seulement**; partant, tous les cas clairs en sont dispensés⁵¹⁷.
- On peut également se passer de l'exigence d'une décision de confiscation dans l'hypothèse où les faits qui font l'objet de la procédure étrangère tombent sous les dispositions pénales réprimant l'appartenance ou le soutien à une **organisation criminelle** (art. 260 ter et 72 CP). Dans cette hypothèse, il appartient aux détenteurs des fonds concernés d'apporter la preuve de leur origine licite. Si cette preuve n'est pas rapportée, la remise des fonds est ordonnée en application de l'art. 74 al. 3 EIMP, sans autre examen de la provenance des fonds réclamés⁵¹⁸.

⁵¹¹ Cette règle n'est toutefois pas absolue: dans la pratique, l'entraide judiciaire peut aussi être accordée, pour examiner, p. ex. un « plea agreement » déjà accepté par un tribunal américain, c'est-à-dire en cas de déclaration de culpabilité. La révision de jugements a également été prévue cf. art. 5, 2e al. EIMP.

⁵¹² Art. 94 ss EIMP. C'est en application de ces dispositions que l'on procédera au recouvrement d'une créance compensatrice de l'Etat requérant, même si la loi ne répond pas expressément à cette question (ATF 120 Ib 167).

⁵¹³ ATF 123 II 134 consid. 1.4. Une obligation de remise figure à l'art. 1 par.1 lit.b TEJUS et dans les accords complémentaires à la CEEJ conclus avec l'Allemagne, l'Autriche et la France.

⁵¹⁴ Cf. art. 71 CP; voir également art. 7, ch. 2, et art. 13, ch. 3, Cbl. La prise en compte de valeurs de remplacement a apporté une simplification notable.

⁵¹⁵ Du moins lorsque l'infraction poursuivie est un délit de droit commun (TPF RR.2008.244 du 16 février 2009, consid.4).

⁵¹⁶ Par exemple une décision rendue au terme d'une procédure de confiscation « civile » (in rem) connue du droit anglo-saxon (ATF 132 II 178).

⁵¹⁷ Le cas du vol d'une toile célèbre (Mona Lisa) dans un musée connu (Louvres) a été cité comme exemple au Parlement. L'ATF 123 II 134 ss a créé un premier précédent positif.

⁵¹⁸ ATF 131 II 169 consid. 9.1 p.184 (Affaire Abacha. Entraide au Nigéria).

Lorsque la remise est demandée en exécution d'une décision définitive et exécutoire dans l'Etat requérant, la question de savoir si les objets ou valeurs réclamés proviennent de l'infraction doit être considérée comme tranchée, ainsi que celle de savoir si les objets ou valeurs en question doivent être restitués ou confisqués⁵¹⁹, à moins qu'il n'apparaisse d'emblée que tel n'est manifestement pas le cas⁵²⁰.

Lorsque la demande porte sur la remise des fonds avant la fin de la procédure pénale, l'autorité d'exécution décide après avoir pris en compte toutes les particularités du cas⁵²¹. Les résultats obtenus dans le cadre d'une procédure pénale suivie dans l'Etat requis en relation avec les faits poursuivis dans l'Etat requérant peuvent être utilisés pour établir l'origine illicite des fonds⁵²². Si la situation est limpide tant pour ce qui concerne l'identification des objets ou valeurs que leur provenance délictueuse, l'autorité ordonne la remise⁵²³. En pareil cas, l'intérêt de l'Etat requis se limite au respect des garanties élémentaires d'une procédure conforme aux exigences de la CEDH ou du Pacte ONU II⁵²⁴. Il convient également de tenir compte, sous cet aspect, de l'intérêt essentiel de la Suisse, au sens de l'art. 1a EIMP, de ne pas servir de refuge aux montants considérables détournés illégalement par les représentants de régimes dictatoriaux⁵²⁵.

Lorsque la provenance délictueuse des objets ou valeurs réclamés est douteuse, il convient de renoncer à la remise jusqu'à la clarification des faits dans le cadre d'une procédure judiciaire dans l'Etat requérant⁵²⁶.

3.5.4.3 Exceptions

Les alinéas 4 à 7 de l'art. 74a EIMP énumèrent une série de situations dans lesquelles les valeurs doivent être retenues en Suisse :

- Lorsque des prétentions sont élevées en Suisse par le lésé et des personnes privées étrangères à l'infraction, de bonne foi et titulaires de droits réels⁵²⁷ sur les valeurs en question, ces personnes ayant l'obligation de résider habituellement en Suisse (sauf si leur prétentions ne sont pas garanties par l'Etat requérant);
- Lorsque des prétentions sont émises par une autorité suisse (par ex. le fisc);
- Lorsque les objets ou valeurs sont nécessaires à une procédure pénale pendante en Suisse ou sont susceptibles d'être confisqués en Suisse;
- En cas d'accord de partage en application de la loi fédérale sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées.

519 ATF 123 II 595 consid. 4e p. 604/605.

520 ATF 129 II 453.

521 ATF 123 II 595 consid.4e p.605/606.

522 ATF 131 II 169 consid.7.2-7.6 pp. 177-182.

523 ATF 123 II 595 consid.4f p. 606; 123 II 134 consid. 5c et d p. 140 ss, 268 consid. 4a p. 274).

524 ATF 123 II 595 consid.4f p. 606.

525 ATF 123 II 595 consid.5a p. 606/607.

526 ATF 123 II 595 consid.4f p. 606, 268 consid. 4b p. 274.

527 ATF 123 II 595 consid.6b/aa p. 612/613. Des droits de nature personnelle (avant tout contrats) ne peuvent être opposés à la remise.

3.5.4.4 Procédure

En règle générale, la demande de remise de valeurs fait l'objet d'une demande distincte de la part de l'Etat requérant, après que ce dernier ait reçu les informations, notamment de nature bancaire, à même de lui permettre de prononcer la confiscation des valeurs en question. En vertu du principe de la célérité, il ne faut toutefois pas que l'Etat requérant tarde à prononcer la confiscation des fonds, faute de quoi leur saisie devra être levée. La notion de durée excessive de la saisie dépend du cas d'espèce ⁵²⁸. Le cas échéant, des délais peuvent être fixés à l'Etat requérant pour prononcer une décision de confiscation, sous peine également de levée de saisie ⁵²⁹.

3.5.5 « Sharing » (partage) des valeurs confisquées

Pendant longtemps, les bénéfices illégitimes issus du trafic de drogue n'ont dans la règle pas été remis à l'Etat requérant en application de l'article 74a EIMP mais plutôt, à la suite de mesures de séquestre provisionnel prononcées dans la procédure d'entraide (ATF 107 Ib 278), confisqués par le canton concerné en application de l'article 24 de la loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (LStup ; RS 812.121). Se fondant sur une idée lancée par les USA qui a fait école, il a été convenu que, lorsqu'une affaire présente des ramifications dans plusieurs pays, le jugement global de l'affaire soit intégralement attribué aux autorités judiciaires d'un seul de ces pays; les autorités des autres Etats concernés peuvent, au moyen d'un « sharing », c'est-à-dire d'un partage, recevoir une part du produit des valeurs confisquées. Le procédé du « sharing », qui associe les bénéficiaires au succès, exerce un effet positif sur la coopération internationale. Cette manière de procéder a entre-temps trouvé une base conventionnelle à l'article 15 de la Convention sur le blanchiment ⁵³⁰.

Il manquait cependant une base légale nationale pour réglementer les conventions de partage conclues par la Suisse avec les autorités étrangères. Notamment, la question de déterminer l'autorité compétente pour négocier avec les autorités étrangères était controversée. Peu claire également était la clé de répartition entre la Confédération et les cantons des valeurs attribuées à la Suisse. La loi fédérale sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées (LVPC ; RS 312.4), entrée en vigueur le 1 août 2004, réglemente désormais la compétence et la procédure pour conclure des conventions internationales de partage, laissant toutefois aux partenaires contractuels le soin de déterminer la clé de répartition. Le partage interne entre la Confédération et les cantons se fait par contre selon une clé de répartition fixe, destinée à assurer une solution équitable et éviter les conflits d'intérêts. L'Office fédéral de la justice est l'autorité compétente tant pour la conclusion d'accords internationaux de partage que pour la répartition interne entre la Confédération et les cantons des valeurs confisquées.

La LVPC fait la différence entre deux sortes de partage international : en cas de partage international actif, les autorités suisses (fédérales ou cantonales) confisquent en application du droit suisse les produits d'activités illicites et en offrent tout ou partie à l'Etat étranger qui a apporté son aide à la procédure pénale de confiscation. Lors du partage international passif, la procédure pénale est menée par un Etat étranger et les autorités compétentes étrangères

⁵²⁸ Une durée de 10 ans a été considérée comme excessive avec la Belgique (ATF 1A.314/2005 du 6 juin 2006), de même qu'une durée de 20 ans avec les Philippines (ATF 1A.27/2006 du 21 février 2007, consid. 1).

⁵²⁹ TPF RR 2007.7-11 du 27 juin 2007, consid. 3.2 (entraide avec la Russie).

⁵³⁰ RS 0.311.53; cf. également le message du Conseil fédéral du 19.8.92 (FF 1992 VI 8).

procèdent à la confiscation des valeurs selon leur droit national. Les autorités suisses sont tenues de fournir aux autorités étrangères les moyens de preuve ou les informations nécessaires⁵³¹ ou leur transférer les valeurs d'origine illicite qui se trouvent en Suisse afin que celles-ci soient confisquées et restituées aux ayants-droit⁵³². En contrepartie, l'Etat étranger peut remettre à la Suisse pour sa collaboration une partie des biens confisqués⁵³³. La personne qui a des prétentions sur les biens en question doit les faire valoir auprès de l'autorité étrangère dans le cadre de la procédure de remise⁵³⁴. Si un partage international entre en question, la remise à l'Etat étranger requérant des biens confisqués est ordonnée sous condition de conclusion d'un accord de partage⁵³⁵. Après l'entrée en force de la décision de remise, L'Office de la justice entre en négociation avec l'Etat étranger en vue de la conclusion d'un accord de partage.

Dans l'hypothèse où des valeurs sont confisquées en Suisse dans le cadre d'une collaboration internationale, elles ne peuvent en règle générale être partagées avec un Etat étranger que si ce dernier assure la réciprocité⁵³⁶. La LVPC ne confère aux Etats étrangers aucun droit d'exiger une part des valeurs patrimoniales confisquées⁵³⁷.

L'OFJ mène les négociations avec les autorités étrangères en vue de la conclusion d'un accord de partage. Il consulte au préalable les autorités compétentes des cantons concernés ainsi que, dans les causes fédérales, le Ministère public de la Confédération ou l'autorité administrative fédérale compétente et informe la direction compétente du Département fédéral des affaires étrangères⁵³⁸. L'accord de partage fixe les modalités du partage et la clé de répartition. En règle générale, les valeurs sont partagées à parts égales entre la Suisse et l'Etat étranger⁵³⁹. L'OFJ conclut l'accord de partage. Lorsque le montant brut des valeurs patrimoniales confisquées ou à confisquer dépasse 10 millions de francs, il requiert l'approbation du Département fédéral de justice et police, qui consulte au préalable le Département fédéral des finances. Lorsque les autorités suisses sont compétentes pour confisquer les valeurs patrimoniales, l'office doit obtenir au préalable l'accord des autorités cantonales ou fédérales concernées. En cas de différend, le Conseil fédéral tranche définitivement⁵⁴⁰. La part revenant à la Suisse en vertu de l'accord de partage est répartie entre la Confédération et les cantons⁵⁴¹.

Etant donné que les prétentions que peuvent faire valoir les ayants-droits ou les victimes éventuelles sur les valeurs confisquées en application des art. 70ss. CP sont déjà tranchées dans la procédure pénale, respectivement d'entraide judiciaire en vue de leur remise à une autorité étrangère en application de l'article 74a EIMP, seuls des Etats sont parties aux négociations et à la conclusion d'un accord international de partage.

De 1992 jusqu'à l'entrée en vigueur de la LVPC, la Suisse a procédé à un partage de valeurs confisquées avec un Etat étranger à environ 50 occasions pour un montant total de plus de 300 millions USD, cela pratiquement exclusivement avec les Etats-Unis d'Amérique. Dans la plupart de ces cas, le partage entre Etats s'est fait par moitié et les valeurs ont été

531 Par le biais de l'art. 67a EIMP

532 Art. 59 et 74a EIMP

533 Message LVPC du 24.10.2001, FF 2002 442

534 Art. 74a al. 4 et 5 EIMP

535 Art. 74a al. 7 EIMP

536 Art. 11 al. 2 LVPC

537 Art. 11 al. 3 LVPC

538 Art. 12 al. 2 LVPC

539 Art. 12 al. 3 LVPC

540 Art. 13 LVPC

541 Art. 15 LVPC

confisquées par les Etats-Unis d'Amérique. Depuis l'entrée en vigueur de la LVPC au 1er août 2004, la Suisse a passé des conventions de partage pour plus de 60 millions de francs suisses avec le Japon, le Canada, le Liechtenstein et le Pakistan.

3.6 Nouveaux instruments de coopération

3.6.1 Spécificités procédurales communes

La mise en application des nouveaux instruments de coopération contenus dans le PAII CEEJ et d'autres conventions ou traités bilatéraux (chiffres 3.6.2 à 3.6.5 p. 66ss) pré-suppose en partie que les actes d'entraide soient effectués de manière secrète et que leur résultats puissent être transmis et utilisés en temps réel. Dans l'hypothèse où de telles demandes sont soumises à la Suisse, cette exigence entre en **conflit avec la procédure d'entraide**, dans la mesure où celle-ci stipule que des renseignements concernant le domaine secret ne peuvent être transmis qu'en cas d'accord de la personne concernée ou après l'entrée en force de la décision de clôture la concernant (art. 80c, -d und -l EIMP). L'OFJ est d'avis que ce conflit doit être résolu en faveur de la coopération. Conformément au principe de la proportionnalité, l'atteinte aux droits des parties se doit d'être la moins incisive possible. La marche à suivre dans cette hypothèse, esquissée plus loin, suit la pratique qui est en train de s'établir en matière de LSCPT. Au plan juridique, elle peut trouver son fondement dans le principe de la prééminence du droit international et sur l'art. 80b EIMP, disposition qui permet de restreindre le droit des parties de participer à la procédure et de consulter le dossier, dans l'intérêt de la procédure étrangère ou à cause de la nature de la mesure à prendre ⁵⁴².

En pratique, les actes d'entraide effectués en Suisse ne doivent rester confidentiels que pendant la durée de la procédure d'enquête étrangère. En conséquence, les informations recueillies en Suisse peuvent être transmises directement à l'Etat requérant à la condition que ce dernier s'engage à ne les utiliser comme moyens de preuve ⁵⁴³ qu'après l'issue positive et exécutoire de la procédure d'entraide suisse. Cet engagement doit être donné avant l'exécution de la demande ⁵⁴⁴. La même règle vaut pour d'autres limitations (ex. restrictions d'utilisation) posées par le droit de procédure suisse ⁵⁴⁵. Si une mesure est soumise à une procédure d'autorisation en vertu du droit suisse ⁵⁴⁶, cette procédure doit être respectée ⁵⁴⁷. Le pouvoir d'examen de l'autorité chargée de statuer sur l'autorisation se limite à la question de déterminer si la mesure en question serait octroyée dans une procédure suisse analogue ⁵⁴⁸. Dans la mesure du possible et par principe, l'autorité requise procédera à un tri des informations qu'elle a recueillies avant de les remettre à l'Etat requérant ⁵⁴⁹. Le caractère

⁵⁴² En ce qui concerne la LCPT cf. également l'art. 18 al. 2 EIMP.

⁵⁴³ C'est-à-dire devant un tribunal de jugement; une utilisation devant un tribunal des mesures de contrainte doit par contre rester admissible.

⁵⁴⁴ Comme en cas de présence lors de l'exécution de la demande de personnes participant à la procédure étrangère (cf. point ch. 3.4.2, p. 55 ci-dessus). Cette précaution est à même d'éviter les malentendus et faciliter le respect effectif des conditions posées.

⁵⁴⁵ Par ex. par la LSCPT.

⁵⁴⁶ Art. 12 al. 1 deuxième phrase EIMP.

⁵⁴⁷ Les procédures d'autorisation ne doivent pas être confondues avec les procédures de recours, qui sont réglées de manière exhaustive dans l'EIMP (cf. point 3.3.3, p. 50. ci-dessus).

⁵⁴⁸ ATF 132 II 6 consid.2. Ainsi un "grave" soupçon au sens de l'art. 3 al. 1 lit.a LSCPT ne doit être apprécié que sur la base de la description de l'état de fait contenu dans la commission rogatoire. Contrairement à une procédure interne, des preuves ne doivent pas être présentées.

⁵⁴⁹ S'agissant du tri des pièces, cf. point 2.6.4.2, p. 29ci-dessus.

confidentiel de la procédure ne vaut naturellement pas à l'égard de l'OFJ, qui doit recevoir sans attendre toutes les décisions rendues ⁵⁵⁰.

Au vu de ce qui précède, **la procédure** se déroulera comme suit:

- a) examen préliminaire et délégation de l'exécution par l'OFJ;
- b) décision (d'entrée en matière et) incidente de l'autorité d'exécution. A côté de son contenu habituel, elle contient également:
 - quelques considérations sur les étapes futures de la procédure, réservant en particulier la procédure d'autorisation,
 - les conditions mises à l'exécution de la demande, avec la mention que les assurances correspondantes devront être fournies par l'autorité requérante avant l'exécution,
 - mention du caractère confidentiel par rapport aux personnes concernées au sens de l'art. 80h lit.b EIMP.
- c) notification immédiate de la décision incidente au seul OFJ, en cas d'urgence accompagné de l'invitation faite à l'OFJ d'indiquer si il entend faire usage de son droit de recours;
- d) éventuelle procédure d'autorisation (possible même avant l'entrée en force de la décision incidente);
- e) obtention des assurances de la part de l'Etat requérant (possible même avant l'entrée en force de la décision incidente);
- f) exécution des mesures requises avec tri des pièces et transmission aux fins d'enquête;
- g) éventuelle communication des mesures de surveillance (cf. p. ex art. 10 al. 2 LSCPT) aux personnes concernées en application du droit de procédure, dès que la procédure étrangère le permet;
- h) octroi du droit d'être entendu aux personnes concernées (art. 80h lit.b EIMP) ⁵⁵¹ dès que la procédure étrangère le permet. Ensuite rédaction et notification ⁵⁵² de l'ordonnance de clôture ⁵⁵³;
- i) après l'entrée en force de la décision de clôture, communication des résultats à l'autorité requérante.

3.6.2 Audition par vidéoconférence (et par conférence téléphonique)

Par principe, ni le témoin ni l'inculpé n'ont l'obligation de donner suite à une citation tendant à leur audition à l'étranger ⁵⁵⁴. Selon l'EIMP et la CEEJ, ils ne peuvent être entendus que par la voie de l'entraide judiciaire, c'est-à-dire par l'autorité requise et en application du droit de procédure de l'Etat requis. Les personnes qui participent à la procédure à l'étranger peuvent certes être présentes aux auditions, mais ils doivent se comporter de manière passive ⁵⁵⁵.

⁵⁵⁰ Art. 5 OEIMP. L'OFJ a qualité pour recourir (art. 25 al. 3 et 80h lit. a EIMP). La décision incidente par laquelle des renseignements concernant le domaine secret sont transmis de manière anticipée à des fins d'enquête est attaquant séparément (art.80e al. 2 et 80l EIMP).

⁵⁵¹ Obligatoire uniquement si la personne concernées est domicilié en Suisse ou a élu domicile en Suisse (art. 80m EIMP).

⁵⁵² Art. 80m EIMP.

⁵⁵³ Art.80d EIMP.

⁵⁵⁴ Cf. en particulier l'art.8 et 11 chiffre 1 lit.a CEEJ, art. 69 al. 1 EIMP.

⁵⁵⁵ Cf. point 3.4.2, p. 55

Toutefois, en application de conventions et traités bilatéraux récents ⁵⁵⁶, l'autorité requérante peut, au moyen d'une audition par vidéo ou par une conférence téléphonique, procéder elle-même à l'audition de témoins ou de prévenus et cela en application de son propre droit de procédure. Dès qu'une liaison vidéo est mise en place, les témoins, mais non les personnes poursuivies, peuvent être forcés de participer à l'audition. En contrepartie, il est toutefois prévu, entre autres, que l'application du droit étranger ne doit pas être contraire aux principes fondamentaux de l'ordre juridique de l'Etat requis et que le témoin peut se prévaloir des motifs de refuser de témoigner prévu par le droit de cet Etat. L'audition effectuée par vidéoconférence est soumise à la surveillance d'un représentant de l'autorité (judiciaire) requise. Il peut être renoncé à cette surveillance en cas d'audition par conférence téléphonique à laquelle un témoin prend part volontairement. Le procès-verbal sera mené avant tout par l'autorité requérante; l'autorité requise ne prendra note que de certains éléments tels que l'identité de la personne entendue et des personnes présentes ⁵⁵⁷. Les frais liés à l'audition, en particulier à l'établissement et la mise à disposition de la liaison vidéo et d'éventuels interprètes, sont par exception à la règle de la gratuité de l'entraide, à la charge de l'autorité requérante ⁵⁵⁸.

Dans la mesure où la conduite de la procédure est laissée pour l'essentiel à l'autorité requérante, l'audition par conférence vidéo ou téléphonique sort du cadre tracé par l'EIMP. On ne peut en particulier pas la considérer comme une variante de la présence de personnes qui participent à la procédure à l'étranger au sens de l'art. 65a EIMP. De ce fait, ce type d'audition doit être expressément prévu par le droit conventionnel comme c'est le cas par exemple avec le PAII CEEJ ⁵⁵⁹. C'est d'ailleurs en raison de la conduite de la procédure par l'autorité requérante et de la contrainte qui peut être exercée sur le témoin que le PAII CEEJ a été soumis au référendum facultatif ⁵⁶⁰.

La tenue d'une audition par conférence vidéo ou téléphonique, effectuée en exécution d'une demande étrangère en vertu d'une disposition conventionnelle, implique - comme dans le cas de mesures d'enquête confidentielles - certains empiètements sur la procédure d'entraide ⁵⁶¹. La prise d'un procès-verbal par l'autorité requérante et l'utilisation immédiate des informations qu'il contient ne sont possibles que si la procédure d'entraide en Suisse précède l'exécution, c'est-à-dire l'audition.

Selon l'OFJ, cela se justifie aux conditions cumulatives suivantes:

- dans la mesure où le domaine secret est concerné et qu'il n'y a pas péril en la demeure, l'autorité requérante doit être un tribunal de jugement;
- si le domaine secret est concerné, la documentation correspondante doit avoir été remise auparavant par la voie de l'entraide;
- les personnes concernées- en principe, mais pas nécessairement, les personnes auditionnées - doivent être déterminées;
- l'objet de l'audition doit être clairement défini dans la demande d'entraide;
- l'autorité requérante doit expressément s'engager à se tenir à l'objet de l'audition.

⁵⁵⁶ (p. ex art. 9 et 10 PAII et art. VI AC-CEEJ avec l'Italie ainsi que l'article 22 du Traité entre la Suisse et les Philippines du 1.12.2005 / RS 0.351.964.5).

⁵⁵⁷ Art. 9 chiffre 5 lit. c resp. art. 9 chiffre 6 PAII.

⁵⁵⁸ Art. 5 al. 2 PAII.

⁵⁵⁹ ATF 131 II 132 consid.2.2 et 2.3.

⁵⁶⁰ Message PAII / FF 2003 2873ss point 6.

⁵⁶¹ Cf. chiffre 3.6.1, p. 65 en particulier quant à l'admissibilité de ces empiètements.

Le droit d'être entendu de la personne concernée doit être respecté avant qu'une telle "ordonnance de clôture directe" soit rendue.

Dans l'hypothèse où ces conditions ne sont pas réunies, il y a lieu d'examiner si l'autorité requérante accepte - comme en cas de présence au titre de l'art. 65a EIMP et malgré le fait qu'elle a la maîtrise de la procédure d'audition - de renoncer à toute annotation, notamment la prise d'un procès-verbal, et de s'engager à ne pas utiliser les informations obtenues avant que la procédure d'entraide soit terminée. Dans ce cas, l'audition peut être ordonnée par le biais d'une décision incidente et la décision de clôture peut être rendue après cette audition. Vu que la maîtrise de la procédure d'audition est entre les mains de l'autorité étrangère, la décision incidente sera, de l'avis de l'OFJ et contrairement aux cas de "présence" de l'art. 65a EIMP ⁵⁶², **toujours** susceptible de recours et comme telle, notifiée aux personnes concernées.

Si aucun de ces deux modes de faire ne sont possibles, il y a lieu de refuser l'entraide comme contraire "aux principes fondamentaux du droit suisse" au sens de l'art. 9 al. 2 PAII CEEJ.

Le Ministère public de la Confédération dispose à Berne, Zürich, Lausanne et Lugano de salles de vidéoconférence modernes qui peuvent être mises à disposition des autorités de poursuite cantonales.

3.6.3 Contrôle téléphonique et autres mesures de surveillance technique

La surveillance des télécommunications fait l'objet de l'article 20 de l'UNTOC, qui renvoie toutefois aux conditions du droit national; la Convention sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001 (CCC), signée mais non encore ratifiée par la Suisse, posera quand à elle l'obligation de coopérer dans la surveillance en temps réel des données relatives au trafic.

L'art. 18a al. 2 EIMP permet de donner suite à une demande d'entraide tendant à la surveillance de la correspondance par poste et communication. Les conditions et la procédure sont fixées par la LSCPT. Comme évoqué au point 3.6.1 ci-dessus, l'exécution de mesures de surveillance (en particulier en temps réel, qui par nature doit demeurer secrète) entre en conflit avec les normes de l'EIMP. Par ailleurs, le renvoi à la procédure prévue par la LSCPT entraîne que l'autorité suisse doit veiller au respect des procédures de recours instituées par cette loi. La coordination des deux procédures peut s'avérer délicate.

En pratique, il y a lieu de suivre la procédure exposée au point 3.6.1. L'autorité suisse exécutant une demande qui implique des mesures de surveillance devra, après être entrée en matière, obtenir les éventuelles autorisations nécessaires au sens des art. 7 ou 9 ⁵⁶³ LSCPT. Une fois en possession des informations, elle doit procéder à leur tri. Il n'y a pas lieu de se montrer trop strict dans le tri, les personnes surveillées étant susceptibles d'user d'une langue ou d'un dialecte inconnu de l'autorité d'exécution ou d'avoir recours à des mots clés. Seules doivent être impérativement écartées à ce stade les informations relatives au secret professionnel. La transmission des informations peut avoir lieu sans que la personne concernée n'en soit avertie, si la protection de l'enquête étrangère l'impose. Dans ce cas, l'autorité suisse doit avoir la garantie que ces informations ne seront pas utilisées à titre de preuve avant que la procédure d'entraide ne soit clôturée et que l'autorité étrangère retirera

⁵⁶² Pour les possibilités limitées de recourir contre cette présence cf. article 80e al. 2 lit. b EIMP et chiffre 3.4.2.

⁵⁶³ Notamment si l'autorité étrangère demande accès à des résultats d'écoutes figurant dans un dossier pénal suisse. La jurisprudence selon laquelle la personne concernée par les écoutes n'a pas qualité pour s'y opposer (ATF 1A.154/2003 du 25.09.2003) concerne des mesures de surveillance effectuées avant l'entrée en vigueur de la LSCPT ; elles échappent donc au strict régime d'utilisation imposé par cette loi.

ces informations de son dossier si un recours est admis. Comme rappelé au point 3.6.1, l'OFJ doit recevoir notification préalable de toute décision relative à la transmission des informations à l'étranger, afin de pouvoir recourir ou renoncer à recourir contre cette décision.

A l'issue de la procédure à l'étranger, il y aura lieu de procéder aux notifications imposées par la LSCPT, cette notification pouvant être omise aux conditions de l'art. 10 al. 3 LSCPT. Les notifications nécessaires au sens de la LSCPT hors de Suisse doivent être effectuées par l'autorité étrangère : la procédure d'entraide étant de nature administrative, les autorités suisses ne disposent d'aucune base légale permettant de requérir l'entraide de pays tiers à des fins de notification.

Une fois les notifications prévues par la LSCPT accomplies, l'autorité suisse rend une décision de clôture confirmant l'octroi de l'entraide et son étendue ou, en cas de recours admis contre les ordres de surveillance, refusant l'entraide. L'OFJ est habilité à recourir contre une telle décision de refus de l'entraide ⁵⁶⁴. Le recours portera tant sur la décision de clôture que sur les décisions incidentes antérieures relatives à l'exécution de la demande, dont les décisions LSCPT font partie ⁵⁶⁵. Cette voie de recours est nécessaire à veiller à l'unité du droit suisse mais également, dès que la Convention sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001 (CCC) sera en vigueur, au respect des engagements internationaux de la Suisse en la matière.

Outre l'OFJ, la décision de clôture sera notifiée à la seule personne personnellement et directement touchée par la mesure de surveillance, soit le titulaire formel du raccordement surveillé ⁵⁶⁶. Aucune notification au titulaire n'est nécessaire lorsque celui-ci ne réside pas en Suisse ou est inconnu. La notification doit également être omise lorsque l'autorité d'exécution obtient une dispense de notification au sens de l'art. 10 al. 3 LSCPT.

En Suisse, les mesures de surveillance sont extrêmement coûteuses. L'autorité d'exécution doit donc attirer l'attention de l'autorité requérante sur les frais encourus par l'exécution de la demande. Ces frais pourront être supportés par l'autorité requérante, si elle l'accepte ou si elle y est contractuellement obligée ⁵⁶⁷. A défaut, l'autorité d'exécution devra prendre en charge ces frais ⁵⁶⁸.

Les principes exposés ci-dessus sont applicables **mutatis mutandis** aux autres mesures de surveillance impliquant l'emploi de moyens techniques de surveillance pour lesquelles le droit de procédure applicable renvoie aux conditions de la LSCPT.

Les mesures techniques de surveillance liées à des véhicules ⁵⁶⁹ posent des problèmes particuliers. D'une part, l'autorité étrangère n'est pas maître des déplacements du véhicule en question, qui peut traverser le territoire suisse sans qu'elle en soit préalablement informée ⁵⁷⁰. D'autre part, les cantons et la Confédération ont à ce propos des pratiques très différentes, ne nécessitant pas obligatoirement le recours aux mécanismes de la LSCPT. Finalement, les autorités suisses n'ont aucun contrôle sur les données ainsi récoltées, celles-ci

⁵⁶⁴ Art. 80h EIMP.

⁵⁶⁵ Au même titre que les autres décisions rendues au cours de la procédure d'exécution, comme celles relatives aux scellés (ATF 126 II 495 consid.5e dd).

⁵⁶⁶ Par analogie avec ce qui prévaut en matière de documents bancaires, il n'y a pas lieu de protéger celui qui utilise le raccordement inscrit au nom d'un tiers.

⁵⁶⁷ Art. 5 PAII, par exemple.

⁵⁶⁸ Dans ce cas, l'OFJ doit en être informé, afin de pouvoir se prévaloir de la réciprocité lors de l'exécution de demandes suisses analogues dans l'Etat en question.

⁵⁶⁹ Par exemple la pose de GPS ou de dispositifs d'écoute sur le véhicule de suspects.

⁵⁷⁰ En pratique, le passage de la frontière précède généralement la demande d'entraide, celle-ci se bornant alors à demander aux autorités suisses de ratifier les données obtenues.

étant transmises aux autorités étrangères sans intermédiation possible des autorités suisses. L'exécution d'une telle requête revient donc plus à souffrir qu'un acte d'instruction soit accompli sur territoire suisse qu'à procéder à son exécution. A l'heure actuelle, la solution la plus favorable consiste à désigner comme canton directeur une autorité cantonale qui ne connaît pas la nécessité d'obtenir une autorisation de surveillance ⁵⁷¹.

3.6.4 Enquête discrète

La loi fédérale sur l'investigation secrète (LFIS ⁵⁷²) et l'EIMP ne réglementent pas expressément l'engagement d'agents infiltrés par le biais de l'entraide judiciaire. Ce mode de coopération est toutefois admissible dans le cadre d'un traité comme le PAII CEEJ ⁵⁷³. Son article 19 prévoit que les parties "peuvent convenir de s'entraider pour la réalisation d'enquêtes pénales menées par des agents intervenant en secret ou sous une identité fictive". Un agent infiltré ne doit plus limiter son action aux frontières nationales mais doit avoir la possibilité, dans le cadre d'un engagement défini, d'enquêter à l'étranger. Sauf pour ce qui a trait à la responsabilité pénale et civile, expressément réglementées aux art. 21ss. PAII CEEJ, cet engagement doit faire l'objet d'un accord. Pour ce faire, on doit se reporter au droit interne des deux Etats. La décision sur la demande et son exécution sont elles prises conformément au droit de l'Etat requis.

De ce fait, la LFIS trouve application pour examiner et exécuter les demandes correspondantes adressées à la Suisse. Parmi les exigences de cette loi citons la liste d'infractions, le fait que seul un enquêteur entre en ligne de compte, lequel doit être engagé au moins à titre provisoire pour exercer une fonction de police, ne reçoit pas de prime au mérite pour son activité, doit limiter son intervention à la concrétisation d'une décision déjà existante de passer à l'acte. Parmi les dispositions d'exécution de la LFIS, on citera, outre la procédure d'autorisation, le fait que l'agent infiltré doit faire des rapports réguliers et complets à la personne (étrangère) de contact. Finalement, il y a lieu d'informer l'accusé avant la fin de l'instruction ou après le classement de la procédure, du fait qu'il a fait l'objet d'une investigation secrète.

Les rapports de l'agent infiltré qui a reçu, sur la base d'une demande d'entraide, l'autorisation d'enquêter en Suisse, doivent également être adressés en copie à l'autorité suisse compétente pour l'exécution de la demande d'entraide. La procédure EIMP doit, - comme décrit plus précisément sous chiffre 3.5.7- autant que possible être respectée lors d'investigations secrètes. Cela implique que la maîtrise de la procédure ne doit, dans la mesure du possible, pas être abandonnée, l'autorité suisse devant être au moins informée sur le cours de l'investigation. Par respect de la procédure de l'EIMP, il y a lieu, au moyen de conditions mises à l'entraide, d'interdire une utilisation des rapports comme moyens de preuve avant que la procédure d'entraide soit terminée. Sur le plan procédural, il est évident que l'autorité d'exécution doit aller obtenir une autorisation judiciaire conformément à la LFIS. L'accord passé avec l'Etat requérant concrétise le contenu de la demande d'entraide et son exécution. Par la suite, l'objet de la demande d'entraide doit être transposé sous la forme d'une décision incidente laquelle - comme toute décision- doit être immédiatement notifiée à l'OFJ. Les décisions rendues doivent être notifiées aux personnes concernées au sens de l'article 80h lit.b EIMP, sauf si elles n'ont pas de domicile ou de siège en Suisse. La communication à l'inculpé au sens de la LFIS se fait, selon nous, pas en application de l'EIMP de sorte

⁵⁷¹ Cette hypothèse deviendra caduque avec l'entrée en force du nouveau code de procédure pénal, qui rend nécessaire l'obtention d'une autorisation de surveillance (art. 280 CPP).

⁵⁷² RS 312.8.

⁵⁷³ ATF 132 II 1 consid.3. On ne sait pas si le "rapport particulier de confiance" avec l'Etat requérant est une condition préalable cumulative ou alternative.

qu'elle doit être entreprise indépendamment du domicile ou du siège. Il paraît admissible, toutefois, de laisser l'autorité requérante faire ce travail ⁵⁷⁴.

3.6.5 Equipes communes d'enquête

Cette forme de coopération a été créée dans le but d'accroître l'efficacité de la lutte contre le crime organisé et le crime transfrontalier et pour répondre aux exigences nouvelles de la coopération judiciaire. Une base légale a été créée à l'art. 20 PAII CEEJ ⁵⁷⁵, à l'art. XXI accord additionnel/CEEJ avec l'Italie ⁵⁷⁶, ainsi qu'à l'art. 19 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée ⁵⁷⁷.

L'art. 20 PAII CEEJ fixe les conditions pour la création des équipes communes et la manière dont elles doivent s'acquitter de leur tâche. La création d'une équipe commune présuppose l'ouverture préalable d'une procédure pénale dans au moins un des Etats concernés et doit toujours reposer sur une demande d'entraide judiciaire présentée par un de ces Etats ⁵⁷⁸. La demande d'entraide et l'accord de constitution (non encore signé) doivent faire l'objet d'une décision incidente, qui doit être immédiatement notifiée à l'OFJ.

Les autorités compétentes des Etats concernés se mettent d'accord sur l'objectif, la durée de la mission et sur la composition de l'équipe. Dans l'accord doivent figurer les noms des personnes qui composent l'équipe ⁵⁷⁹, ainsi que les dispositions sur les frais et les indemnités journalières à verser aux membres de l'équipe. L'équipe d'enquête et ses membres détachés interviennent sous la responsabilité d'un représentant de l'autorité compétente de l'Etat partie sur le territoire duquel l'équipe intervient ⁵⁸⁰, lequel agit dans les limites que lui fixe son droit national ⁵⁸¹. L'équipe est tenue de respecter pleinement le droit de l'Etat dans lequel elle intervient et le responsable donne des instructions aux autres membres de l'équipe, qui les exécutent en tenant compte des conditions fixées dans l'accord relatif à la création de l'équipe ⁵⁸². Les membres détachés sont autorisés à être présents lorsque des mesures d'enquête sont prises dans l'Etat d'intervention, le responsable de l'équipe pouvant

⁵⁷⁴ Cf. point 3.6.1, p. 65 pour plus de détails sur la procédure et le fondement juridique.

⁵⁷⁵ RS 0.351.12, qui reprend presque entièrement l'art. 13 de la Convention de l'UE (Rapport explicatif du deuxième Protocole additionnel à la CEEJ, ch. 156).

⁵⁷⁶ RS 0.351.945.41. L'art. XXI AC-I/CEEJ, chronologiquement antérieur au PAII, ne fixe pas de façon exhaustive les critères de cette forme de coopération. L'approche pratique à cette disposition a, par conséquent, tout intérêt à s'inspirer des textes internationaux régissant la matière. Cette disposition prévoit que, après information préalable des autorités centrales (pour l'Italie le Ministère de la justice, pour la Suisse l'OFJ) les autorités judiciaires peuvent travailler conjointement au sein de groupes communs d'enquête (Cf. TPF RR.2008.277 du 1^{er} mars 2010 pour un cas d'application).

⁵⁷⁷ RS 0.311.54. Cette disposition ne fixe pas non plus les critères de cette forme de coopération. Cf. également l'art. 20 de l'Accord entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne relatif à la coopération transfrontalière en matière policière et judiciaire (RS 0.360.136.1), l'art. 13 de l'Accord entre la Confédération suisse, la République d'Autriche et la Principauté de Liechtenstein concernant la coopération transfrontalière des autorités compétentes en matière de sécurité et de douane (RS 0.360.163.1), ainsi que l'Accord entre le Département fédéral de justice et police et le Ministère de la Justice des Etats-Unis d'Amérique, agissant pour le compte des autorités compétentes de poursuite pénale de la Confédération suisse et des Etats-Unis d'Amérique concernant la constitution d'équipes communes d'enquête pour lutter contre le terrorisme et son financement (0.362.336.1).

⁵⁷⁸ Message du Conseil fédéral du 26 mars 2003 relatif au Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (FF 2002 2873, 2897).

⁵⁷⁹ C'est-à-dire des agents des services de police, des procureurs, des juges ou d'autres personnes.

⁵⁸⁰ Cela signifie, en particulier, que la responsabilité de l'équipe peut changer, selon l'objectif spécifique, si l'équipe effectue des enquêtes dans plusieurs pays.

⁵⁸¹ Art. 20 par. 3 let. a PAII.

⁵⁸² Art. 20 par. 3 let. b PAII.

toutefois, pour des raisons particulières⁵⁸³, en décider autrement, dans le respect du droit de l'Etat sur le territoire duquel l'équipe intervient⁵⁸⁴. Les membres détachés peuvent exécuter des mesures d'enquête dans l'Etat d'intervention, conformément au droit national de ce dernier, sur instruction du responsable de l'équipe et avec le consentement des autorités compétentes de l'Etat d'intervention et de l'Etat qui a procédé au détachement⁵⁸⁵. En outre, les membres détachés auprès de l'équipe peuvent demander à leur Etat de prendre des mesures que l'équipe commune juge nécessaires. Ces mesures seront considérées par cet Etat comme si la demande avait été faite conformément aux conditions qui prévalent pour une enquête nationale⁵⁸⁶. Dans ce cas, l'Etat d'intervention n'a pas besoin de présenter une demande d'entraide, ce qui constitue l'un des aspects les plus novateurs de cet article⁵⁸⁷.

L'art. 20 par. 10 PAII CEEJ règle l'utilisation limitée qui peut être faite des informations obtenues par les membres et les membres détachés dans le cadre de leur participation à l'équipe d'enquête commune. Dans l'hypothèse où l'enquête commune a comme conséquence de donner accès aux autorités étrangères à des moyens de preuve ou à des informations acquises au dossier suisse dans le cadre d'enquêtes nationales, la procédure sera analogue à celle prévue dans le cadre de la transmission spontanée de moyens de preuve et d'informations, dont il est question à l'article 67a EIMP⁵⁸⁸.

Dans certains cas la divulgation précoce de l'enquête pénale peut être susceptible de la mettre en danger⁵⁸⁹. En pareilles situations il est nécessaire de préserver la confidentialité de la demande d'entraide judiciaire et de limiter la consultation des pièces et la participation à la procédure, ceci étant d'ailleurs admis par l'art. 80b al. 2 EIMP, ainsi que par l'art. V par. 6 accord additionnel/CEEJ avec l'Italie⁵⁹⁰.

3.7 Frais de l'entraide judiciaire

En principe, les Etats fournissent l'entraide judiciaire gratuitement, à l'exception toutefois des frais de rémunération des experts, de la remise d'objet ou de valeurs en vue de leur restitution aux ayants droit⁵⁹¹. Lorsqu'il n'existe pas de traité international, les autorités suisses peuvent porter en compte leur activité si l'Etat requérant n'accorde pas l'entraide gratuite à la Suisse: les autorités suisses peuvent alors demander à l'Etat requérant le remboursement de tous les frais occasionnés par l'exécution de la demande⁵⁹². Les frais inférieurs à fr. 200.- au total ne sont en aucun cas facturés⁵⁹³.

⁵⁸³ Selon le [Rapport explicatif au PAII](#), ch. 164, l'expression «raisons particulières» n'a pas été définie, mais elle peut être interprétée comme incluant, par exemple, des cas où il s'agit de recueillir des témoignages dans des affaires concernant des crimes sexuels, en particulier lorsque les victimes sont des enfants. Dans certains cas, des raisons d'ordre opérationnel peuvent fonder de telles décisions. L'interdiction faite à un membre détaché d'être présent ne peut pas être fondée sur le seul fait qu'il s'agit d'un étranger.

⁵⁸⁴ Art. 20 par. 5 PAII.

⁵⁸⁵ Art. 20 par. 6 PAII.

⁵⁸⁶ Art. 20 par. 7 PAII.

⁵⁸⁷ [Rapport explicatif au PAII](#), ch. 166.

⁵⁸⁸ Ainsi qu'à l'art. V par. 6 AC-I/CEEJ.

⁵⁸⁹ Cela peut notamment se produire dans les enquêtes en matière de crime organisé ou lorsque le dévoilement précoce de l'enquête peut comporter le risque de dissimulation du produit de l'infraction (blanchiment d'argent), de collusion, de destruction de preuves, d'intimidation ou menace de témoins.

⁵⁹⁰ Cf. sur ce point chiffre 3.6.1, p. 65

⁵⁹¹ Art. 31 et 80q EIMP, art. 20 CEEJ ou art. 5 PAII, art. 34 TEJUS

⁵⁹² Art. 12 OEIMP

⁵⁹³ Art. 12 al. 3 EIMP

La répartition des frais entre la Confédération et les cantons repose sur le principe que ces autorités ne se facturent mutuellement aucun débours ni indemnité ⁵⁹⁴. Si la Confédération exécute une demande d'entraide en lieu et place d'un canton pour le seul motif que celui-ci n'a pas rendu sa décision dans le délai requis, les frais sont supportés par le canton concerné ⁵⁹⁵.

Par principe, les ayants droit reçoivent sans frais les décisions d'entrée en matière, incidente et de clôture. Ce n'est qu'en cas d'intervention constitutive d'abus de droit ou de quérulence que des frais pourront être demandés ⁵⁹⁶. L'EIMP ne donnant pas d'indication, les cantons appliquent dans ce cas chacun leur tarif; la Confédération se fonde sur l'Ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative (RS 172.041.0).

⁵⁹⁴ Art. 13 OEIMP

⁵⁹⁵ Art. 13 al. 1bis OEIMP

⁵⁹⁶ TPF RR 2008.243 consid. 5.1 et jurisprudence citée.

4 Notification d'actes judiciaires

4.1 Voie de transmission, forme de la notification et prescriptions de forme

La notification d'actes judiciaires est un acte formel de la juridiction et, de ce fait, un acte officiel. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral⁵⁹⁷, il ne s'agit pas d'une réglementation obligatoire et contraignante d'une relation juridique concrète de droit administratif et cet acte ne porte aucune atteinte aux droits du destinataire de la notification. La notification ordonnée par les autorités suisses requises en faveur d'un Etat étranger n'est par conséquent pas une décision et ne peut pas faire l'objet d'un recours. La notification peut être effectuée de différentes manières. L'ensemble des possibilités existantes ne sont pas admissibles dans chaque cas. Sur les pages de pays du Guide de l'entraide, l'OFJ conseille chaque fois d'utiliser la plus simple des formes qui suivent (principe de faveur). De plus, chaque page de pays mentionne également les voies de transmission alternatives, les bases juridiques en vigueur, des informations pratiques, les conditions relatives à la traduction ainsi qu'à la légalisation et d'autres particularités éventuelles de même que les formulaires nécessaires et les adresses, respectivement les liens permettant de déterminer l'autorité étrangère compétente à raison du lieu⁵⁹⁸. Aucun frais n'est perçu pour les notifications faites en Suisse. Les notifications faites à l'étranger se font la plupart du temps sans frais, dans la mesure où aucune remarque sur ce point ne figure dans la rubrique " Avertissement".

4.1.1 Notification directe par voie postale au destinataire

L'envoi direct par la poste constitue un acte officiel⁵⁹⁹ et n'est admis que s'il est prévu dans un traité international,⁶⁰⁰ lorsque l'Etat de réception l'exige de manière explicite ou l'autorise (de manière unilatérale) ou encore si le Conseil fédéral l'autorise⁶⁰¹. Le Conseil fédéral a usé de cette compétence⁶⁰² pour l'ensemble des notifications (à l'exception des citations à comparaître) destinées à des personnes qui ne font pas elles-mêmes l'objet de la procédure pénale étrangère. Les actes de nature pénale qui concernent les contraventions à des prescriptions sur la circulation routière peuvent être notifiés directement par la poste à leur destinataire en Suisse⁶⁰³. Les actes de procédure et les décisions judiciaires transmises directe-

⁵⁹⁷ ATF non publiés du 9.9.93 et du 1.3.96.

⁵⁹⁸ <http://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/rechtshilfefuehrer/laenderindex.html>

⁵⁹⁹ Art. 271 CP pour les autorités étrangères en Suisse resp. art. 299 CP pour les autorités suisses à l'étranger.

⁶⁰⁰ Art. 16 PAII (0.351.12) Art. 52 CAAS (ce texte n'est pas publié au RS. Il est accessible à l'adresse suivante: <http://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/strafrecht/rechtsgrundlagen/multilateral/sdue.html>), art.28 AAF / RS 0.351.926.81) et avant cela accords bilatéraux complémentaires à la CEEJ avec la France (art. X; RS 0.351.934.92), l'Italie (art. XII; RS 0.351.945.41), l'Allemagne (art. IIIA; RS 0.351.913.61 et l'Autriche (art. IX, RS 0351.916.32 en relation avec article 32 de l'Accord du 27 avril 1999 entre la Confédération suisse, la République d'Autriche et la Principauté de Liechtenstein concernant la coopération transfrontalière des autorités compétentes en matière de sécurité et de douane, RS 0.360.163.1).

⁶⁰¹ Art. 68 al. 2 EIMP.

⁶⁰² Art. 30 OEIMP.

⁶⁰³ A l'étranger également, des règles spéciales de notification peuvent s'appliquer pour les infractions routières. Les détails sont mentionnés sur les pages de pays correspondantes du Guide de l'entraide.

ment sont accompagnés d'une note indiquant que le destinataire peut obtenir de l'autorité expéditrice des informations sur ses droits et obligations concernant la remise des pièces ⁶⁰⁴.

Marche à suivre dans la pratique: Il revient à l'autorité requérante d'opter pour la notification par la voie postale ordinaire, Recommandé, Recommandé + AR (accusé de réception) ou de recourir à une société concessionnaire (DHL, FEDEX etc.). L'utilisation de la contrainte est exclue. Si la notification échoue de cette façon, il y a lieu de procéder selon les indications contenues aux points 4.1.2 ou 4.1.3 ci-après.

4.1.2 Notification par la voie de l'entraide judiciaire

Le mode selon lequel l'autorité requérante fait parvenir des documents à l'autorité requise est déterminé par le droit conventionnel applicable. Des voies de transmission très différentes peuvent en résulter. Dans plusieurs traités, la voie de transmission directe entre autorités (autorité requérante → autorité requise) est prévue. Par exemple, si la CEEJ est seule applicable, la voie de transmission ordinaire est celle des Ministères de la justice des Etats concernés.

Les documents transmis par la voie d'entraide judiciaire sont notifiés en Suisse par les autorités suisses d'exécution soit par la poste contre accusé de réception, par remise personnelle au destinataire, soit, sur demande expresse, d'après le droit de l'Etat requérant ⁶⁰⁵. La notification est réputée exécutée si l'acceptation ou le refus de l'acte est confirmé par écrit ⁶⁰⁶. Un accusé de réception daté et signé par le destinataire ou une déclaration du fonctionnaire qui a procédé à la notification attestant la forme et la date de la notification ou le refus opposé par le destinataire d'accepter cette dernière **prouvent que la notification a eu lieu** ⁶⁰⁷.

4.1.3 Notification par la voie diplomatique

En l'absence de traité, les notifications doivent dans la règle être transmises par la voie diplomatique (év. consulaire). C'est la voie de transmission la plus compliquée. Elle n'est utilisée dans la pratique que dans l'hypothèse où toutes les autres possibilités qui précèdent sont exclues. Les documents sont envoyés en conformité avec le droit national à la représentation diplomatique compétente dans l'Etat de réception. Celle-ci transmet lesdits documents au Ministère des affaires étrangères de l'Etat de réception. La suite de la procédure est déterminée par le droit interne de l'Etat de réception, dans le cadre duquel la notification a lieu de même façon que celle effectuée par la voie de l'entraide.

4.1.4 Notification par la représentation suisse au destinataire par la voie postale

Cette forme de transmission et notification n'est prévue par aucun traité. Quelques Etats ont invité nos représentations à prendre en charge les notifications de certaines catégories de documents (par exemple en matière d'infractions à la circulation routière) ou même de se charger des notifications d'une manière générale. La Suisse ne peut toutefois offrir la réciprocité sur ce point à la représentation en Suisse de l'Etat de réception. La notification par la représentation suisse peut également être utilisée à l'égard des citoyens suisses et à cette

⁶⁰⁴ Art. 16 al. 2 PAII, et art. 28 al. 4 AAF (un formulaire en plusieurs langues est accessible sur les pages de pays correspondantes).

⁶⁰⁵ Art. 68 al. 1 EIMP, art. 7 ch. 1 al. 2 CEEJ, art. 22, ch. 1, TEJUS.

⁶⁰⁶ Art. 68 al. 3 EIMP.

⁶⁰⁷ Art. 29 OEIMP.

occasion des conditions de forme simplifiées peuvent être utilisées dans la plupart des cas ⁶⁰⁸.

Marche à suivre dans la pratique: la transmission de telles demandes de notifications doit dans tous les cas être effectuée par le biais de l'OFJ qui les fait ensuite parvenir à la représentation suisse compétente. La représentation suisse envoie la notification par la poste avec accusé de réception directement au destinataire. L'utilisation de la contrainte est exclue. Si la notification échoue de cette façon, il y a lieu de procéder conformément aux explications figurant sous les points 4.1.2 resp. 4.1.3 ci-dessus.

4.2 Citations

Une forme particulière de notification est la citation de personnes domiciliées en Suisse, invitées à comparaître comme témoins ou inculpés dans une procédure pénale étrangère. La Suisse exige que la citation d'un inculpé parvienne à l'autorité requise ⁶⁰⁹ au moins 30 jours avant la date fixée pour la comparution ⁶¹⁰. Les personnes citées ⁶¹¹ ne doivent subir aucun préjudice, en droit ou en fait, dans l'Etat requis ou requérant, si elles refusent de donner suite à la citation ⁶¹². Ainsi, la personne qui accepte une citation à comparaître devant les autorités de l'Etat requérant n'est pas pour autant tenue d'y donner suite ⁶¹³. Les citations contenant des menaces de sanction ne sont pas notifiées ⁶¹⁴. Si la citation échoue, il est toujours possible de procéder par la voie de l'entraide judiciaire (commission rogatoire) à l'audition de la personne concernée.

Il incombe à l'Etat requérant de rembourser les frais de voyage et de séjour des témoins et de leur verser une indemnité. La personne qui comparaît comme témoin, dans l'Etat requérant, bénéficie d'un sauf-conduit et ne doit subir aucune restriction de sa liberté individuelle sur le territoire de cet Etat pour des faits ou condamnations antérieurs à son départ du territoire de l'Etat requis. Cette immunité prend fin lorsque le témoin quitte le territoire de l'Etat requérant ou au plus tard 15 jours après avoir témoigné ⁶¹⁵. D'après la conception suisse, une personne qui n'est pas citée par la voie de l'entraide judiciaire jouit également de cette immunité ⁶¹⁶. Par contre, l'immunité n'est pas valable pour les infractions que la personne citée à comparaître commet après son entrée dans l'Etat requérant. C'est pourquoi le témoin qui, sciemment, fait de fausses déclarations devant les autorités étrangères et qui, pour cette raison est arrêté, ne bénéficie pas de cette protection. Le destinataire d'une citation à comparaître dans un Etat avec lequel la Suisse n'a pas conclu de traité en matière d'entraide

⁶⁰⁸ Par exemple en matière de traduction et de légalisation. Cette voie est à écarter si le pays de résidence l'interdit ou s'il existe un traité international avec ce pays et qu'aucune traduction n'est nécessaire. Cette possibilité doit également être écartée si la voie de la notification directe par poste est ouverte aux autorités suisses. L'OFJ est à disposition pour des informations plus détaillées.

⁶⁰⁹ Les cantons dans les relations directes, sinon l'OFJ.

⁶¹⁰ Cf. Réserve de la Suisse à l'art. 7 CEEJ (des règles similaires doivent être observées par les autorités suisses pour les citations destinées à un destinataire domicilié à l'étranger, le délai fixé dans les déclarations des Etats destinataires ne devant pas dépasser 50 jours (art.7 al. 3 CEEJ) ; cf. aussi art. 22, ch. 3, TEJUS. Ces délais doivent être pris en compte par les autorités dont émane la notification lorsque la notification directe par voie postale est possible (point 4.1.2 ci-dessus).

⁶¹¹ Exception faite des ressortissants des Etats-Unis lors de citations en provenance des USA

⁶¹² Art. 8 CEEJ, art. 24 TEJUS.

⁶¹³ Art. 69 al. 1 EIMP.

⁶¹⁴ Art. 69 al. 2 EIMP, exception faite des ressortissants américains appelés à comparaître devant des autorités américaines. Dans la pratique, les éventuelles menaces de sanction contenues dans les citations sont biffées par les autorités suisses, qui notifient la citation sous cette forme corrigée.

⁶¹⁵ Art. 12 CEEJ; pour les USA: 10 jours, art. 27 TEJUS.

⁶¹⁶ ATF 104 la 463.

judiciaire peut exiger que l'autorité suisse, chargée de la notification, demande à l'Etat requérant une assurance écrite dans le sens ci-dessus décrit ⁶¹⁷, avant de lui remettre la preuve de la notification.

Si l'Etat requérant demande qu'une **personne** poursuivie en Suisse lui soit **remise**, cette requête est traitée conformément aux règles en matière d'extradition ⁶¹⁸.

⁶¹⁷ Art. 69 al. 3 EIMP.

⁶¹⁸ Remise temporaire, art. 19, ch. 2, CEEextr, art. 58 al. 2 EIMP.

5 Coopération avec les juridictions internationales

La Communauté internationale a décidé d'attribuer la poursuite des violations graves du droit international humanitaire (génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre) à des juridictions supranationales. Ces tribunaux sont de trois types :

- a) **Les deux Tribunaux internationaux**, juridictions pénales **ad hoc** pour juger les personnes responsables de violations graves du droit humanitaire commises en ex-Yougoslavie ⁶¹⁹ (**TPIY**) et au Rwanda ⁶²⁰ (**TPIR**). Ces tribunaux ad hoc ont une compétence (primaire) et une durée déterminées.
- b) **Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone** ⁶²¹ (**TSSL**) est une juridiction pénale à **caractère mixte** associant le droit sierra-léonais et le droit international et chargé de poursuivre les responsables de violations graves du droit humanitaire et certains crimes prévus par le droit sierra-léonais. Il fait partie du système judiciaire sierra-léonais.
- c) **La Cour pénale internationale** ⁶²² (**CPI**) est une juridiction à caractère **permanent**, chargée de poursuivre les violations du droit international humanitaires commises sur le territoire d'un des Etats membres ou commises par un ressortissant d'un des Etats membres. Sa compétence est de nature subsidiaire, la Cour n'intervenant que lorsque les instances nationales concernées ne sont pas en mesure ou n'ont pas la volonté de poursuivre de manière sérieuse les violations du droit international humanitaire commises sur leur territoire.
- d) **Le Tribunal spécial pour le Liban** ⁶²³ (**TSL**) entré en fonction le 1^{er} mars 2009, a repris le mandat de l'UNIIC (United Nations International Independent Investigation Commission) de manière élargie et est chargé d'enquêter sur l'attentat survenu le 14 février 2005 contre Rafik Hariri, Premier Ministre libanais, et de poursuivre ses auteurs. Comme l'UNIIC, il conserve son **caractère national** (application du Code pénal libanais, à l'exclusion de certaines peines) mais a aussi un **caractère international** eu égard notamment à la composition mixte du Tribunal ⁶²⁴.

Les Etats ont l'obligation de coopérer avec ces tribunaux. Comme l'EIMP n'envisage la coopération en matière pénale qu'avec des autorités étrangères nationales (à la seule exception de la Cour européenne des droits de l'homme ⁶²⁵), des **bases légales spécifiques** ont été adoptées pour pouvoir coopérer avec plusieurs des juridictions internationales précitées.

- a) L'entraide avec les **Tribunaux internationaux et le Tribunal spécial** fait l'objet d'une loi fédérale du 21 décembre 1995 ⁶²⁶. Cette loi met sur pied une **coopération basée sur celle prévue par l'EIMP**, comportant toutefois des dérogations destinées à faciliter et ac-

⁶¹⁹ Résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité de l'ONU.

⁶²⁰ Résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité de l'ONU.

⁶²¹ Résolution 1315 (2000) du Conseil de sécurité de l'ONU.

⁶²² Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 (RS 312.1).

⁶²³ Résolution 1757 (2007) du Conseil de sécurité de l'ONU.

⁶²⁴ Il convient encore de citer **Les Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens** pour la poursuite des crimes commis pendant la période du Kampuchéa Démocratique (Chambres Extraordinaires ou CETC / cf. notamment résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU 57/228 du 18 décembre 2002 et du 13 mai 2003), tribunal spécial créé par le gouvernement cambodgien et l'ONU, mais indépendant de ceux-ci, est appelé à traduire en justice les auteurs des crimes commis sous le régime Khmer Rouge ; il s'agit d'un tribunal cambodgien avec une participation internationale, appliquant la loi cambodgienne et des normes internationales.

⁶²⁵ Article 64 al. 4 EIMP.

⁶²⁶ Loi fédérale relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire (RS 351.20) et Ordonnance du 12 février 2003 sur l'extension de son champ d'application au Tribunal spécial pour la Sierra Leone (RS 351.201.11).

célébrer l'entraide (p.ex. les causes d'irrecevabilité des art. 2-8 EIMP ne sont pas applicables).

- b) La coopération avec la **Cour pénale internationale** est **réglée par une loi fédérale du 22 juin 2001 (LCPI)** ⁶²⁷ **et le Statut de Rome exclusivement** ⁶²⁸. La coopération avec la Cour est assurée en premier lieu par un service central, institué au sein de l'OFJ ⁶²⁹. La LCPI tient compte du caractère obligatoire de la coopération avec la Cour. Ainsi, les causes de refus de l'entraide sont limitées au strict minimum, la personne qui fait l'objet de l'enquête menée par la Cour ne peut recourir, la condition de la double incrimination est supprimée.
- c) Comme le **Tribunal spécial pour le Liban** est une juridiction au caractère national prépondérant, La base légale applicable pour la coopération est l'**EIMP** ⁶³⁰.

⁶²⁷ Loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale (LCPI/RS 351.6).

⁶²⁸ Art. 2 LCPI : coopération « sui generis ».

⁶²⁹ Art.3 LCPI.

⁶³⁰ Le Conseil fédéral n'ayant pas étendu au TSL l'application de la loi fédérale relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire (art. 1 al. 2). Il en va de même pour le CETC (Cf. note ⁶²⁴).

6 Annexes

6.1 Bibliographie sommaire et récente (dès 2000)

- **MOREILLON**, Laurent (éd.). **Entraide internationale en matière pénale**. - Bâle, Helbing & Lichtenhan, 2004. - ISBN 3-7190-2182-3
- **POPP**, Peter. **Grundzüge der Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen**. - Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001. - ISBN 3-7190-1933-0
- **ZIMMERMANN**, Robert. **La coopération judiciaire internationale en matière pénale**. - 3ème éd. - Berne, Stämpfli, 2009. - ISBN 978-3-7272-9796-0

6.2 Liste des abréviations courantes

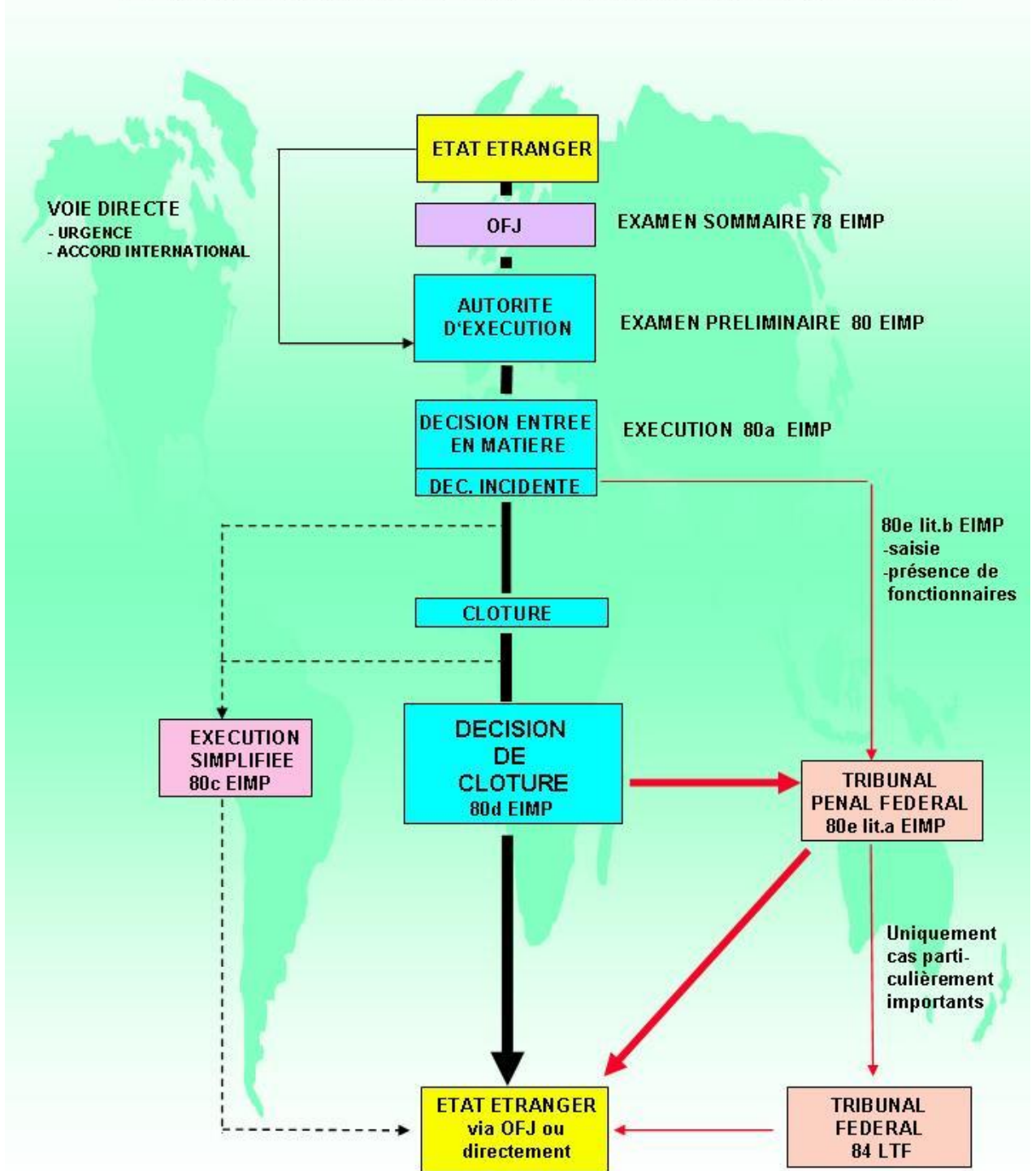
- Accord de coopération du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers . [AAF](#)
- Accord du 13 juin 1972 entre la Confédération suisse et la République d'Autriche en vue de compléter la CEEJ et de faciliter son application [AC-A/CEEJ](#)
- Accord du 13 novembre 1969 entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne en vue de compléter la CEEJ et de faciliter son application [AC-D/CEEJ](#)
- Accord du 28 octobre 1996 entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française en vue de compléter la CEEJ et d'en faciliter l'application [AC-F/CEEJ](#)
- Accord du 10 septembre 1998 entre la Suisse et l'Italie en vue de compléter la CEEJ et d'en faciliter l'application [AC-I/CEEJ](#)
- Arrêt du Tribunal fédéral [ATF](#)
- Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes [CAAS](#)
- Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse [CAPS](#)
- Convention du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime [CBI](#)
- Convention sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001 [CCC](#)
- Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 [CEEJ](#)

| | |
|--|--------------------------------------|
| – Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 | CEEextr |
| – Convention européenne du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme | CERT |
| – Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens | CETC |
| – Convention du 20 décembre 1988 des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes | Convention de Vienne |
| – Code pénal suisse du 21 décembre 1937 | CP |
| – Cour pénale internationale | CPI |
| – Code de procédure pénal suisse du 5 octobre 2007 | CPP |
| – Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 | Cst |
| – Convention du 21 mars 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées | CTPC |
| – Département fédéral des affaires étrangères | DFAE |
| – Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif | DPA |
| – Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, du 20 mars 1981 (Loi sur l'entraide pénale internationale) | EIMP |
| – Groupe d'action financière | GAFI |
| – Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération | JAAC |
| – Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent) | LBA |
| – Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Loi sur les bourses) | LBVM |
| – Loi fédérale du 22 juin 2001 sur la coopération avec la Cour pénale internationale | LCPI |
| – Loi fédérale du 20 juin 2003 sur l'investigation secrète | LFIS |
| – Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct | LIFD |
| – Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication | LSCPT |
| – Loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (Loi sur les stupéfiants) | LStup |
| – Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral | LTAF |
| – Loi fédérale du 3 octobre 1975 relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale | LTEJUS |
| – Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral | LTF |
| – Loi fédérale du 4 octobre 2002 sur le Tribunal pénal fédéral | LTPF |
| – Loi fédérale du 19 mars 2004 sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées | LVPC |

- Ordonnance sur l'entraide internationale en matière pénale du 24 février 1982 (Ordonnance sur l'entraide pénale internationale) [OEIMP](#)
- Office fédéral de la justice [OFJ](#)
- Ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [OLOGA](#)
- Protocole (additionnel) PA
- Protocole additionnel à la CEEextr du 15 octobre 1975 [PA CEEextr](#)
- Deuxième Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière [PAII CEEJ](#)
- Deuxième protocole additionnel à la CEEextr du 17 mars 1978 [PAII CEEextr](#)
- "Personnes exposées politiquement" ou "Personne politiquement exposée" PEPs (ou [PPE](#))
- Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale [PPF](#)
- Traité entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique du 25 mai 1973 sur l'entraide judiciaire en matière pénale [TEJUS](#)
- Arrêt du Tribunal pénal fédéral [TPF](#)
- Tribunal pénal international pour le Rwanda [TPIR](#)
- Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie [TPIY](#)
- Tribunal spécial pour le Liban TSL
- Tribunal spécial pour la Sierra Leone [TSSL](#)
- Convention des Nations Unies du 30 octobre 2003 contre la corruption UNCAC
- United Nations International Independent Investigation Commission UNIIIC
- Convention des Nations Unies du 15 novembre 2000 contre la criminalité transnationale organisée [UNTOC](#)

6.3 Procédure d'entraide judiciaire

PROCEDURE D'ENTRAIDE JUDICIAIRE



OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE

6.4 Transmission spontanée d'informations touchant le domaine secret. Libellé du texte des restrictions d'utilisation

Article 67a EIMP : Restrictions d'utilisation à indiquer lors de toute transmission spontanée d'informations touchant le domaine secret (art. 67a al. 5 EIMP) ⁶³¹:

- *Les informations contenues dans la présente communication peuvent être utilisées pour engager des investigations dans votre pays ou pour présenter une requête d'entraide à la Suisse afin d'obtenir les moyens de preuve correspondants.*
- *En l'état, ces informations ne peuvent pas être utilisées comme moyens de preuve.*
- *L'utilisation directe ou indirecte de ces informations à des fins fiscales ou de politique économique est interdite.*

6.5 Garanties à fournir dans le cadre de l'article 65a EIMP par les personnes participants à la procédure étrangère

Texte de l'engagement:

- *Les agents étrangers s'engagent à adopter un comportement passif et à suivre les instructions des autorités suisses.*
- *Les agents étrangers s'engagent à ne faire aucun usage, de quelque manière que ce soit, ni à titre de moyen d'investigation, ni à titre de preuve, des informations auxquelles ils auront accès en Suisse lors de l'exécution de leur demande, jusqu'à ce que ces informations leur aient été transmises en vertu d'une décision suisse exécutoire (décision de clôture ou consentement à la transmission simplifiée).*
- *En aucun cas les informations acquises lors de l'exécution de la demande en Suisse ne pourront être utilisées à titre d'investigation ou de preuve pour des procédures pour lesquelles l'entraide est exclue ou a été refusée.*
- *Ces engagements doivent être signés personnellement par les agents étrangers avant que ceux-ci participent aux opérations envisagées.*

(TPF RR 2008 106/107)

⁶³¹ Proposition de la [CAPS](#), Commission criminalité économique, du 10 juin 2004