Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 100 (1981)

Artikel: L'entraide judiciaire internationale en matière pénale

Autor: Schmid, Pierre / Frei, Lionel / Wyss, Rudolf / Schouwey, Jean-Dominique

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896149

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 14.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

L'entraide judiciaire internationale en matière pénale

Rapport présenté par

PIERRE SCHMID, licencié en droit
LIONEL FREI, docteur en droit
RUDOLF WYSS, licencié en droit
JEAN-DOMINIQUE SCHOUWEY, licencié en droit

fonctionnaires à l'Office fédéral de la police

Table des matières

Bibliographie 253

Introduction 255

Première partie: Tour d'horizon

I. Notion de l'entraide judiciaire internationale et de l'extradition . . . 257
1. L'entraide judiciaire internationale 257
2. L'extradition 259
II. Tendances actuelles dans le domaine de l'entraide judiciaire 260
III. Obligation de fournir l'entraide judiciaire en vertu du droit des gens 263
IV. Compétences et législation en matière d'entraide judiciaire internationale 264
1. Compétences du Conseil fédéral dans le domaine des relations extérieures 264
2. Législation en matière d'entraide judiciaire accessoire et compétences des autorités fédérales et cantonales 264
V. Caractère et principes de la procédure d'entraide judiciaire 266
1. Caractère de la procédure d'entraide et lois applicables lors de l'exécution de demandes d'entraide judiciaire 266
2. Principe de la proportionnalité 269
VI. Voies de transmission des requêtes 270

Deuxième partie: Problèmes spécifiques de l'entraide judiciaire

I. L'applicabilité du droit de l'Etat requis lors de l'exécution de requêtes d'entraide judiciaire étrangères 273
1. Principe et bases légales 273
2. La pratique suisse 275
3. Problèmes créés par la référence au droit de procédure cantonal . 276
4. La délimitation des compétences entre la Confédération et les cantons 276
5. La présence de représentants des parties étrangères lors de l'exécution de la requête d'entraide judiciaire en Suisse 282
6. Les relations entre la procédure d'entraide judiciaire et la procédure de levée des scellés 288
7. Les voies de recours dans la procédure d'entraide judiciaire . . . 292

II. L'entraide judiciaire en matière fiscale 300
1. Le refus de l'entraide 300
2. L'exception prévue par le traité américano-suisse 301
3. Innovation apportée par l'EIMP: possibilité d'accorder l'entraide aux fins de poursuivre une escroquerie en matière fiscale 302
III. Le principe de la spécialité dans l'entraide judiciaire internationale en matière pénale 304
1. Introduction 304
2. La spécialité en matière d'extradition 305
a) Généralités 305
b) Nature juridique de la spécialité en matière d'extradition . . . 306
c) La portée de la spécialité en procédure 307
3. Le principe de la spécialité dans les autres actes d'entraide 309
a) ACF du 23 septembre 1957 en la cause Ciurleo et consorts . . 309
b) La réserve suisse à l'article 2, lettre b CEEJ 312
c) L'article 5 du traité d'entraide judiciaire américano-suisse . . 314
d) L'article 64 EIMP 320
IV. La tierce personne et la procédure d'entraide judiciaire 326
1. Le problème 326
2. La réglementation prévue par le Tr-USA 329
3. La solution adoptée par l'EIMP 330
4. La suppression d'informations concernant des tiers 332
5. Le tiers «non impliqué» 333
6. Résumé 336
V. La notification de documents en tant qu'acte d'entraide judiciaire . . 336
1. L'importance de la notification dans le domaine de l'entraide judiciaire 336
2. La notion de la notification et l'envoi direct par voie postale . . . 337
3. La forme de la notification lors de l'exécution de la demande étrangère 338
4. Prescriptions particulières relatives aux citations 339
5. Citations dans des procédures pour des infractions fiscales, douanières ou en matière de devises 341

Troisième partie: L'entraide judiciaire internationale: Arme contre le terrorisme

I. Remarques liminaires 345
II. Notion et bref aperçu historique du terrorisme 345
1. Notion 345
2. Bref aperçu historique 346
III. Les difficultés de la coopération internationale 347
1. Refus de l'entraide en raison du caractère politique de l'infraction 347
2. Les lacunes de la loi 349
IV. Les moyens mis en œuvre pour lutter contre le terrorisme sur le plan international 350
1. Modification du droit suisse 350
2. Capture et détournement d'aéronefs 351
3. La convention européenne pour la répression du terrorisme . . . 355
4. Conventions des Nations Unies 361
V. Conclusions 362

Avant-propos

A la suite de circonstances inattendues, la Société suisse des juristes s'est vue dans l'obligation de chercher, au mois de mai 1980, un nouveau rapporteur de langue française pour traiter de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Etant donné que ce rapport devait être déposé au plus tard dans le courant du mois de janvier 1981, le rapporteur désigné a subordonné l'acceptation de ce mandat à la condition de pouvoir s'entourer de trois collaborateurs. En effet, il ne lui était pas possible de réaliser seul un tel travail dans un délai aussi court.

Le comité de la Société suisse des juristes tient à remercier tout particulièrement M. PIERRE SCHMID et ses trois collaborateurs, MM. LIONEL FREI, RUDOLF WYSS et JEAN-DOMINIQUE SCHOUWEY d'avoir accepté ce mandat in extremis tout en respectant strictement les délais fixés.

Bibliographie

Dans les notes du rapport, la référence est au nom de l'auteur; s'il y a risque de confusion, mention est faite, en outre, du titre abrégé ou de la source. D'autres ouvrages sont cités en notes.

ANTOGNAZZA, GIAMPIERO. Beschlagnahme und Hausdurchsuchung, RPS 93, p.64–78.

AUBERT, MAURICE/KERNEN, JEAN-PHILIPPE/SCHÖNLE, HERBERT. Le secret bancaire Suisse, Berne 1976.

BASSIOUNI, CHERIF. International Extradition in American Practice and World Public Order, Tennessee Law Review 36, 1968, p.1–30.

CAIMI, CARLO LUIGI. Der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und den USA, Kriminalistik 1977, p.178–181 et p.224–229.

CHING, HSU CHAO. Du principe de la spécialité en matière d'extradition, Thèse Lausanne 1950.

CLERC, FRANÇOIS. Initiation à la justice pénale en Suisse, Neuchâtel 1975 (cité: Initiation).

CONSEIL DE L'EUROPE. Rapport explicatif sur la Convention européenne d'extradition, Strasbourg 1969.

DUSSAIX, ROGER. Quelques problèmes relatifs à l'application pratique du point de vue judiciaire de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, dans: Problèmes relatifs à l'application pratique de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, p.37–57, Conseil de l'Europe, Strasbourg 1971.

FRANCK, PIERRE. Les travaux préparatoires de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, dans: Problèmes relatifs à l'application pratique de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, p.9–25, Conseil de l'Europe, Strasbourg 1971.

GLASER, STEFAN. Droit international pénal conventionnel, vol. II, Bruxelles 1978.

HAFTER, ERNST. Schweizerisches Strafrecht, bes. Teil, 2. Hälfte, Berlin 1943.

HAUSER, ROBERT. Das Bankgeheimnis im internationalen Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, RPS 87, p.144–165.

– Das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959, RPS 83, p.226–241.

– Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozeßrechts, Bâle/Stuttgart 1978 (cité: Kurzlehrbuch).

HAUSER, WILLY/HAUSER, ROBERT. Gerichtsverfassungsgesetz vom 29. Januar 1911, 3e éd., Zurich 1975 (cité: Kommentar GVG).

JOHNSON, PAUL W. Treaty between the United States of America and the Swiss Confederation on Mutual Assistance in Criminal Matters, Harvard Int. Law Journal, vol. 15, 1974, p.349–364.

LAMMASCH, HEINRICH. Auslieferungspflicht und Asylrecht, Leipzig 1887.

LOGOZ, PAUL. Commentaire du Code pénal, partie spéciale II, Neuchâtel 1956.

MARKEES, CURT. L'accomplissement d'actes de procédure en territoire suisse dans l'intérêt d'une juridiction étrangère, vu à la lumière de l'art. 271 CPS, JdT 1968 IV, p. 98–105.
– Aktuelle Fragen der internationalen Rechtshilfe, RPS 89, p. 230–271.
– Auslieferung und internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Le fonctionnaire de police 1968, p. 257–261, 273–276, 289–292.
– Der Geheimnisschutz im Rechtshilfeverfahren in Strafsachen, RPS 92, p. 179–199.
– Probleme der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, GA 1958, p. 353–364.
– Die Rechtshilfe in Strafsachen im Verkehr mit den USA nach dem Vertrag vom 25. 5. 1973 und dem Bundesgesetz vom 3. 10. 1975, RPS 94, p. 113–142.
– Die Schweiz und das Europäische Auslieferungsübereinkommen vom 13. Dezember 1957, RPS 83, p. 113–133.
– Zeuge, Sie sind verhaftet! Neue Zürcher Zeitung No 143 du 23/24 juin 1979, p. 43 (cité: NZZ).
VON MARTITZ, FERDINAND. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, première partie, Leipzig 1888.
METTGENBERG, WOLFGANG. Deutsches Auslieferungsgesetz, Berlin 1930.
NOLL, PETER. Technische Methoden zur Überwachung verdächtiger Personen in Strafverfahren, RPS 91, p. 45–73.
VAN PANHUYS, H. F. Le traité d'extradition en tant que source de droits pour les individus, dans: Recueil d'études en hommage à J. M. van Bemmelen, p. 5 7–74, Leyde 1965.
PONCET, DOMINIQUE/NEYROUD, PHILIPPE. L'extradition et l'asile politique en Suisse, Fribourg 1976.
RADVANYI, MIKLOS. Das Institut der Auslieferung innerhalb der sozialistischen Staaten Osteuropas, Recht in Ost und West 1976, p. 201–208.
VON SALIS, L. R./BURCKHARDT, WALTHER. Schweizerisches Bundesrecht, Frauenfeld 1931.
SCHULTZ, HANS. Das Schweizerische Auslieferungsrecht, Basel 1953 (cité: Auslieferungsrecht).
– La Convention européenne d'extradition et le droit politique, dans: Hommage à Jean Constant, p. 313–327, Faculté de droit Liège 1971 (cité: Convention et délit politique).
– Les problèmes actuels de l'extradition, RIDP 45, p. 499–519.
– Le secret bancaire et le traité d'entraide judiciaire en matière pénale conclu entre la Suisse et les Etats-Unis, cah. SBS No 11, Bâle 1976 (cité: Secret bancaire et traité USA).
STRATENWERTH, GÜNTER. Schweizerisches Strafrecht, bes. Teil, 2e éd., Berne 1978.
STRUPP, KARL/SCHLOCHAUER, HANS-JÜRGEN. Wörterbuch des Völkerrechts, vol. III, 2e éd., Berlin 1962.
TRAVERS, MAURICE. Le droit pénal international et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre, vol. IV, Paris 1921.
WICKI, ANDRÉ A. Der «Staatsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen» aus der Sicht eines Bankjuristen, RSJ 70, p. 341–349.

Introduction

Il ne saurait être question, dans le présent rapport, de traiter tous les problèmes liés à l'entraide judiciaire en matière pénale. En effet, un tel projet dépasserait, ne serait-ce que par son volume, le mandat que nous avons accepté de la Société suisse des juristes.

Les auteurs de ce rapport ont dès lors décidé de procéder de la manière suivante:

La première partie de ce rapport est consacrée à un tour d'horizon. Nous y évoquerons, de manière générale, les problèmes qui se posent en matière d'entraide judiciaire.

Quant à la deuxième partie, elle traite de différents problèmes spécifiques de l'entraide judiciaire. Le choix auquel nous avons procédé pourrait certes apparaître arbitraire au lecteur. Nous nous sommes toutefois efforcés de porter ce choix sur des sujets qui n'ont pas encore fait l'objet de décisions de nos tribunaux ou qui se distinguent par leur caractère d'actualité. Il est évident que la deuxième partie portera, du moins partiellement, et au risque de répétitions, sur les mêmes problèmes que ceux traités dans la partie générale du rapport. Elle s'efforcera toutefois de les approfondir.

C'est d'ailleurs pour une raison d'actualité que nous n'avons, contrairement à nos premières intentions, pas renoncé entièrement à traiter de l'extradition. Nous avons pensé que les problèmes de l'extradition et de l'entraide judiciaire en matière de terrorisme pourraient intéresser nos lecteurs. La troisième partie sera dès lors consacrée à l'entraide judiciaire, arme contre le terrorisme.

On peut enfin relever que les quatre rapporteurs sont fonctionnaires de la Division d'entraide judiciaire et des affaires de police de l'Office fédéral de la police (OFP). Entrent notamment dans les attributions de cette division les questions d'extradition, d'entraide judiciaire internationale et la législation dans ces domaines. Les rapporteurs y revêtent les fonctions suivantes:

M. PIERRE SCHMID dirige la division; M. JEAN-DOMINIQUE SCHOUWEY est chef de la section législation et accords internationaux; M. LIONEL FREI est chef de la section d'entraide judiciaire; quant à M. RUDOLF WYSS, il est responsable de l'office central créé pour l'application du traité d'entraide judiciaire conclu avec les Etats-Unis d'Amérique. Il est bien entendu que les rapporteurs expriment leurs opinions personnelles.

A l'intention des lecteurs qui désirent avoir un bref aperçu sur l'entraide judiciaire accessoire, nous signalons que l'Office fédéral de la police a établi des directives destinées en particulier aux autorités judiciaires cantonales [1]. Au chapitre 2a de ces directives, on trouvera notamment les traités internationaux applicables à l'entraide judiciaire en matière pénale.

[1] JAAC 44/III, no 83, p. 381.

Première partie

Tour d'horizon

I. Notion de l'entraide judiciaire internationale et de l'extradition

1. L'entraide judiciaire internationale

«Il n'y a plus de Pyrénées!», aurait déclaré Louis XIV en prenant congé de son petit-fils, proclamé roi d'Espagne sous le nom de Philippe V. Bien que, semble-t-il, attribué à tort au Roi-Soleil, ce mot illustre parfaitement l'idée de l'abolition d'une frontière, la progression d'une juridiction au-delà d'une chaîne de montagnes. Si nous évoquons à cet endroit les frontières, c'est qu'elles sont, à notre avis, à l'origine même de l'entraide judiciaire internationale. Ce sont en effet les frontières qui ont rendu indispensable la collaboration entre les organes des différentes juridictions et l'élaboration de certains principes applicables à cette coopération. On peut s'imaginer que, du moins à l'origine, il ne s'agissait pas tellement de recueillir des preuves dans une juridiction voisine, que d'obtenir plutôt la remise, l'extradition de malfaiteurs ayant pris la fuite. Ces derniers ayant de tout temps fait preuve d'une propension très marquée à se soustraire au châtiment qui les attendait, il est certain que l'extradition est une très ancienne institution du droit. C'est d'ailleurs ce que relèvent DOMINIQUE PONCET et PHILIPPE NEYROUD[2] en ce qui concerne le droit suisse et l'importance du serment du 1er août 1291 pour l'extradition et le droit d'asile, ainsi que HANS SCHULTZ[3] qui fait état de l'Egypte des temps bibliques et des traités d'extradition conclus par elle à cette époque. Or, c'est autour de l'institution de l'extradition que se sont développées les règles qui, en grande partie au moins, ont trouvé leur application dans l'ensemble du domaine de l'entraide judiciaire.

[2] PONCET/NEYROUD, p. 13 et 14.
[3] SCHULTZ, RIDP 45, p. 499 et les auteurs cités.

Aux termes du projet de loi fédérale qui se trouve actuellement devant les Chambres fédérales[4], l'entraide internationale en matière pénale comprend l'extradition, la petite entraide ou l'entraide accessoire (selon le projet, «autres actes d'entraide»), la poursuite pénale par délégation et l'exécution de décisions pénales rendues à l'étranger.

Dans le présent rapport, nous nous pencherons principalement sur les «autres actes d'entraide» au sens de ce projet. Etant donné qu'un des sujets choisis a trait à la lutte contre le terrorisme, nous évoquerons brièvement l'extradition, du moins en ce qui concerne sa définition.

L'entraide judiciaire peut être considérée comme l'activité déployée par les autorités d'un Etat, à la demande d'autorités étrangères, dans l'intérêt de l'administration de la justice étrangère[5].

Comme on le voit, il s'agit d'une activité des autorités d'un Etat pour le compte de celles d'un autre Etat et dans l'intérêt d'une procédure qui y est suivie. Cette activité est déployée sur demande des autorités de l'Etat que l'on qualifie dès lors de requérant. La souveraineté de l'Etat requis s'opposant à l'action directe des autorités de l'Etat requérant, ces dernières se voient dans l'obligation de demander aux autorités de l'autre Etat d'agir pour leur compte. Exceptionnellement, l'Etat requis peut renoncer à opposer sa souveraineté à l'activité des autorités de l'Etat requérant et autoriser celles-ci à agir elles-mêmes sur son territoire. Nous reviendrons sur ce problème dans un autre chapitre de notre rapport[6].

Quelques exemples suffiront à montrer en quoi peut consister l'activité déployée au profit d'une procédure étrangère. Il peut s'agir notamment de l'audition de témoins, d'experts ou d'accusés, du séquestre ou de la saisie de pièces à conviction ou de documents et de leur remise à l'Etat requérant, de la notification d'actes judiciaires ou de la recherche du lieu de séjour de personnes concernées par la procédure en cours. Alors que le but de l'extradition est de mettre un individu à la disposition des autorités qui le poursuivent, celui de la petite entraide judiciaire est de

[4] FF 1976 II, p. 477. Il importe de souligner qu'au moment où nous terminons notre rapport (fin janvier 1981), cette loi n'a pas encore passé le cap des Chambres fédérales. Nous ignorons si les dernières divergences pourront être éliminées lors de la prochaine session, soit en mars 1981. Dans notre rapport, nous utiliserons pour ce projet de loi l'abréviation EIMP (teneur selon projet du Conseil fédéral, sauf exceptions mentionnées).

[5] MARKEES, Le fonctionnaire de police, p. 257.

[6] Infra p. 282.

procéder, à l'étranger, c'est-à-dire au-delà des frontières, à tous les actes d'instruction rendus nécessaires par une procédure en cours et auxquels il ne peut pas être procédé sur le territoire national. Si l'on doit admettre qu'à l'origine l'entraide accessoire avait plutôt un caractère d'exception, ce n'est certainement plus le cas actuellement. L'évolution intervenue notamment depuis la seconde guerre mondiale, caractérisée en particulier par une très grande mobilité des populations et par des échanges commerciaux internationaux très intenses, a eu pour effet qu'il est impossible dans de très nombreux cas de mener à bien une procédure pénale sans avoir recours à la coopération d'autorités étrangères. Aujourd'hui et sans aucune commune mesure avec le passé, le crime franchit les frontières, utilise celles-ci à ses propres fins. En effet, les frontières, qui représentent un obstacle sérieux pour les autorités chargées de la poursuite, ne préoccupent que très peu les criminels dans le cadre de leurs activités. On comprendra dès lors aisément que si, il y a quelques décennies encore, on ne ressentait guère le besoin de légiférer en matière d'entraide judiciaire, tel n'est plus le cas à notre époque.

2. *L'extradition*

La troisième partie de notre rapport étant consacrée à l'entraide judiciaire, arme contre le terrorisme, il nous semble nécessaire de nous pencher brièvement sur la notion de l'extradition. En effet, un aperçu sur la lutte contre le terrorisme ne saurait se limiter à l'entraide accessoire dans ce domaine et passer sous silence l'institution de l'extradition.

Dans le rapport général provisoire qu'il a élaboré pour le Xe Congrès international de droit pénal du 29 septembre au 5 octobre 1969 à Rome[7], HANS SCHULTZ donne la définition suivante de l'extradition:

«L'extradition est un acte d'assistance judiciaire interétatique en matière pénale qui vise à transférer un individu pénalement poursuivi ou condamné, du domaine de la souveraineté judiciaire d'un Etat à celui d'un autre Etat».

A notre avis, cette définition tient compte des éléments essentiels qui caractérisent une extradition. Elle met notamment en évidence le caractère international (interétatique) de cette institution et la notion d'affaire pénale. Elle fait en outre état du

[7] RIDP 39, p. 788.

transfèrement de l'individu recherché. En revanche, la définition ne mentionne pas expressément la notion de requête. Selon l'opinion exprimée par HANS SCHULTZ, cette notion ne serait pas un des éléments caractéristiques de l'extradition. Il ne considère en effet pas comme concluant de voir dans la requête un élément distinctif entre l'extradition et l'expulsion. Cet élément ne ferait que créér «des difficultés lorsqu'il s'agit de qualifier juridiquement, d'après le but précis du transfèrement, une extradition déguisée sous le couvert d'une expulsion».

Nous ne pouvons pas nous rallier à cette opinion et considérons la requête comme un des éléments caractéristiques et essentiels de l'extradition. S'il est vrai qu'une expulsion peut s'effectuer sur requête, il n'en reste pas moins que celle-ci garde son caractère d'acte unilatéral de souveraineté d'un Etat qui éloigne un étranger indésirable de son territoire national. S'il y a des expulsions qui s'effectuent sur requête, il n'y a en revanche pas d'extraditions en l'absence de requêtes. Tout en reconnaissant que la seule notion de requête ne permet pas toujours de distinguer l'extradition d'autres institutions, nous sommes d'avis que cette notion est indéniablement un élément intrinsèque de l'extradition, alors qu'elle ne l'est pas pour l'expulsion.

Nous pouvons toutefois souscrire à la définition que HANS SCHULTZ donne de l'extradition, car nous estimons que la notion d'assistance judiciaire qu'il y a insérée comprend celle de la requête.

II. Tendances actuelles dans le domaine de l'entraide judiciaire

L'augmentation du trafic international et, partant, la grande mobilité des personnes, ainsi que l'accroissement des relations économiques sur le plan international ont conduit, d'une part, à des nouvelles formes de criminalité. On constate, d'autre part, une forte augmentation du nombre des infractions qui ne se limitent pas au territoire d'un seul Etat. Toujours plus nombreux sont dès lors les cas, dans lesquels les autorités de poursuite de notre pays doivent avoir recours à la collaboration d'autorités étrangères. Ces dernières ne sont pas privilégiées, car ce n'est bien souvent qu'en Suisse – place financière par excellence – qu'elles ne peuvent recueillir les preuves qui leur font défaut pour mener à bien les procédures engagées.

Il n'est dès lors pas étonnant que, dans ce contexte, la Suisse n'ait pas pu se satisfaire des systèmes traditionnels de collabora-

tion tels qu'ils existaient à l'issue de la seconde guerre mondiale. Dès l'après-guerre, la Suisse a vu ses relations d'entraide judiciaire s'intensifier d'une manière qui n'a plus aucune commune mesure avec la situation telle qu'elle se présentait avant le dernier conflit mondial. Comme nous l'avons vu, les principes développés en matière de coopération internationale ont été codifiés dans la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957[8] et dans celle relative à l'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959[9]. Ratifiées le 20 décembre 1966, ces conventions sont entrées en vigueur pour la Suisse le 20 mars 1967.

On constate en outre que les nombreuses peines privatives de liberté qui sont infligées à des étrangers se trouvant en Suisse sont subies par ceux-ci dans un milieu qui n'est pas le leur et dans des conditions qui leur sont étrangères. Cet état de choses contrecarre inévitablement la réintégration sociale des condamnés, malgré les efforts entrepris par la Suisse dans ce domaine. Membre du Conseil de l'Europe, la Suisse se doit de tenir compte des conventions européennes qui ont été élaborées à partir de 1953 et qui reflètent l'évolution du droit pénal et ses répercussions sur le plan international depuis la fin du XIXe siècle.

Vu ce qui précède, on comprendra aisément que le Conseil fédéral ait décidé de réviser la loi fédérale du 22 janvier 1892 sur l'extradition aux Etats étrangers[10] et de codifier par là même les autres domaines de l'entraide judiciaire internationale. C'est pourquoi le Conseil fédéral a présenté à l'Assemblée fédérale, le 8 mars 1976, un message[11] à l'appui d'une loi sur l'entraide internationale en matière pénale. Comme nous l'avons vu, ce projet de loi, à l'époque le premier du genre en Europe occidentale, est fondé sur l'idée que les principes fondamentaux développés dans le droit extraditionnel doivent être applicables aux autres modes de collaboration internationale, c'est-à-dire à l'entraide accessoire (autres actes d'entraide), à la délégation de la poursuite pénale et à l'exécution de décisions étrangères.

Une fois cette loi en vigueur, la Suisse devrait être amenée à signer et ratifier quatre conventions européennes qui visent les mêmes matières, à savoir la convention pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition, la convention pour la répression des infractions routières, la convention sur la

[8] RS 0.353.1, désignée ci-après: CEExtr.
[9] RS 0.351.1, désignée ci-après: CEEJ.
[10] RS 353.0, désignée ci-après: LExtr.
[11] FF 1976 II, p.430s., désigné ci-après: message EIMP.

valeur internationale des jugements répressifs et celle sur la transmission des procédures répressives. La Suisse envisage en outre de signer et de ratifier trois protocoles additionnels aux conventions d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale.

Sur le plan bilatéral, il sied de relever que la Suisse a été le premier Etat de droit continental à conclure un traité d'entraide judiciaire en matière pénale avec un pays du «common law», c'est-à-dire les Etats-Unis d'Amérique[12]. Ce traité, destiné notamment à lutter contre le crime organisé, a été signé le 25 mai 1973 et est entré en vigueur il y a environ quatre ans, soit le 23 janvier 1977. L'EIMP devrait en outre permettre à notre pays de réviser plusieurs traités d'extradition dont la plupart ont atteint, voire dépassé, l'âge respectable de 100 ans et de négocier de nouveaux accords d'extradition ou d'entraide judiciaire en matière pénale avec des Etats à l'égard desquels nous n'avons pas encore de relations contractuelles. L'absence de traité a pour effet que nous ne sommes très souvent pas en mesure d'user des moyens coercitifs que requièrent l'audition de témoins ou d'experts, la perquisition de locaux, la saisie de documents, la plupart des cantons suisses n'ayant pas dans leurs codes de procédure de dispositions qui permettent d'employer semblables moyens pour une procédure étrangère.

Ainsi que nous l'exposerons dans la troisième partie de notre rapport, la Suisse se préoccupe également de lutter efficacement contre le terrorisme. A part les révisions envisagées du code pénal et du code pénal militaire à ce sujet, on peut relever que la Suisse a ratifié les conventions de Tokyo, de la Haye et de Montréal en matière de «piraterie aérienne»[13], et qu'elle envisage de ratifier la convention européenne sur la répression du terrorisme qu'elle a du reste déjà signée. Le projet de loi fédérale sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, de même que les modifications qui vont être apportées au code pénal et au code pénal militaire en matière d'imprescriptibilité[14] (prévue aussi en cas de génocide et pour les crimes et délits graves indiqués dans les conventions de Genève du 12 août 1949 et dans d'autres accords internationaux de ce genre) vont renforcer encore la position de la Suisse à cet égard.

[12] RS 0.351.933.6, désigné ci-après: Tr-USA.

[13] RS 0.748.710.1; 0.748.710.2; 0.748.710.3.

[14] Cf. message complémentaire du Conseil fédéral du 6 juillet 1977 concernant l'EIMP, FF 1977 II, p. 1217s., désigné ci-après: message complémentaire EIMP.

Nous pouvons signaler enfin que notre pays soutient également les activités de l'ONU tendant à développer la coopération internationale et à lutter par là contre certaines formes de criminalité particulièrement révoltantes. C'est ainsi qu'elle s'est très étroitement associée aux travaux de l'ECOSOC tendant à élaborer une convention sur les paiement illicites (actes de corruption) et qu'elle a signé, sous réserve de ratification, la convention contre la prise d'otage. On peut espérer d'autre part que les travaux relatifs à l'élaboration d'une convention sur la torture aboutiront à bref délai.

Dans ces conditions, il n'est pas exagéré d'affirmer que la Suisse déploie tous ses efforts, tant sur le plan interne qu'au niveau des relations entre Etats, pour améliorer au maximum la coopération internationale et réprimer les actes criminels qui, très fréquemment, débordent les frontières et tendent non seulement à mettre en danger les droits de l'homme et les libertés fondamentales, mais parfois aussi à détruire l'Etat lui-même.

III. Obligation de fournir l'entraide judiciaire en vertu du droit des gens

En raison de son caractère international – on serait tenté d'utiliser le mot «interétatique» dérivé de l'allemand «zwischenstaatlich» – l'entraide judiciaire est une institution du droit des gens, du droit international public. Elle crée donc en premier lieu des rapports entre Etats et, indirectement seulement, entre l'Etat requis et les personnes concernées par les actes d'instruction auxquels il est procédé pour le compte de l'Etat requérant. S'agissant des rapports entre Etats souverains, il n'existe, du moins en l'absence d'un accord conclu entre ces Etats, pas d'obligation de fournir l'entraide judiciaire[15]. Aussi l'EIMP fixe-t-elle à son article premier «qu'elle ne confère pas le droit (à un autre Etat) d'exiger une coopération internationale en matière pénale». L'opinion – contestée par certains auteurs –, selon laquelle aucune obligation de fournir l'entraide judiciaire ne découle du droit international public, a donc trouvé sa confirmation dans cette nouvelle loi.

[15] SCHULTZ, RIDP 45, p. 501; SCHULTZ, Auslieferungsrecht, p. 75. Ce que dit l'auteur au sujet de l'extradition est également valable en ce qui concerne l'entraide judiciaire accessoire.

IV. Compétences et législation en matière d'entraide judiciaire internationale

1. Compétences du Conseil fédéral dans le domaine des relations extérieures

Conformément à l'article 102, chiffre 8 de la constitution fédérale, il appartient au Conseil fédéral de «veiller aux intérêts de la Confédération au dehors, notamment à l'observation de ses rapports internationaux et il est, en général, chargé des relations extérieures». Il est dès lors indéniable que l'entraide judiciaire, institution du droit des gens, est de la compétence du Conseil fédéral.

En vertu de l'article 61, 1er alinéa, de la loi fédérale sur l'organisation et la gestion du Conseil fédéral et de l'administration fédérale (loi sur l'organisation de l'administration [LOA]) du 19 septembre 1978[16], «le Conseil fédéral règle l'organisation des départements, des groupements et des offices et il définit leurs principales tâches». Or, aux termes de l'article 7, chiffre 3, lettre b de l'ordonnance réglant les tâches des départements, des groupements et offices, du 9 mai 1979[17], le Conseil fédéral a chargé l'Office fédéral de la police d'assurer l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, civile et commerciale. Dans son arrêté donnant aux départements et aux services qui en dépendent la compétence de régler certaines affaires, du 17 novembre 1914[18], le Conseil fédéral précisait (art. 17, 1er al., ch. 3) que «l'entremise en vue de l'assistance judiciaire dans le trafic international, les commissions rogatoires, etc.» étaient du ressort de l'Office fédéral de la police. On peut noter au passage qu'en vertu du 2e alinéa de cette disposition, l'Office de la police est autorisé à correspondre directement avec les ambassades et consulats suisses, les autorités et offices étrangers, ainsi qu'avec les représentants des gouvernements étrangers accrédités en Suisse.

2. Législation en matière d'entraide judiciaire accessoire et compétences des autorités fédérales et cantonales

On peut d'ores et déjà relever que ces problèmes seront traités de manière approfondie dans la seconde partie de notre rapport[19].

[16] RS 172.010.
[17] RS 172.010.15.
[18] RS 172.011.
[19] Infra p. 273.

Notre «tour d'horizon» serait toutefois incomplet si nous passions ces problèmes sous silence.

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'extradition que nous avons décrite comme étant la manière la plus ancienne et la plus fréquente de collaborer à l'échelon international dans le domaine qui nous intéresse[20], fait l'objet de la loi fédérale du 22 janvier 1892.

En revanche, et jusqu'à l'adoption par les Chambres fédérales de l' EIMP, il n'a pas été légiféré, au niveau fédéral, en ce qui concerne la petite entraide judiciaire. A l'instar d'autres Etats européens, la Suisse a appliqué à ce genre d'entraide les principes développés en matière d'extradition. Il s'agit notamment de la double incrimination de l'acte poursuivi, du refus de l'entraide judiciaire pour les délits politiques, militaires et fiscaux et du principe selon lequel une personne ne peut être poursuivie ou punie plus d'une fois pour les mêmes faits (ne bis in idem)[21].

A l'exception des accords conclus avec des Etats de droit anglo-saxon, les traités d'extradition conclus par la Suisse, dont la plupart remontent au siècle passé ou du moins à la période précédant la première guerre mondiale, contiennent certaines dispositions très simples ayant trait à l'entraide accessoire[22]. Celles-ci se limitent essentiellement à créer une obligation de procéder à des actes d'instruction ou à des notifications dans l'intérêt de procédures pénales non politiques, en cours sur le territoire de la Partie contractante. Ce n'est que dans la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 qu'ont été codifiées les règles communément reconnues dans ce domaine par les différents Etats. Les traités bilatéraux, ainsi que la convention européenne, consacrent notamment le principe selon lequel les demandes d'entraide judiciaire sont exécutées en application du droit interne de l'Etat requis. L'article 3 de la convention européenne précise que «la Partie requise fera exécuter, dans les formes prévues par sa législation, les commissions rogatoires relatives à une affaire pénale qui lui seront adressées par les autorités judiciaires de la Partie requérante...». Comme nous le verrons, en ce qui concerne la Suisse une telle clause a pour effet l'application par analogie des lois cantonales de procédure pénale[23].

[20] Supra p. 257.
[21] Message EIMP, FF 1976 II, p. 433.
[22] JAAC 44/III, no 83, p. 382.
[23] Infra p. 273.

L'exécution des commissions rogatoires est, de manière générale, du ressort des autorités cantonales. Nous reviendrons sur ce problème lorsque nous traiterons de l'applicabilité du droit de l'Etat requis lors de l'exécution de requêtes d'entraide judiciaire étrangères[24]. L'entraide judiciaire faisant partie des relations extérieures qui, en vertu de la constitution, sont de la compétence du Conseil fédéral, on ne saurait toutefois dénier à l'autorité fédérale toute compétence dans ce domaine.

V. Caractère et principes de la procédure d'entraide judiciaire

1. Caractère de la procédure d'entraide et lois applicables lors de l'exécution de demandes d'entraide judiciaire

L'entraide judiciaire devant être qualifiée de soutien apporté à une procédure pénale étrangère, on peut se demander si la procédure engagée lors de l'exécution d'une commission rogatoire ne doit pas être assimilée à une procédure pénale. La plupart des auteurs, le Tribunal fédéral[25] et le Conseil fédéral[26] répondent à cette question par la négative.

Comme le Conseil fédéral l'expose dans sa décision du 23 septembre 1957[26], la question de savoir s'il y a lieu de donner suite ou non à une demande d'entraide judiciaire relève du droit international public. L'envoi d'une commission rogatoire crée un rapport entre l'Etat requérant et l'Etat requis. Pour eux seuls résultent, de ce rapport du droit des gens, d'éventuels droits et obligations. Ce n'est en quelque sorte qu'indirectement que des personnes se trouvant notamment sur le territoire de l'Etat requis peuvent être concernées par les relations établies avec un autre sujet du droit international public et, partant, habilitées à intervenir dans la procédure tendant à l'exécution d'une commission rogatoire. L'autorité qui prend une décision sur l'existence d'une obligation de fournir l'entraide judiciaire et sur la mise en œuvre de ses pouvoirs pour le compte d'un autre Etat, exerce dès lors une activité touchant aux relations extérieures du pays et à l'observation de ses rapports internationaux[27]. Quelles que soient les attributions ordinaires de l'autorité appelée à prendre la décision, elle exerce une activité administrative sur le plan international

[24] Infra p. 277.
[25] ATF 98 Ia 231.
[26] JAAC 27, p. 14.
[27] Supra p. 264.

(«internationale Verwaltungstätigkeit»). L'autorité qui prend une décision ou déploie une activité dans une affaire où l'Etat lui-même est partie en vertu du droit international public, ne saurait être assimilée à l'autorité qui accomplit un acte juridictionnel, qui exerce les pouvoirs découlant de sa juridiction. Ne s'agissant pas d'un acte juridictionnel auquel il serait procédé par exemple dans une procédure pénale, ou de l'accomplissement d'une tâche législative, l'activité déployée dans le cadre de la procédure d'entraide judiciaire revêt de toute évidence le caractère d'un acte administratif.

Contrairement à ce que l'on pourrait admettre, ce ne sont pas les lois cantonales sur la procédure administrative qui trouvent leur application dans le cadre de la procédure d'entraide judiciaire dans l'Etat requis. Les dispositions de ces lois ne visent en effet pas le genre d'actes d'instruction qui font l'objet des requêtes étrangères, mais se rapportent à des matières très différentes. Tel n'est toutefois pas le cas en ce qui concerne les lois cantonales de procédure pénale. La nature même des actes d'instruction auxquels il doit être procédé implique, comme nous l'avons déjà relevé, l'application par analogie des dispositions des codes de procédure pénale[28].

La Confédération ayant laissé l'exécution de l'entraide judiciaire à la compétence des cantons, on peut enfin relever que rien ne s'oppose à ce que ces derniers adoptent, dans leurs codes de procédure pénale ou leurs lois sur l'organisation judiciaire, certaines règles applicables à ce domaine de la coopération internationale. Celles-ci s'appliquent pour autant qu'elles ne soient pas en contradiction avec les traités internationaux ou le droit fédéral.

Plusieurs cantons ont inséré dans leur code de procédure pénale, leur loi sur l'organisation judiciaire, voire dans leur loi d'introduction au code pénal des dispositions concernant l'entraide judiciaire internationale. Ces dispositions du droit cantonal ne sont pas sans importance. En effet, jusqu'à ce jour, la base légale pour l'application des mesures de contrainte du droit de procédure cantonal faisait défaut dans nos rapport avec les Etats n'étant pas liés à la Suisse par un traité, du moins pour ce qui concerne les cantons qui n'ont pas légiféré en cette matière. Dans certains cas, on se trouvait donc dans l'impossibilité de donner suite à des demandes d'entraide judiciaire adressées à la Suisse. On comprend dès lors aisément la légende qui a pu naître, à

[28] Voir à ce sujet infra p. 273.

l'étranger surtout, autour du secret bancaire suisse. Les refus qui ont dû être opposés à des demandes émanant de pays avec lesquels la Suisse n'avait pas conclu de traité et tendant à la levée du secret bancaire ont pu faire croire à une partie de l'opinion publique que le secret bancaire suisse était absolu et ne pouvait pas être levé dans l'intérêt d'une procédure pénale étrangère. Le fait que cette situation ne peut exister qu'à l'égard de pays qui n'ont pas conclu de traité avec la Suisse a trop souvent été passé sous silence. D'autre part, l'opinion publique n'a très souvent pas connaissance des cas dans lesquels, conformément aux obligations assumées par un traité, la Suisse fournit, sans aucune autre restriction que celle du principe de la spécialité, des informations et des documents bancaires aux autorités étrangères requérantes. Les rapporteurs sont bien placés pour affirmer que le nombre de ces cas dépasse de loin celui des refus dictés par l'absence d'un traité.

Pour autant que les informations en notre possession soient complètes, cinq cantons ont adopté des dispositions qui leur permettent de fournir l'entraide judiciaire et de mettre en œuvre à cet effet les mesures coercitives de leur droit de procédure, même en l'absence d'un traité. Il s'agit des cantons de Bâle-Ville, Berne, Jura, Neuchâtel et Zurich. A titre d'exemple, on peut citer l'article 299 du code de procédure pénale du canton de Neuchâtel qui a la teneur suivante:

«En matière d'administration de la justice pénale, les rapports avec les autorités étrangères au canton sont réglés par les traités et concordats, ainsi que par la législation fédérale. A défaut, les dispositions du présent livre sont applicables. Elles le sont également dans la mesure où elles facilitent l'exécution des règles statuées en la matière par les accords ou par d'autres lois».

Dans son article 25, 3e alinéa, de la loi sur la procédure pénale du 20 mai 1928, le canton de Berne reconnaît l'existence d'une obligation de fournir l'entraide judiciaire aux tribunaux de l'étranger, sous réserve toutefois de sa propre juridiction et de l'ordre public.

Avec l'entrée en vigueur de l'EIMP, les dispositions cantonales que nous venons de mentionner deviendront sans objet. En effet, l'article 60 de la nouvelle loi considère, de manière générale, comme applicable la contrainte prévue par le droit de procédure, pour autant que «l'état de fait exposé dans la demande corresponde aux éléments objectifs d'une infraction réprimée par le droit suisse» (principe de la double incrimination). Même à l'égard d'Etats avec lesquels nous n'avons conclu aucun traité, l'ap-

plication de mesures coercitives ne se heurtera à aucune difficulté. Il est toutefois évident, que contrairement à ce que stipulent les traités, la Suisse n'a aucune obligation de donner une suite favorable à une requête émanant d'un pays avec lequel elle n'a pas conclu de traité. L'article premier, 3e alinéa EIMP précise en effet qu'elle «ne confère pas le droit d'exiger de la Suisse une coopération internationale en matière pénale».

2. *Principe de la proportionnalité*

Dans un arrêt du 26 septembre 1980[29], le Tribunal fédéral relève que le droit constitutionnel suisse n'admet les mesures de contrainte que dans la mesure où elles satisfont aux exigences de la proportionnalité. Il résulte de ce principe que l'autorité requise doit être à même, au vu des informations qui lui sont fournies, d'établir si le recours à des mesures de contrainte est nécessaire et indispensable. Pour l'autorité requise, il doit être évident qu'il y a une relation étroite entre les renseignements demandés et l'objet de la procédure suivie dans l'Etat requérant. Au vu de l'exposé des faits contenu dans la commission rogatoire, il doit être manifeste que les actes d'instruction demandés sont destinés à apporter la preuve ou à contribuer à l'administration de la preuve de la culpabilité (ou de l'innocence) des personnes impliquées dans la procédure étrangère. En revanche et à l'instar des procédures d'extradition, l'autorité requise est liée par l'exposé des faits figurant dans la commission rogatoire. Elle ne vérifie en aucune manière la réalité des faits décrits dans la demande d'entraide judiciaire, ce qui ne l'empêche d'ailleurs pas de tenir compte de contradictions et d'erreurs flagrantes qu'elle y trouverait[30].

Il n'est dès lors pas étonnant que la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 contienne une disposition relative au contenu des demandes d'entraide. Selon l'article 14 CEEJ, celles-ci doivent notamment indiquer l'autorité dont émane la demande, l'objet et le motif de cette dernière, l'identité et la nationalité de la personne en cause. Elles doivent mentionner «l'inculpation et contenir un exposé sommaire des faits». Cet exposé peut en effet être sommaire dans

[29] Non publié, en la cause S. c. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt und Überweisungsbehörde des Kantons Basel-Stadt, consid. 3 b) aa).
[30] Pour plus de détails, infra p. 294.

des affaires pénales simples. Il le sera certainement beaucoup moins, lorsqu'on se trouve en présence de causes compliquées, par exemple dans le domaine de la criminalité des affaires. Dans un tel cas, l'autorité requérante pourra être amenée à fournir à l'autorité requise, qui doit être en mesure de constater si les actes d'instruction demandés sont justifiés, une quantité considérable d'informations. Il est enfin évident qu'au début d'une procédure pénale l'autorité requise devra fréquemment se contenter d'informations fondées sur de simples soupçons. C'est d'ailleurs très souvent et précisément le résultat de cette mesure de contrainte qui permettra au magistrat requérant d'étayer ou de dissiper ses soupçons. Dans la procédure d'entraide judiciaire, la proportionnalité d'une mesure de contrainte qui, par définition, représente un empiétement sur le domaine privé des personnes concernées, revêt une importance primordiale.

VI. Voies de transmission des requêtes

L'entraide judiciaire étant, comme nous l'avons vu, une institution du droit des gens, les demandes sont acheminées par la voie prévue pour les rapports entre Etats souverains, c'est-à-dire par la voie diplomatique. A défaut d'un accord prévoyant une voie de transmission plus directe, c'est en principe la voie diplomatique qui doit être utilisée. Toutefois, on constate ces derniers temps de très nombreuses dérogations à ce principe. En effet, les autorités de poursuite pénale ont de plus en plus la tendance, pour des raisons d'urgence, d'utiliser la voie d'Interpol et d'omettre la voie diplomatique. Ceci s'explique par le fait qu'il est fréquent que l'autorité requérante soit en possession des informations demandées avant que la demande formelle ait pu être acheminée par la voie diplomatique.

La correspondance directe entre les autorités judiciaires n'a été prévue par les accords conclus en vue de compléter la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale qu'avec la République Fédérale d'Allemagne et l'Autriche[31]. La correspondance directe entre les autorités judiciaires n'est toutefois pas admise pour la transmission de «demandes ayant pour objet une mesure de perquisition ou de séquestre, la remise d'objets, le

[31] Art. VIII de l'accord conclu avec la République Fédérale d'Allemagne, RS 0.351.913.61, désigné ci-après: AC-RFA. Art. IX de l'accord conclu avec l'Autriche, RS 0.351.916.32, désigné ci-après: AC-A.

transfert ou le passage en transit de détenus, ainsi que les actes d'exécution». Ces requêtes sont transmises d'une part par l'Office fédéral de la police et d'autre part par les Ministères de la justice der Länder de la République Fédérale d'Allemagne, respectivement le Ministère de la justice d'Autriche. Conformément à l'article III du protocole concernant l'exécution des conventions d'établissement du 1er mai 1869[32], la correspondance directe est également prévue entre les cours d'appel et les tribunaux cantonaux en ce qui concerne un autre pays limitrophe, l'Italie. Malgré l'absence d'un accord, la correspondance directe est également très souvent utilisée avec un autre pays voisin, la Principauté du Liechtenstein.

Quant aux Etats qui ont ratifié la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale[33] et avec lesquels la Suisse n'a pas conclu d'accord complémentaire, les demandes d'entraide judiciaire sont transmises par l'intermédiaire des Ministères de la justice, soit, pour la Suisse, l'Office fédéral de la police. Cette voie de transmission est prévue à l'article 15 de la convention. Cette disposition déclare admissible la correspondance directe et la transmission par le truchement d'Interpol dans les affaires urgentes.

Pour les rapports avec les Etats-Unis d'Amérique, le traité conclu le 25 mai 1973 prévoit à son article 28 la correspondance directe entre les Offices centraux (pour la Suisse, l'Office fédéral de la police) auxquels il incombe de présenter les demandes pour le compte de leurs autorités judiciaires.

[32] RS 0.142.114.541.1.

[33] Outre la Suisse: l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la République Fédérale d'Allemagne, la France, la Grèce, Israël, l'Italie, le Liechtenstein, le Luxembourg, les Pays-Bas, La Norvège, la Suède et la Turquie.

Deuxième partie

Problèmes spécifiques de l'entraide judiciaire

I. L'applicabilité du droit de l'Etat requis lors de l'exécution de requêtes d'entraide judiciaire étrangères

1. Principe et bases légales

Conformément à l'un des principes les plus importants de l'entraide judiciaire, les requêtes étrangères sont exécutées – sauf quelques rares exceptions qui ne présentent ici aucun intérêt – d'après le droit de procédure suisse. Cette règle vieille de plus de cent ans[34] est parfois comprise comme étant une conséquence du principe du droit des gens «locus regit actum»[35] ou découlant du fait que l'Etat requis ne veut pas restreindre sa souveraineté en appliquant un droit de procédure étranger à la place du sien. Si l'autorité d'exécution préfère appliquer son propre droit, c'est aussi parce qu'elle craint de ne pas connaître suffisamment bien le droit étranger pour l'appliquer correctement[36].

La règle susmentionnée se trouve dans tous les traités conclus par la Suisse contenant des dispositions sur l'entraide judiciaire accessoire[37]. Elle figure également à l'article 9, chiffre 1 Tr-USA, ainsi libellé: «*La demande est exécutée selon le droit communément applicable dans l'Etat requis aux enquêtes et aux procédures à raison d'une infraction ressortissant à sa juridiction*». Selon l'article 3 CEEJ, «*la Partie requise fera exécuter, dans les formes prévues par sa législation, les commissions rogatoires relatives à une affaire pénale qui lui sont adressées par les autorités judiciaires de la Partie requérante et qui ont pour objet d'accomplir des actes d'instruction ...*». Le Conseil fédéral attribue une grande importance à cette disposition, car celle-ci «oblige d'appliquer à l'entraide, par analogie, les prescriptions des lois de

[34] Markees, RPS 92, p. 183, RPS 95, p. 117.
[35] Franck, p. 16. Cf. également ATF 105 Ia 213.
[36] Dussaix, p. 43.
[37] Une liste de ces traités est publiée dans JAAC 44/III, no 83, p. 382.

procédure pénale en vigueur dans l'Etat requis. Elle constitue dès lors, en l'absence d'une disposition correspondante du droit fédéral, la base indispensable à l'exécution de commissions rogatoires selon les principes applicables en matière de procédure pénale»[38]. En réalité, cette disposition est un blanc-seing qu'il faut compléter. Tant que l'entraide judiciaire en matière pénale ne fait, en Suisse, l'objet d'aucune loi fédérale, la Confédération ne peut s'engager qu'à ce que la Suisse fournisse l'entraide judiciaire conformément au code de procédure pénale ou à la loi sur l'organisation judiciaire applicables en l'espèce. On comprend que ce soit le droit de procédure *cantonal* qui s'applique lors de l'exécution d'une requête puisqu'au niveau fédéral il n'existe aucun code de procédure pénale, si ce n'est la loi fédérale sur la procédure pénale[39] qui ne règle que des affaires pénales fédérales et ne s'applique qu'à certaines infractions du code pénal suisse. C'est pourquoi l'exécution ne peut se faire que selon le droit cantonal.

Il faut relever que lorsque le Tribunal fédéral se prononce sur la portée de l'article 3 CEEJ, il ne renvoie pas seulement au droit de procédure cantonal, mais aussi aux principes procéduraux consacrés par la constitution, comme par exemple le principe de la proportionnalité[40]. Puisque les principes constitutionnels sont déjà mentionnés expressément ou implicitement dans la procédure cantonale, nous ne parlerons ici que du droit de procédure pénale cantonal (PPC).

L'article 9 EIMP reprend cette règle en la précisant et en la complétant. L'entrée en vigueur de cette loi constituera un progrès appréciable, puisque celle-ci offrira à la Suisse entière un droit écrit et détaillé. En l'état actuel des choses, il convient de se pencher sur les principes juridiques créés au cours des ans par la doctrine et la pratique, et dont l'influence s'est fait sentir lors de l'élaboration de l'EIMP. D'ailleurs, cette loi est une sorte de codification de la pratique dont elle a repris de nombreuses règles et, pour bien la comprendre, il est indispensable d'étudier le droit actuel et son interprétation. Sous chiffres 2 et 3 de ce chapitre (I), nous donnerons un aperçu de cette pratique, puis nous aborderons les problèmes résultant des différences entre le droit de

[38] Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à l'approbation de six conventions du Conseil de l'Europe, du 1er mars 1966 (désigné ci-après: message six conventions), FF 1966 I, p. 490.

[39] RS 312.0.

[40] ATF 105 Ia 213; ATF non publié du 26 septembre 1980 en la cause S. c. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt und Überweisungsbehörde des Kantons Basel-Stadt, consid. 3 a.

procédure des cantons et celui de l'entraide judiciaire en matière pénale, et nous présenterons les solutions apportées par la pratique et prévues par l'EIMP.

2. *La pratique suisse*

En faisant appel au principe selon lequel l'Etat requis applique le droit de procédure prévu par son droit pénal, on tend à mettre l'Etat étranger sur un pied d'égalité dans le domaine judiciaire, en ce sens que les moyens prévus en Suisse pour découvrir la vérité dans une procédure pénale peuvent être utilisés également dans une procédure étrangère[41]. En même temps, la règle mentionnée apporte une restriction, car la recherche des moyens de preuve pour une autorité étrangère ne peut se faire que de la façon prévue pour la procédure suisse[42]. D'après le Tribunal fédéral, on applique en principe les règles du code de procédure pénale du canton d'exécution, pour autant que celles-ci soient conciliables avec le but de la requête d'entraide judiciaire. Cela signifie que les garanties de la procédure appartiennent aussi aux personnes contre lesquelles une poursuite pénale est engagée à l'étranger: elles bénéficient des voies de recours prévues par le droit cantonal[43]. C'est d'après celui-ci que se déterminent l'obligation de témoigner, la faculté de refuser le témoignage[44], la forme et l'exécution de la perquisition[45], la saisie d'objets en possession de tiers (et une éventuelle levée des scellés)[46] ou l'aptitude d'un objet à servir de pièce à conviction[47].

Cependant, il n'en demeure pas moins que, lors de l'application du droit de procédure cantonal, il faut tenir compte des exigences de l'entraide judiciaire internationale et qu'il n'est pas possible de donner à ce droit une interprétation contraire au but

[41] MARKEES, RPS 89, p. 239, RPS 92, p. 183; DUSSAIX, p. 42.
[42] HAUSER, RPS 83, p. 227.
[43] ATF 98 Ia 232, 103 Ia 208, 105 Ia 211s. Cf. également SCHULTZ, Secret bancaire et Tr-USA, p. 32s.
[44] JAAC 27, p. 21; MARKEES, RPS 92, p. 183, RPS 95, p. 117; SCHULTZ, Secret bancaire et Tr-USA, p. 21; ATF non publié du 22 mars 1978 en la cause Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich c. B., consid. 7.
[45] Voir à ce sujet l'état de fait et le consid. 8 (non publié) de l'ATF 103 Ia 206s.
[46] HAUSER, RPS 87, p. 159; RSJ 74, p. 142s. (arrêt de la «II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich», du 20 septembre 1977).
[47] Rep. 1977, p. 281 (arrêt de la «Camera dei ricorsi penali del Tribunale di Appello del Cantone Ticino», du 18 février 1976).

de l'entraide[48]. Le renvoi d'un traité – que ce soit la convention européenne d'entraide judiciaire ou un traité bilatéral – au droit de procédure cantonal ne fait pas de ce dernier du droit conventionnel[49], ce qui a des conséquences en matière de recours de droit public au Tribunal fédéral[50]. En outre, il ne faut pas perdre de vue que les conditions à remplir pour accorder l'entraide judiciaire et pour pouvoir ordonner les mesures de contrainte prévues par le droit cantonal ne sont pas dictées par le code de procédure cantonal, mais par le traité qui s'applique en l'espèce[51].

3. Problèmes créés par la référence au droit de procédure cantonal

Ce résumé montre que la simple référence au principe de l'application du droit suisse et, par conséquent, au droit de procédure pénale cantonal ne résout pas tous les problèmes. A la suite du développement des relations d'entraide judiciaire, de nouvelles questions se sont posées. Nous en traiterons quatre, conscients que nous sommes cependant qu'il est impossible de faire ici le tour complet de ces problèmes. Nous avons choisi les thèmes suivants: la délimitation des compétences entre la Confédération et les cantons (4), la présence de fonctionnaires étrangers ou de représentants des parties lors de l'exécution de la requête d'entraide judiciaire (5), le rapport entre la procédure d'entraide judiciaire et celle de la levée de scellés (6) et les voies de droit dans la procédure d'entraide judiciaire (7).

4. La délimitation des compétences entre la Confédération et les cantons

La délimitation des compétences lors de l'examen de requêtes d'entraide judiciaire étrangères est un problème complexe. En effet, d'une part la décision sur l'existence et l'étendue de l'obligation de fournir l'entraide est une tâche qui fait partie de la surveillance des rapports internationaux et de la charge des rela-

[48] ATF 99 Ia 90, RSJ 74, p. 143, ainsi que JAAC 27, p. 14.
[49] ATF 98 Ia 230s.
[50] Infra p. 296.
[51] JAAC 27, p. 15; exception faite du cas où il n'existe pas de traité d'entraide entre la Suisse et l'Etat requérant.

tions extérieures[52], deux devoirs qui incombent au Conseil fédéral; celui-ci a délégué cette compétence à l'Office fédéral de la police[53]. D'autre part, la Confédération ne disposant pas des moyens nécessaires (forces de police, juges d'instruction), elle doit pouvoir, pour tout ce qui concerne l'exécution de demandes d'entraide judiciaire, s'en remettre aux cantons[54]. En outre, la correspondance directe entre autorités judiciaires (tribunaux, parquets, juges d'instruction) est prévue avec la RFA, l'Autriche et l'Italie[55]; dans les relations d'entraide avec ces pays, l'Office fédéral de la police ne traite qu'une petite partie des demandes. Une pratique s'est instaurée selon laquelle l'Office fédéral de la police se limite à refuser l'entraide lorsque celle-ci paraît exclue de prime abord. Dans les autres cas, la requête est transmise au canton qui statue sur sa recevabilité[56]. Cette délégation ne concerne que la compétence de décision et non pas le pouvoir de légiférer en matière d'entraide; cependant, les dispositions cantonales dans ce domaine demeurent valables jusqu'à l'entrée en vigueur de l'EIMP. Cette compétence en matière législative, la Confédération l'a déjà utilisée et bien avant l'élaboration de l'EIMP, en signant et en ratifiant la convention européenne d'entraide judiciaire, en concluant un traité d'entraide judiciaire avec les Etats-Unis et en mettant en vigueur la loi y relative.

Bien que la décision portant sur la recevabilité de la requête d'entraide incombe aux cantons concernés et soit considérée comme une activité ressortissant aux autorités judiciaires, elle comporte également des aspects de droit international public. C'est pourquoi le Conseil fédéral demeure l'autorité suprême chargée de veiller à une exécution correcte des demandes et à l'uniformité des dispositions dans les traités[57]. Cette surveillance, conformément aux arrêtés susmentionnés, a été déléguée à l'Office fédéral de la police. *Au sein du canton,* ce sont les parquets et les juges d'instruction qui sont chargés de l'exécution de la requête[58]. Cette répartition des tâches peut paraître claire et évi-

[52] JAAC 27, p. 13; SCHULTZ, Secret bancaire et Tr-USA, p. 16.
[53] Supra p. 264.
[54] Message EIMP, FF 1976 II, p. 466.
[55] AC-RFA, art. VIII; AC-A, art. IX, ainsi que l'art. III du protocole du 1er mai 1869 concernant l'exécution de la convention d'établissement et consulaire du 22 juillet 1868 (RS 0.142.114.541.1).
[56] JAAC 27, p. 17; ATF 98 Ia 230s.; HAUSER/HAUSER, Kommentar GVG, p. 447; HAUSER, RPS 87, p. 151; SCHULTZ, Secret bancaire et Tr-USA, p. 17.
[57] JAAC 40/IV, no 88, p. 94.
[58] RSJ 1978, p. 143; HAUSER, RPS 83, p. 234.

dente; pourtant de nombreux problèmes se posent pour savoir à qui appartient la décision dans un cas déterminé. L'exemple suivant illustrera bien cette affirmation (il s'agit d'un problème qui fut examiné par le Conseil fédéral l'an dernier[59]: une procédure pénale fut engagée par l'Italie qui reprochait à des personnes privées et à des fonctionnaires italiens d'avoir accepté des pots-de-vin lors de l'achat d'avions militaires. Le tribunal italien chargé de cette instruction adressa à la Suisse une requête pour connaître les noms des bénéficiaires d'une certaine somme. Il fut prouvé que la somme en question avait été virée d'un compte à numéro d'une banque tessinoise sur un autre compte à numéro d'une filiale de cette banque. La banque concernée s'opposa à ce qu'on transmît ces renseignements à l'autorité requérante tandis que, pour sa part, l'Office fédéral de la police exigea la révélation de l'identité du titulaire du deuxième compte. Une décision intervint rejetant l'opposition de la banque et obligeant cette dernière à révéler le nom qu'elle voulait taire. Le Conseil fédéral admit un recours visant à annuler cette décision. Il invoqua le motif suivant: l'application du droit cantonal de procédure pénale a pour effet que l'exécution des actes est du seul ressort des autorités cantonales. L'Office fédéral de la police peut prendre des mesures en vue de coordonner les actes d'entraide ou pour régler d'éventuels différends avec les autorités étrangères, mais il n'est pas compétent pour trancher définitivement si l'entraide doit être accordée ou non, avant la transmission de la requête au canton, car, dans le cadre de la convention européenne d'entraide judiciaire, c'est au canton que cette décision incombe. Puisque la demande faite à une banque de révéler l'identité du titulaire d'un compte constituait une mesure de contrainte et que seul le canton pouvait l'ordonner, l'affaire fut transmise pour décision au canton. Dans cet arrêt, deux points sont à retenir: premièrement, les oppositions à l'octroi de l'entraide doivent être adressées aux autorités cantonales et non à l'Office fédéral de la police; deuxièmement, toutes les mesures d'exécution qui imposent une obligation à une personne privée (physique ou morale) ne peuvent être ordonnées que par le canton. Il va de soi que l'Office fédéral de la police peut toujours exécuter les requêtes s'il dispose déjà des indications à fournir (par exemple, lorsqu'il s'agit de questions concernant les antécédants judiciaires d'une personne).

Le Tribunal fédéral et le Conseil fédéral ont, certes, dans leurs décisions, précisé l'étendue des compétences respectives de la

[59] Le cas est publié dans JAAC 44/IV, no 133, p. 629.

Confédération et des cantons; cependant, il y a encore certaines lacunes. L'Office fédéral de la police éprouve de grandes difficultés à exercer son devoir de surveillance des relations d'entraide judiciaire; en effet, si un canton refuse, à tort, de fournir l'entraide, l'Office fédéral de la police ne dispose d'aucun moyen pour l'y contraindre. Seul le Conseil fédéral peut ordonner la révocation de cette décision en faisant usage de ses compétences à la suite d'une proposition de l'Office fédéral de la police. Cette intervention est très rare dans la pratique. Ce procédé n'est utilisé que si l'Etat requérant se plaint, par voie diplomatique, de ne pouvoir obtenir l'entraide garantie par les traités[60]. L'Office fédéral de la police a tenté d'éviter de tels conflits de situations en organisant, dans les cas critiques, un échange de vues avec le canton d'exécution et en publiant – comme déjà mentionné – des directives sur l'entraide judiciaire en matière pénale[61]. Il est à noter que de tels conflits sont relativement rares, grâce aux contacts fréquents entre les services fédéraux et cantonaux et à leur travail consciencieux. Il reste cependant difficile et même impossible de garantir l'uniformité si deux cantons, en présence de la même requête, statuent différemment sans qu'il existe pour cela de raisons concluantes. Il est bien évident que seules les affaires importantes sont transmises au Conseil fédéral et que son intervention n'a pas lieu tous les jours. Ce manque d'uniformité nuit également à la sécurité du droit. Une autre lacune désavantage les personnes privées: il n'y a pas de réglementation précise des moyens de droit. Nous reviendrons plus loin sur ce point[62].

Dans l'EIMP, toute une série de dispositions (art. 9, 12 à 22, 75 à 78) est consacrée aux autorités et à leurs compétences dans la procédure d'entraide judiciaire accessoire en matière pénale. La plupart des grands principes de la pratique actuelle y ont été repris et on les a complétés sur des points importants. Ainsi, l'article 12 EIMP établit sans équivoque que *l'exécution de la procédure d'entraide judiciaire incombe principalement aux cantons.* Cela signifie que les juges d'instruction et les parquets, comme jusqu'à présent, devront décider si et sous quelle forme la demande étrangère peut être exécutée. Le principe selon lequel les cantons statuent sur l'admissibilité de l'entraide et exécutent la requête est repris par le nouveau droit (art. 76, 1er al. EIMP).

[60] Cf. par exemple le cas publié dans JAAC 40/IV, no 88, p. 88.
[61] JAAC 44/III, no 83, p. 381.
[62] Infra p. 292s.

La question de savoir si l'entraide peut ou doit être accordée est réglée d'après l'EIMP ou, dans des cas déterminés, d'après le traité applicable en l'espèce (CEEJ, traité d'extradition), tandis que la décision portant sur la forme de l'entraide judiciaire est prise sur la base des dispositions de procédure cantonale applicables (art. 9 EIMP, in fine). Conformément au principe établi par la jurisprudence[63], le juge d'instruction ou le parquet doit examiner si la solution proposée par le droit de procédure cantonal est conciliable avec le but de l'entraide judiciaire et si l'EIMP ou un traité international ne prévoit pas une autre solution (art. 1 et 9 EIMP). L'EIMP contient des dispositions spéciales d'exécution concernant surtout les mesures provisoires (art. 15), la présence de personnes chargées de l'instruction ou de mandataires étrangers, ainsi que l'application du droit étranger (art. 62) et la consultation du dossier (art. 76, 3e al.).

L'article 75, 1er alinéa EIMP entérine la pratique actuelle: c'est l'*Office fédéral de la police* qui examine si une requête d'entraide judiciaire satisfait aux *exigences formelles* de la loi ou du traité; puis, cet Office transmet la demande aux autorités cantonales compétentes, à moins que l'entraide n'apparaisse manifestement inadmissible. Si les autorités de poursuite pénale cantonales correspondent directement avec l'étranger (cette correspondance directe existe avec la RFA, l'Autriche et l'Italie[64]), cette première décision leur appartient également, car, alors, la requête n'est pas acheminée par l'intermédiaire de l'Office fédéral de la police (art. 76, 2e al. EIMP).

En sa qualité d'*autorité de surveillance*, l'Office fédéral de la police peut attaquer les décisions des cantons au moyen des voies de recours prévues par le droit cantonal (art. 76, 4e al. EIMP) et du recours de droit administratif au Tribunal fédéral (art. 21, 3e al. EIMP). Il dispose ainsi d'instruments efficaces pour se faire entendre en cas de litige. Afin que l'Office fédéral de la police soit en mesure d'exercer ses compétences, l'article 6 de l'ordonnance du Conseil fédéral relative à l'EIMP exigera que les cantons communiquent à cet Office les jugements et décisions de dernière instance en la matière.

Mis à part la décision concernant la forme de la requête, celle de refuser l'entraide lorsqu'elle est manifestement inadmissible et ses tâches d'autorité de surveillance, l'Office fédéral de la police détermine s'il convient de confier l'exécution de la requête

[63] Supra p. 276, note 48.
[64] Supra p. 270s.

à une autorité fédérale, lorsque la poursuite de l'infraction relèverait de cette autorité en cas de commision en Suisse (art. 13 EIMP). On pense ici au Ministère public de la Confédération, dans l'hypothèse où une requête est adressée à la Suisse, dans le cadre d'affaires de stupéfiants, de fausse monnaie, d'explosifs ou d'infractions s'y rapportant. Pour coordonner les actes d'instruction effectués dans différents cantons, l'Office fédéral de la police peut charger l'autorité compétente de l'un d'entre eux de conduire les opérations (art. 77 EIMP).

Les affaires ayant un caractère politique ou qui sont importantes pour assurer une application uniforme de la loi sont du ressort des autorités fédérales[65]: le Département fédéral de justice et police décide si l'exécution d'une requête est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou à d'autres intérêts importants de la Suisse (art. 14, 1er al. EIMP); l'Office fédéral de la police examine si la procédure étrangère présente de graves défauts qui font obstacle à toute entraide ou s'il y a lieu de demander à l'Etat requérant une garantie de réciprocité (art. 14, 2e al. EIMP).

Avant de terminer ce point, il convient d'ajouter que la loi fédérale relative au traité conclu avec les Etats Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, confère à l'Office fédéral de la police des compétences plus larges que celles dont elle dispose dans les relations d'entraide avec d'autres Etats: lors de la réception de la requête, celui-ci n'examine pas seulement si la demande satisfait aux exigences de forme du traité et si l'entraide requise n'est pas manifestement inadmissible, mais aussi, sur la base des faits exposés dans la demande, si les infractions que vise la procédure américaine sont punissables en droit suisse (art. 10 LF-USA). Outre cette décision d'entrée en matière, l'Office fédéral de la police doit accomplir certaines tâches spéciales, décrites dans la loi (art. 5 LF-USA) et c'est lui qui adresse les requêtes d'entraide aux Etats-Unis, à la demande des cantons (art. 28, 1er al. Tr-USA). La diversité des systèmes juridiques que reflète le traité et celle de l'organisation de leurs procédures pénales justifient une collaboration de l'Office fédéral de la police plus étroite qu'elle ne l'est généralement avec d'autres Etats[66]. Lors de la conclusion de traités d'entraide judiciaire avec d'autres Etats de tradition anglo-saxonne, la question de savoir s'il convient de

[65] Message EIMP, FF 1976 II, p. 466.

[66] Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'une loi relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale (désigné ci-après: message LF-USA), FF 1974 II, p. 634.

maintenir ces particularités se posera. Les expériences faites jusqu'aujourd'hui sont plutôt positives, car les juges d'instruction semblent être reconnaissants à l'autorité centrale de l'aide qu'elle leur apporte.

5. La présence de représentants des parties étrangères lors de l'exécution de la requête d'entraide judiciaire en Suisse

Ni la CEEJ, ni le Tr-USA, ni l'EIMP ne traitent, en relation avec l'applicabilité du droit de procédure pénale cantonal, la question de la présence de représentants des parties étrangères. Il s'agit pourtant d'un problème qui, comme nous le verrons, exerce une certaine influence sur le principe susmentionné et en restreint l'application.

Il faut ajouter que les deux accords précités (art. 4 CEEJ, art. 12, 3e al. Tr.-USA) et l'EIMP (art. 62, 1er al., let. a) ne formulent pas de la même façon la règle en question et ne lui accordent pas la même portée. Ces trois bases légales ont ceci en commun: elles règlent la présence de personnes participant à la procédure étrangère, lors de l'exécution d'une requête d'entraide judiciaire en Suisse. Le terme «présence» signifie uniquement, d'après la conception suisse, que les personnes participant à la procédure étrangère sont autorisées à *assister* à l'exécution de la demande d'entraide judiciaire[67]. Le magistrat suisse compétent conserve la direction des opérations et ce n'est que par son intermédiaire que peut agir la personne étrangère participant à la procédure. Cette personne peut, par exemple, suggérer au magistrat suisse de poser certaines questions ou préciser les documents qui doivent être saisis lors d'une perquisition; la décision finale n'en appartient pas moins au magistrat suisse chargé de l'exécution de la requête qui doit être présent lors de ces opérations; charger la police de cette mission n'est généralement pas possible[68]. Il y a lieu notamment de tenir compte de cette situation (en droit) lors de la rédaction de procès-verbaux d'audition ou de saisie. *Il faut faire une distinction très nette entre la simple présence (au sens où elle vient d'être exposée) et l'exécution d'un acte officiel sur le territoire suisse par une autorité étrangère, acte punissable en vertu de l'article 271 CP si une autorisation préalable n'a pas été accordée.*

[67] Cf. ATF 103 Ia 215.

[68] Cf. ATF 103 Ia 215. Une délégation est possible d'après le code de procédure pénale vaudois.

La recherche de moyens de preuve dans une procédure pénale en Suisse est, d'après la conception suisse, une activité qui incombe à une autorité ou à un fonctionnaire et ne peut être exercée d'emblée par une autorité étrangère[69]. Souvent les requêtes des Etats anglo-américains exigent que des fonctionnaires de l'Etat requérant soient autorisés à procéder eux-mêmes à l'exécution. De telles demandes nous renseignent sur la conception de l'Etat requérant en la matière[70], mais la pratique suisse n'en demeure pas moins très réservée à cet égard: au cours des dix dernières années, notre pays n'a accordé à des Etats étrangers que cinq autorisations.

On autorise l'exécution d'actes officiels lorsque l'octroi de l'entraide par le truchement d'un fonctionnaire suisse est impossible ou dénuée de sens, par exemple lorsqu'on demande une visite locale par un tribunal, des photographies de moyens de preuve qui, en raison du droit de procédure étranger, doivent être prises par le fonctionnaire étranger, ou l'interrogatoire d'un témoin dans un cas de criminalité des affaires dont le dossier remplit déjà plusieurs dizaines de classeurs à l'étranger, si bien qu'il serait impossible au juge d'instruction suisse d'en prendre connaissance dans un délai raisonnable et de procéder à une audition présentant un certain intérêt pour l'Etat requérant.

Dès qu'il est question que des fonctionnaires étrangers ou – s'il s'agit d'une procédure pénale anglo-américaine – que des avocats exécutent des actes officiels en Suisse, une *autorisation du Département fédéral de justice et police* (l'Office fédéral de la police fonctionne dans ce cas comme autorité d'instruction pour le Département) est nécessaire[71]. Outre l'autorisation de la Confédération, une autorisation cantonale est généralement exigée, car l'exécution d'un acte officiel ne porte pas atteinte seulement à la souveraineté fédérale, mais aussi à la compétence judiciaire des cantons.

Qu'en est-il de la présence de représentants des parties lors de l'exécution d'une requête d'entraide judiciaire étrangère en Suisse? La CEEJ autorise les autorités et personnes étrangères concernées à y assister, à condition que la Partie requérante le demande expressément et que la Suisse y consente (art. 4). Les accords complémentaires conclus avec la RFA et avec l'Autriche

[69] MARKEES, JdT 1968 IV, p. 100.

[70] Cf. MARKEES, JdT 1968 IV, p. 99s. et HERMANN, ZGStrR 80, p. 331s. quant à l'obtention des preuves selon la procédure anglo-américaine.

[71] Cf. arrêté du Conseil fédéral du 7 juillet 1971, RS 172.012.

obligent la Suisse à accorder aux personnes participant à la procédure (représentants des autorités requérantes, autres personnes prenant part au procès, ainsi que leurs mandataires) l'autorisation d'assister à l'exécution de la requête[72]. L'AC-RFA va jusqu'à déclarer que les personnes qui concourent à la procédure reçoivent cette autorisation même si le droit de l'Etat requis ne prévoit pas leur présence lors de l'administration d'actes d'instruction, mais que la législation interne de l'Etat *requérant* le permet. Cette clause spéciale déroge à l'article 3, paragraphe 1 CEEJ (application du droit de l'Etat requis), puisqu'elle prévoit que le droit allemand s'applique lors d'une requête allemande adressée à la Suisse[73].

En pratique, les personnes participant à la procédure étrangère sont admises lors de l'exécution d'une requête étrangère si leur présence est une condition indispensable pour qu'un moyen de preuve recueilli en Suisse soit recevable à l'étranger ou si, en toute logique, l'acte d'entraide ne peut être accompli sans elles. Dans la première hypothèse, il suffit que la Partie requérante fasse état des dispositions légales ayant cours chez elle en matière de preuve, mais, dans la seconde, la décision est plus délicate.

En règle générale, on devrait autoriser la présence de personnes concourant à la procédure dans des enquêtes complexes faites dans le domaine de la criminalité des affaires, pour autant que cela ne suscite pas de difficultés insurmontables. En effet, il est fréquent que, dans ce genre d'affaires, une saisie portant sur une quantité de documents soit exigée et que lors de la perquisition, il soit très difficile de déterminer quels sont les documents importants[74]. Si les expériences faites en Suisse dans le domaine de la criminalité des affaires démontrent qu'il est indispensable que les personnes chargées de recueillir les preuves participent déjà à la préparation des perquisitions et que les juges d'instruction, les fonctionnaires de la police et les experts comptables se trouvent sur les lieux lors de ces opérations[75], parce que ce sont eux qui devront examiner le matériel recueilli, il convient d'observer le

[72] AC-RFA, art. III; AC-A, art. III.

[73] Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à l'approbation de l'AC-RFA, FF 1970 II, p. 248. Cette règle spéciale s'explique par le fait que l'application de dispositions cantonales qui interdisent la présence de personnes participant à la procédure pourrait constituer un motif de cassation en droit allemand. Ceci aurait pour effet de rendre inutile la procédure d'entraide en Suisse.

[74] ANTOGNAZZA, RPS 93, p. 69s.

[75] ANTOGNAZZA, RPS 93, p. 71.

même principe lors de l'exécution de requêtes étrangères concernant de telles infractions. La présence de fonctionnaires étrangers doit alors être admise à tout prix, sous peine de voir les investigations effectuées en Suisse demeurer vaines. Le Tribunal fédéral juge cette présence admissible et estime que les dispositions y relatives n'interdisent pas qu'à l'occasion d'une saisie effectuée en faveur des autorités requérantes, les représentants de celles-ci ou des parties donnent des instructions aux autorités cantonales d'exécution[76].

Cette règle est aussi valable pour les auditions de témoins ou d'inculpés lorsque l'état de fait est complexe ou qu'il faut admettre, à partir des réponses données, que d'autres questions s'imposent. Dans de tels cas, la présence de juges d'instruction ou de fonctionnaires de police étrangers peut faciliter l'exécution. Elle permet de supprimer les questions inutiles, de compléter la requête et d'éviter ainsi une nouvelle demande.

La présence de fonctionnaires de police ou de juges d'instruction étrangers lors de perquisitions ou d'auditions de témoins ou d'inculpés donne lieu à certaines objections: on craint que les fonctionnaires présents ne prennent des notes concernant des documents qui ne pourront pas leur être remis ou qu'ils utilisent ce qu'ils ont vu ou entendu aux fins de poursuivre d'autres infractions que celles pour lesquelles l'entraide a été accordée (délits fiscaux, par exemple). De telles objections ont été soulevées, notamment en ce qui concerne la présence de membres de la «Guardia di Finanza» italienne, du contrôle des douanes allemand (Zollfahndung) ou de procureurs chargés d'une instruction pénale présentant à la fois des aspects de droit commun et des aspects fiscaux.

Effectivement, il n'est pas exclu que des fonctionnaires étrangers assistant à l'exécution soient mis au courant de faits concernant à la fois l'infraction pour laquelle l'entraide a été accordée et des délits de nature fiscale. On ne remédie cependant pas à cet inconvénient en interdisant la présence d'un fonctionnaire étranger lors de l'exécution, car celui-ci pourrait découvrir les mêmes renseignements dans les documents fournis par la Suisse. La réserve dite «de la spécialité»[77], formulée dans la plupart des cas, constitue – tant lors de la remise directe de documents à des

[76] ATF non publié du 26 septembre 1980, en la cause S. c. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt und Überweisungsbehörde des Kantons Basel-Stadt, consid. 2.

[77] Infra p. 309s.

fonctionnaires étrangers que lors de la transmission par la voie officielle – une protection efficace, puisqu'elle défend que les documents fournis soient utilisés comme moyens de preuve aux fins de poursuivre une infraction autre que celle pour laquelle la Suisse a accordé l'entraide[78]. Ainsi, le principe selon lequel on n'accorde pas l'entraide en matière pénale pour des délits fiscaux est scrupuleusement respecté. C'est pourquoi les personnes concernées par la demande ne peuvent exiger l'exclusion de fonctionnaires étrangers lors de l'exécution de la requête relative à une infraction de droit commun, sous prétexte qu'il s'agit en même temps d'une infraction fiscale.

L'EIMP traite le problème de la présence de personnes participant à la procédure étrangère à l'article 62, 1er alinéa, lettre a, sous le titre «Application du droit étranger». Cette disposition ne concerne que le premier cas d'application, à savoir les demandes d'assister à la procédure faites par l'Etat étranger «en vertu de son propre droit». Ces termes visent l'hypothèse où la présence de personnes participant à la procédure étrangère lors de la recherche de moyens de preuve en Suisse est une condition indispensable pour la recevabilité de ces preuves à l'étranger. Si le projet du Conseil fédéral ne mentionne pas expressément la seconde éventualité, c'est-à-dire le cas où la présence de fonctionnaires étrangers faciliterait considérablement le succès de la poursuite pénale ou de la procédure d'entraide, c'est parce qu'il distingue les deux hypothèses suivantes: dans la première, l'autorisation doit être accordée[79], tandis que dans la seconde, cette obligation n'existe que si l'autorisation est compatible avec le droit de procédure pénale cantonal applicable. Selon la version adoptée par les Chambres fédérales, l'autorisation «*peut* être accordée», alors que le texte du Conseil fédéral proposait «*doit* être accordée»; il y a lieu dès lors de craindre que les personnes participant à la procédure étrangère en Suisse ne puissent jamais, même si cette mesure était indiquée, assister à l'exécution de la demande lorsque le droit étranger ne qualifie pas leur présence d'indispensable.

Le traité d'entraide judiciaire conclu avec les Etats-Unis résout le problème d'une façon différente: l'accusé ou l'inculpé, de même que son conseil ont toujours le droit d'assister à l'exécution de la requête si l'Etat requérant l'exige (art. 12, 2e al.). La

[78] Infra p. 309s.

[79] Le message EIMP parle du *droit* d'assister aux actes d'entraide, FF 1976 II, p. 469.

Suisse n'a l'*obligation* d'autoriser la présence d'un représentant d'une autorité américaine que si la loi de procédure américaine subordonne l'admission d'un moyen de preuve recueilli en Suisse à cette présence (art. 12, 3e al., let. a). La Suisse consent également à une telle présence si elle constate, au vu de la complexité de l'affaire, que celle-ci faciliterait considérablement le déroulement de la procédure d'entraide et le succès de la poursuite pénale (art. 12, 3e al., let. b). Le traité prévoit encore «d'autres cas» dans lesquels cette présence peut être autorisée (art. 12, 3e al., let. c); il semble qu'il s'agisse ici d'une clause de prudence car, au cours des quatre ans d'application du traité, on y eut jamais recours, les conditions des lettres a ou b du 3e alinéa de l'article 12 étant toujours réalisées. L'article 12, 4e alinéa Tr-USA prévoit en outre expressément que les personnes étrangères dont la présence est autorisée ont le droit de poser des questions conformément aux règles de procédure suisse, pour autant que ces questions ne soient pas inadmissibles selon le droit de l'un des deux Etats. Cela ne signifie pas, cependant, qu'un procureur américain pourra mener la procédure d'entraide; le magistrat suisse reste maître de la procédure et il ne manquera pas d'écarter les questions que son droit de procédure n'admet pas.

Dans les cas où la présence de personnes participant à la procédure étrangère n'est pas, d'après le droit américain, une condition indispensable à l'admission d'un moyen de preuve, l'Office fédéral de la police, avant d'autoriser cette présence, doit demander l'avis de la personne concernée par l'exécution de la demande et celui de l'autorité cantonale d'exécution (art. 26 LF-USA). La personne concernée peut attaquer la décision de l'Office fédéral de la police au moyen d'un recours de droit administratif (art. 18, 2e al., let. d, en relation avec l'art. 17 LF-USA). Cette réglementation peut être considérée comme raisonnable lorsqu'il s'agit d'entendre des témoins, mais est quasiment inapplicable en cas de participation d'un fonctionnaire américain à une perquisition faite en Suisse: en effet, si l'on veut bénéficier de l'effet de surprise, il est préférable de ne pas demander, avant la perquisition, au titulaire du droit à l'inviolabilité de son domicile, s'il consent à ce qu'un fonctionnaire américain assiste à l'opération! – On peut se réjouir de ce que l'EIMP ne contienne aucune règle à ce sujet.

L'article 18, 5e alinéa Tr-USA règle un cas particulier de la présence de personnes participant à la procédure étrangère: il s'agit de respecter certaines prescriptions spéciales en matière d'authentification des documents fournis, qui découlent du droit que le VIe amendement à la constitution américaine confère à

l'accusé d'être confronté avec les témoins à charge. Dans de tels cas, on ne prévoit pas de prise de position antérieure des personnes concernées.

Certaines difficultés peuvent surgir si des personnes participant à la procédure étrangère ont l'occasion de prendre connaissance de secrets bancaires ou de secrets d'affaires appartenant à des tiers qui ne sont pas impliqués dans l'infraction poursuivie à l'étranger[80]. Dans une telle éventualité, on n'autorisera la présence de personnes étrangères que si l'on estime que les prescriptions légales protégeant le secret doivent céder le pas à l'obligation d'accorder l'entraide. L'article 12, 3e alinéa, lettres d et e Tr-USA et l'article 79 EIMP fixent les conditions auxquelles sont subordonnées la présence et l'exclusion des personnes participant à la procédure étrangère.

6. Les relations entre la procédure d'entraide judiciaire et la procédure de levée des scellés

Si des documents appartenant à un tiers (c'est-à-dire à une personne qui n'est ni accusée, ni inculpée) sont saisis, le détenteur de ces documents peut exiger qu'ils soient mis sous scellés sans avoir été lus et qu'une autorité supérieure, en général une instance judiciaire, décide, au cours de la procédure de levée des scellés, si ces pièces doivent être versées au dossier ou, au contraire, restituées à l'ayant-droit[81]. Dès lors, on peut se demander comment concilier la procédure d'entraide judiciaire avec la procédure de levée des scellés.

Personne ne conteste qu'une procédure de levée des scellés puisse être instruite lors de l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire; ce principe découle déjà du renvoi de l'EIMP ou des traités au droit de procédure pénale cantonal applicable, ainsi que de la règle formulée par le Tribunal fédéral, selon laquelle le code de procédure pénale du canton concerné s'applique en principe, pour autant que ses dispositions soient conciliables avec le but de l'entraide judiciaire[82]. Cependant, on ne dit pas *quand* cette procédure de levée des scellés doit avoir lieu. Le problème

[80] Cf. infra p. 326s. au sujet du tiers non-impliqué.

[81] HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 180s.; CLERC, Initiation, p. 179. Cf. également l'art. 69, 3e al. PPF (RS 312.0); PPC NE, art. 170, 2e al. et PPC JU, art. 185, 2e al.

[82] Supra p. 275.

se pose notamment lorsque le possesseur des documents affirme que les conditions nécessaires pour octroyer l'entraide ou pour appliquer des mesures de contrainte font défaut et qu'il fait valoir, en même temps, que les documents saisis n'ont rien à voir avec l'infraction poursuivie à l'étranger et qu'il s'agit, dès lors, d'une atteinte au domaine secret de cette personne. S'il y a opposition, les documents sont mis sous scellés sans être lus. Il faut remarquer que, dans ce cas, le détenteur des documents a soulevé deux objections: premièrement, il a contesté l'admissibilité de l'entraide ou la forme dans laquelle la demande a été présentée, question qui doit être tranchée d'après les dispositions du traité; deuxièmement, il a prétendu que les documents n'auraient pas dû être saisis, problème qui doit être résolu d'après le droit cantonal applicable. Il s'agit de deux décisions distinctes et il importe de savoir dans quel ordre les traiter.

Bien qu'il ait déjà rendu plusieurs arrêts en matière de levée des scellés, le Tribunal fédéral n'a jamais défini clairement sa position à ce sujet. Dans l'ATF 103 Ia 214, il a estimé que la personne concernée par un séquestre pouvait exiger qu'une demande d'entraide judiciaire insuffisante soit complétée avant la levée des scellés et avant la remise des documents saisis aux autorités étrangères. Deux ans plus tard, toutefois, il déclarait que la décision d'accorder l'entraide était subordonnée à la levée des scellés, car l'autorité suisse requise ne pouvait réellement examiner si toutes les conditions fixées pour l'octroi de l'entraide étaient réunies, avant de connaître le contenu des documents mis sous scellés[83].

La même année, le Tribunal fédéral décidait que, pour pouvoir remettre à l'Etat étranger des documents mis sous scellés, il fallait que les conditions prévues par la CEEJ soient remplies[84]. Dans un autre arrêt, il fut d'avis que la décision d'accorder l'entraide, c'est-à-dire de remettre les pièces demandées à l'autorité requérante, ne pouvait être prise qu'après la levée des scellés et la lecture du contenu des documents par les autorités suisses[85]. Toutefois, le Tribunal fédéral admettait qu'eu égard au domaine secret du possesseur des documents en question, on ne devait pas

[83] ATF non publié du 12 février 1979 en la cause S., L. et S. c. Staatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Zürich, consid. 3 d. En ce qui concerne l'exécution de commissions rogatoires dans le canton de Zurich, cf. RSJ 74, p. 143.

[84] ATF non publié du 11 septembre 1979 en la cause A. c. Untersuchungsrichteramt Solothurn und Obergericht des Kantons Solothurn, consid. 2 et 3 a.

[85] ATF non publié du 28 novembre 1979 en la cause W. c. Staatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Zürich, consid. 3 b.

satisfaire à une demande de levée des scellés dans l'intérêt d'une enquête pénale étrangère si, d'emblée, il apparaissait que les conditions pour l'octroi de l'entraide n'étaient pas remplies[86]. Sans aucun doute, les passages des différents arrêts que nous avons cités se contredisent. Comme le Tribunal fédéral ne s'est prononcé que dans des cas d'espèce, on peut comprendre ces contradictions. Toutefois, il aurait été souhaitable qu'une certaine uniformité se dégage des arrêts rendus.

Pour leur part, les rapporteurs estiment qu'une décision de lever les scellés ne peut intervenir que s'il a été constaté auparavant qu'on pouvait ou qu'on devait, en principe, accorder l'entraide et ordonner une saisie de documents en vue de l'exécution de la demande. Avant de procéder à une perquisition ou à une saisie, il faut savoir si la demande d'entraide judiciaire satisfait aux exigences de forme prévues par le traité, si les faits décrits dans la demande constitueraient – au cas où ils auraient été commis en Suisse – une infraction punissable d'après le droit suisse, en bref, si les conditions requises pour l'application des mesures de contrainte sont réalisées (cf. art. 5 CEEJ et les réserves et déclarations suisses, art. 4, 2e al. Tr-USA, art. 60 EIMP). Si le détenteur des documents s'oppose à leur saisie, en prétendant que les conditions pour l'octroi de l'entraide ne sont pas réunies, il convient de se prononcer sur cette question avant d'examiner le problème de la levée des scellés. Si l'on ne se rallie pas à ce point de vue, on admet implicitement que les autorités de poursuite cantonales violent le domaine personnel secret et ordonnent des saisies et des levées de scellés sans être en possession d'une demande d'entraide complète et sans que soient remplies les conditions requises pour appliquer des mesures de contrainte. La situation serait plus gênante encore, si des fonctionnaires étrangers participaient à l'examen des documents mis sous scellés, car ils auraient ainsi la possibilité de prendre connaissance, sans aucune justification, de secrets protégés par la loi. Que faire si, après avoir décidé de lever les scellés, on constate que l'entraide fournie ne pouvait être accordée? A peu de chose près, il s'agirait d'une violation de l'article 273 CP (service de renseignements économiques). En effet, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, seule l'obligation d'accorder l'entraide justifie la communication de secrets d'affaires ou de fabrication[87].

[86] ATF précité.

[87] ATF non publié du 12 juillet 1978 en la cause G. c. Ministère Public de la Confédération et DFJP, consid. 3.

La simple logique permet d'affirmer qu'il faut d'abord se prononcer sur l'admissibilité de l'entraide, puis sur la levée des scellés, car la saisie et la levée des scellés sont dénuées de sens et parfaitement superflues si la demande d'entraide est rejetée pour des raisons connues dès le début. Perquisition et levée des scellés présupposent une décision relative à l'admissibilité de l'entraide. Sans doute, on pourrait envisager que la Chambre d'accusation ou l'autorité de recours du Tribunal cantonal prenne cette décision et se prononce en même temps sur la levée des scellés. Ainsi, il n'y aurait qu'une seule décision. Cependant, la Cour suprême du canton de Zurich a rejeté cette solution en alléguant que la procédure de levée des scellés était une procédure incidente[88].

Si la levée des scellés est autorisée, il faut examiner les documents et transmettre à l'Etat requérant ceux qui paraissent avoir un lien avec l'infraction commise à l'étranger.

Alors que le projet de loi du Conseil fédéral[89] ne parlait pas de la procédure de levée des scellés, les deux Conseils ont introduit une disposition prévoyant que l'article 69 de la loi fédérale sur la procédure pénale[90] s'appliquait à la perquisition de papiers et à leur mise sous scellés[91]. D'après cet article, le détenteur des documents jouit du droit d'être entendu et, s'il s'oppose à la perquisition, les papiers sont mis sous scellés et déposés en lieu sûr jusqu'à la décision sur l'admissibilité de la perquisition. En fait, cette disposition ne dit rien de plus que le droit cantonal. C'est pourquoi il est regrettable que les autorités cantonales soient renvoyées à un code de procédure pénale qu'elles connaissent moins bien que le leur. En outre, le fait que, conformément à l'organisation judiciaire fédérale en matière pénale, le Tribunal fédéral, respectivement sa Chambre d'accusation, soit amené à se prononcer sur le problème de la levée des scellés au cours d'une procédure pénale fédérale, alors que, dans la procédure d'entraide judiciaire, cette décision appartient aux cantons, ajoute à la confusion. Bien entendu, le renvoi aux principes de l'article 69 PPF ne constitue pas une modification de la répartition des compétences.

Enfin, il y a une distinction à faire entre la procédure d'entraide judiciaire et la procédure de levée des scellés, même si le

[88] RSJ 74, p. 143.
[89] FF 1976 II, p. 477 s.
[90] RS 312.0.
[91] Art. 6 a, 1er al., version du Conseil des Etats; art. 6 a, version du Conseil national.

tiers chez qui les documents ont été saisis ne s'oppose pas à l'admissibilité de l'entraide, mais allègue que ces pièces contiennent des secrets protégés par la loi, se rapportant à des personnes qui ne sont pas impliquées dans la procédure pénale étrangère (art. 10, 2e al. Tr-USA, art. 61 EIMP ou 6a, version des deux Conseils). Dans ce cas, il convient de décider si les renseignements controversés doivent être transmis à l'autorité requérante. Or, une telle décision ne peut être prise que si l'autorité cantonale compétente (ou l'OFP, s'il s'agit de demandes en provenance des Etats-Unis) en connaît la teneur. Elle doit aussi pouvoir vérifier si la personne atteinte dans son domaine secret n'est réellement pas impliquée dans la procédure pénale étrangère et, dans la négative, s'il ne faut pas tout de même transmettre les renseignements en question à l'autorité requérante, dans l'hypothèse où ceux-ci semblent indispensables à l'éclaircissement des faits. Il va de soi que l'autorité appelée à décider de l'octroi de l'entraide judiciaire doit pouvoir prendre connaissance de ces documents, raison pour laquelle une procédure de levée des scellés est superflue en pareil cas et ne fait que ralentir la procédure d'entraide judiciaire sans motifs valables.

7. Les voies de recours dans la procédure d'entraide judiciaire

Puisque la décision relative à l'admissibilité de l'entraide judiciaire est du ressort des cantons, il est normal qu'on utilise également les voies de recours prévues par le droit de procédure cantonal applicable[92]. Dans l'ATF 105 Ia 211, le Tribunal fédéral a déclaré que le principe selon lequel un canton applique son code de procédure pénale lors de l'exécution d'une requête d'entraide judiciaire signifie que l'intéressé dispose aussi, lors d'une procédure d'entraide, des voies de recours prévues par la procédure cantonale. Les personnes domiciliées à l'étranger et mises en cause par la procédure étrangère ont, en principe, aussi le droit de recourir, mais l'autorité suisse d'exécution n'a pas l'obligation de leur faire connaître sa décision[93]. Pour des raisons pratiques déjà, il serait impossible de satisfaire à une telle exigence. En effet, une décision ne peut être communiquée que par la voie de

[92] HAUSER/HAUSER, Kommentar GVG, p. 459, parlent de «Rechtsmittel nach Massgabe des Prozessrechts des ersuchten Richters» et du «Kantonalen Instanzenzug».
VPB 40/IV, no 88, p. 94.

[93] Consid. 4 a (non publié) de l'ATF 103 I a 206s.

l'entraide, ce qui provoquerait des retards considérables dans l'exécution de la requête en Suisse. En outre, un tel procédé contrecarrerait le but de l'instruction pénale puisque l'accusé serait au courant de tous les actes de l'enquête. Quoiqu'il en soit, le Tribunal fédéral a jugé que l'accusé, s'il avait connaissance des décisions prises au cours de la procédure d'entraide judiciaire, disposait aussi des voies de droit prévues par le droit cantonal, car il importe que lui aussi puisse faire valoir l'argument selon lequel on n'accorde pas l'entraide en cas de poursuite pour un délit fiscal ou politique[94].

Lorsque des recherches sont effectuées auprès de banques en Suisse, celles-ci, en vertu du mandat que leur ont confié leurs clients, se sentent obligées d'avertir les titulaires des comptes impliqués ou les locataires d'un coffre, qu'une procédure d'entraide judiciaire est en cours. A première vue, une telle révélation semble ne présenter aucun problème, mais elle peut, en fait, causer de grands torts à la procédure pénale, lorsqu'il existe un danger de collusion ou de fuite. C'est pour cette raison que l'article 8, 2e alinéa LF-USA donne à l'Office fédéral de la police ou à l'autorité cantonale d'exécution la possibilité d'imposer aux banques concernées un secret absolu sur l'existence de la procédure d'entraide et sur tout ce qui s'y rapporte. Sur la base de l'article 15 EIMP, on pourra ordonner cette mesure dans toutes les procédures d'entraide judiciaire.

Dans une procédure de recours, on peut invoquer tant le fait que l'entraide n'aurait pas dû être accordée que la violation d'une prescription du code de procédure pénale cantonal applicable. Souvent, les recourants contestent, au moyen de la voie de droit prévue par le code de procédure cantonal, l'exactitude de l'état de faits décrit dans la demande étrangère. Ils méconnaissent ainsi le véritable sens de la procédure d'entraide, car celle-ci ne peut avoir pour effet que de procurer des preuves qui serviront au tribunal étranger à rendre son jugement. De surcroît, il ne faut pas oublier que l'enquête n'en est souvent qu'à son début et qu'il n'existe que des soupçons ou de fortes présomptions. C'est pourquoi ni le Tribunal fédéral[95], ni le Conseil fédéral[96] ne sont

[94] Cf. également les art. 2 CEEJ, 2Tr-USA et 3 EIMP.

[95] ATF non publié du 11 septembre 1979 en la cause A. c. Untersuchungsrichteramt Solothurn und Obergericht des Kantons Solothurn, consid. 3b; ATF non publié du 28 septembre 1979 en la cause G. et C. c. OFP, consid. 4b (publié en allemand dans Pra 69, no 95); ATF non publié du 27 février 1980 en la cause Z. c. OFP, consid. 2a.

[96] JAAC 43/III, no 91, p. 425.

compétents pour décider si l'état de faits décrit dans la demande est exact ou si l'accusé est innocent. Ce principe en vigueur pour l'extradition se justifie à plus forte raison pour l'entraide, car les atteintes que doit subir la personne concernée sont alors moins graves que lors d'une extradition. La confiance en l'état de faits exposé dans la demande a toutefois des limites: on tient compte des *erreurs manifestes,* des *contradictions* ou des *lacunes*[97]. Cependant, si l'accusé proteste de son innocence et conteste l'authenticité de l'état de faits en produisant mémoire sur mémoire, il ne s'agit évidemment plus d'un des cas d'exception précités. Le Tribunal fédéral a précisé que, si la preuve de l'inexactitude de l'état de faits n'était pas produite immédiatement devant le juge, le requête devait être exécutée[98]. D'ailleurs, jamais encore jusqu'aujourd'hui, on a refusé l'entraide à cause de l'inexactitude de l'état de faits décrit dans la demande étrangère[99].

Mais qu'en est-il exactement de la possibilité de recourir au cours d'une procédure d'entraide judiciaire? D'après l'ATF 105 Ia 218, la CEEJ n'impose pas l'obligation de créer des voies de recours spéciales contre les décisions du magistrat cantonal chargé de l'exécution de la requête. Si le droit de procédure cantonal ne prévoit aucune voie de recours[100], il reste à l'intéressé la possibilité d'adresser un recours de droit public au Tribunal fédéral pour violation d'un traité international, ou la voie de la dénonciation au Conseil fédéral. Nous allons présenter un bref aperçu de ces deux moyens avant d'exposer la nouvelle réglementation des voies de recours prévue par l'EIMP.

Conformément à l'article 84, 1er alinéa, lettres a et c OJ[101], l'intéressé peut adresser un *recours de droit public* au Tribunal fédéral, contre une décision cantonale d'octroyer l'entraide, pour violation de droits constitutionnels ou de traités internationaux. Au cours de ces dernières années, le Tribunal a eu à se prononcer sur bon nombre d'affaires d'entraide judiciaire; certains arrêts rendus ont été publiés[102].

[97] Cf. les arrêts cités sous note 95.

[98] Cf. ATF non publié du 17 juin 1980 en la cause H. c. Untersuchungsrichteramt Solothurn und Obergericht des Kantons Solothurn, consid. 2.

[99] Il y a lieu de faire une distinction entre le problème de l'inexactitude et la question de savoir si l'état de fait est assez détaillé afin que les autorités suisses puissent décider si l'entraide peut être accordée. Cf. à ce sujet ATF 103 Ia 206s.

[100] Le code de procédure pénal du canton de Schaffhouse du 3 mars 1909/4 mai 1964, par exemple, ne prévoit que la dénonciation (art. 27s.).

[101] RS 173.110.

[102] Cf. ATF 98 Ia 226s., 99 Ia 78s., 103 Ia 206s. et 105 Ia 211s.

Seul un particulier *peut utiliser la voie du recours de droit public,* l'Etat requérant ne disposant pas de ce moyen (cf. art. 113, 1er al., ch. 3 cst). L'Etat requérant n'a que la possibilité de s'opposer au refus d'octroyer l'entraide par une dénonciation[103] adressée au Conseil fédéral[104]. La qualité pour recourir est entièrement indépendante du fait que l'intéressé soit domicilié en Suisse ou à l'étranger[105], si bien qu'en principe les accusés domiciliés à l'étranger peuvent aussi utiliser la voie du recours de droit public. En se prononçant sur l'entrée en matière, le Tribunal fédéral a d'ailleurs déclaré que les normes des traités d'entraide judiciaire ne servaient pas exclusivement à des intérêts publics[106].

Il est vrai qu'un traité international règle, en premier lieu, les relations entre les Etats, les droits et les devoirs qui en découlent ne visant directement que ces derniers. Mais l'application d'un traité est de nature à engendrer des obligations pour les particuliers, de sorte qu'il est juste que ceux-ci puissent contrôler les décisions prises, en les attaquant au besoin par les voies de droit dont ils disposent[107].

Lorsqu'un recourant invoque la violation d'une convention d'entraide judiciaire ou d'un traité bilatéral, il le fait en vertu de l'article 84, 1er alinéa, lettre c OJ. Pourtant, cette prescription exclut le grief d'une violation des dispositions de droit civil ou de droit pénal de traités internationaux et n'autorise pas un recours de droit public en pareil cas. On pourrait donc penser qu'en procédure d'entraide judiciaire en matière pénale, un recours de droit public n'est pas recevable. Mais le Tribunal fédéral a clairement exposé que l'entraide judiciaire relève du droit de procédure et non du droit pénal[108] et qu'il fait partie du droit international public[109], ce qui signifie qu'on peut former un recours de droit public pour violation des dispositions en vigueur en matière d'entraide judiciaire. Conformément à l'article 86 OJ, le recourant peut adresser un recours pour violation de traités internationaux directement au Tribunal fédéral, sans épuiser les moyens de droit cantonal.

[103] Infra p. 296.
[104] ATF 99 Ia 84s.; JAAC 40/IV, no 88, p. 94; cf. également HAUSER/HAUSER, Kommentar GVG, p. 459s.
[105] ATF 98 Ia 230 (consid. 2a), 103 Ia 208 (consid. 2a), 105 Ia 213 (consid. 2a).
[106] ATF 103 Ia 208.
[107] ATF 99 Ia 85.
[108] ATF 98 Ia 229.
[109] ATF 99 Ia 82.

Celui qui prétend que les dispositions du code de procédure pénale cantonal ont été violées ne peut agir, si cette violation constitue en même temps une violation de ses droits constitutionnels, que par la voie du recours de droit public[110]. Ainsi, le particulier concerné par une perquisition peut faire valoir que celle-ci n'a pas été faite conformément au droit de procédure cantonal et qu'elle constitue une atteinte à son droit à l'inviolabilité du domicile garanti par la constitution[111].

Un recours pour violation de droits constitutionnels, selon l'article 84, 1er alinéa, lettre a OJ, n'est recevable que contre les décisions prises en dernière instance cantonale. C'est pourquoi le recourant fera bien d'épuiser d'abord les moyens de droit cantonal. Il faut relever également que si un Etat avec lequel la Suisse n'a pas conclu de traité d'entraide judiciaire en matière pénale formule une requête, c'est en règle générale sur la base des dispositions cantonales en la matière que l'entraide sera fournie; il n'est pas possible dans ce cas d'adresser un recours de droit public au Tribunal fédéral pour violation de traités internationaux.

La *dénonciation* (art. 71 PA) n'est pas un véritable moyen de recours[112]. Cette voie est ouverte tant aux particuliers qu'aux Etats requérants. Le dénonciateur n'a aucun des droits reconnus à la partie[113] (art. 71, 2e al. PA) et le pouvoir d'examen du Conseil fédéral se limite aux traités internationaux et au droit fédéral[114].

L'*EIMP* tend à améliorer la protection juridique des personnes dont les droits et les intérêts sont affectés par la collaboration internationale. Il convient tout d'abord de signaler l'article 19 qui crée l'obligation pour les cantons d'instituer une voie de recours contre les décisions de leurs autorités d'exécution, voie de recours dont, en vertu de l'article 76, 4e alinéa, l'Office fédéral de la police, en sa qualité d'autorité de surveillance, dispose également. Comme la procédure d'entraide judiciaire en tant qu'auxiliaire de la justice pénale ne doit pas être retardée inutilement et

[110] Cf. ATF 98 Ia 230s., où le Tribunal fédéral constate qu'une violation des dispositions du droit cantonal de procédure n'est pas assimilable à une violation d'un accord international, parce que le droit cantonal de procédure applicable ne devient pas partie intégrante de l'accord international, quand bien même celui-ci y renvoie.

[111] Cf. le cas décrit dans ATF 103 Ia 206s.

[112] ATF 99 Ia 85, consid. 1d, in fine.

[113] JAAC 40/IV, no 88, p. 94; HAUSER/HAUSER, Kommentar GVG, p. 459; HAUSER, RPS 93, p. 241.

[114] JAAC 40/IV, no 88, p. 95.

que la décision cantonale de dernière instance peut être portée directement devant le Tribunal fédéral, les cantons n'ont le droit d'instituer qu'une seule voie de recours.

L'EIMP prévoit aussi qu'un *recours de droit administratif* peut être adressé au Tribunal fédéral contre les décisions cantonales de dernière instance et contre les décisions de première instance des autorités fédérales, conformément aux articles 97 à 114 OJ. Cela signifie que le recours de droit public pour violation de traités d'entraide judiciaire n'est plus recevable (art. 84, 2e al. OJ). La qualité pour recourir appartient à quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 103, let. a OJ). Par ces termes, on vise naturellement aussi les personnes domiciliées à l'étranger. Ce qui est nouveau, c'est que l'Office fédéral de la police pourra recourir contre une décision cantonale de dernière instance par la voie du recours de droit administratif et que les autorités cantonales d'instruction pourront utiliser la même voie pour recourir contre le refus de l'Office fédéral de la police de présenter une requête à l'étranger (art. 21, 3e al. EIMP). Ces possibilités de recours conférées aux autorités découlent, dans le premier cas, du devoir de surveillance des relations d'entraide judiciaire incombant à l'Office fédéral de la police[115], dans le second, du fait que le litige créé entre autorités fédérales et autorités cantonales par le refus de l'Office fédéral de la police doit être tranché. Un recours de droit administratif peut être formé pour violation du droit fédéral (art. 104, let. a OJ), ainsi qu'en cas d'application inadmissible ou manifestement inexacte du droit étranger (art. 21, 4e al. EIMP). Par contre, le grief de l'inopportunité, ainsi que celui de l'excès ou de l'abus du pouvoir d'appréciation ne sont pas admis, parce qu'il n'appartient pas au Tribunal fédéral de substituer son appréciation à celle de l'administration[116]. Il faut relever que le recours de droit administratif n'a d'effet suspensif que si le président de la cour du Tribunal fédéral appelée à rendre le jugement le décide (art. 18, 3e al. EIMP). A cause du lien étroit existant entre les recours interjetés et les affaires pénales, la suspension des délais prévue à l'article 34, 1er alinéa OJ n'entre pas en ligne de compte.

Une mesure de l'Office fédéral de la police peut être attaquée tout d'abord par une *opposition* adressée à cet Office (art. 20

[115] Message EIMP, FF 1976 II, p. 445.
[116] Message EIMP, FF 1976 II, p. 445.

EIMP). Cette voie peut être utilisée contre les décisions[116a] prises en vertu de l'article 14, 2e alinéa EIMP et contre les décisions[116a] relatives aux exigences de forme ou aux conditions imposées pour l'octroi de l'entraide (art. 75, 1er et 2e al. EIMP). L'opposition a généralement un effet suspensif (art. 20, 3e al. EIMP). C'est un moyen qui a été repris de la LF-USA (cf. art. 16) et qui «doit donner à l'intéressé, d'une façon générale, la faculté de discuter de tous les aspects d'une affaire au cours d'une procédure qui n'est soumise à aucune forme et, en cas d'objection contre la manière dont on projette de liquider la demande, de tenter de parvenir à un arrangement amiable»[117]. L'opposition est certes utile de ce point de vue; pourtant, l'Office fédéral de la police a pu constater, lors de l'exécution de requêtes d'entraide américaines, que ce moyen était souvent utilisé uniquement dans le but de ralentir la procédure d'entraide; c'est pourquoi, il ne prolonge que très rarement un délai. Cette pratique va certainement s'intensifier dès l'entrée en vigueur de l'EIMP. S'il n'est pas possible de trouver un terrain d'entente, l'Office fédéral de la police rend immédiatement une décision (art. 20, 4e al. EIMP) pour prévenir toute lenteur de la procédure.

Il n'est plus possible de faire opposition si le juge d'instruction cantonal a pris des décisions en vue d'exécuter la requête. Il va de soi que ces décisions ne peuvent être attaquées que par les moyens de recours prévus par le droit cantonal.

Certaines décisions, énumérées limitativement à l'article 22 EIMP, sont susceptibles d'un *recours administratif* au Département fédéral de justice et police, qui statue définitivement. Ce recours doit être déposé dans les 30 jours ou, s'il s'agit d'une décision incidente, dans les 10 jours dès la notification de la décision et il a généralement un effet suspensif (art. 50 à 55 PA). Toutes les autres décisions de l'Office fédéral de la police sont sujettes au recours de droit administratif.

Il est regrettable que la loi n'ait pas prévu le cas où, dans la même affaire, l'Office fédéral de la police doit trancher plusieurs problèmes et où on peut recourir contre sa décision à la fois par la voie du recours de droit administratif et par celle du recours administratif. Cette éventualité se présente, par exemple, lorsqu'un opposant affirme d'une part qu'une garantie de réciprocité doit être exigée de l'Etat requérant et, d'autre part, que la procé-

[116a] Il ne s'agit pas ici de décisions au sens de l'art. 5 PA, mais de décisions informelles («Anordnungen»).

[117] Message EIMP, FF 1976 II, p. 444.

dure étrangère viole les principes fixés par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans un premier temps, l'Office fédéral de la police se prononce sur les deux objections soulevées (art. 14, 2e al. EIMP). Puis, dans un second temps, la décision relative à la réciprocité peut donner lieu à un recours administratif au Département fédéral de justice et police, tandis que la décision concernant le respect de la convention de sauvegarde des droits de l'homme peut être déférée au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif. Comme les motifs d'opposition ne sont pas énumérés limitativement[118], on peut imaginer quantité de combinaisons similaires. Laisser à deux différentes instances le soin de trancher un même problème ne favorise ni une administration rationnelle de la procédure, ni son déroulement rapide. En outre, cette possibilité est contraire aux objectifs de l'EIMP qui, dans son message, envisageait une réglementation aussi simple que possible, permettant de traiter rapidement la demande étrangère[119]. On aurait pu résoudre ce problème d'une façon relativement simple en ajoutant à l'article 22 EIMP un second alinéa prévoyant que le Tribunal fédéral est aussi compétent pour décider des questions énumérées par cette disposition, si un recours de droit administratif lui a été adressé dans le même cas. Il ne s'agit pas d'un problème purement théorique: lors de l'exécution d'une requête américaine, cette lacune s'est déjà fait sentir et a occasionné un retard d'au moins deux mois.

Il faut espérer que l'extension des possibilités de recours conçues en vue d'améliorer la protection juridique des personnes impliquées n'entravera pas les relations d'entraide judiciaire. En effet, de la façon dont les autorités suisses exécutent la requête étrangère et de la rapidité avec laquelle elles agissent dépend aussi l'exécution des demandes suisses à l'étranger. D'autre part, s'il est compréhensible que des juges d'instruction, des procureurs ou des tribunaux surchargés de travail soient enclins à différer l'exécution des requêtes d'entraide, ils ne doivent pas oublier qu'ils n'en retirent aucun avantage, sans parler de l'auteur de l'infraction pour qui tout retard est le bienvenu.

[118] Message EIMP, FF 1976 II, p. 444.
[119] Message EIMP, FF 1976 II, p. 443.

II. L'entraide judiciaire en matière fiscale

1. Le refus de l'entraide

Le terme «fiscal» désignant ce qui se rapporte à l'impôt, c'est-à-dire aux prélèvements que l'Etat opère sur les ressources des contribuables, les infractions à des lois fiscales portent atteinte à la situation financière de l'Etat et, partant, privent ce dernier des moyens rendus nécessaires par les tâches qu'il doit assumer.

Selon une pratique constante, la Suisse refuse l'entraide judiciaire en matière fiscale. En ce qui concerne l'extradition, ce principe a été confirmé par l'article 11 LExtr. La Suisse a d'autre part régulièrement refusé son concours dans le domaine fiscal en ce qui concerne la petite entraide ou l'entraide accessoire. L'extradition et toute entraide judiciaire ne sont toutefois refusées par la Suisse que dans la mesure où elles sont requises aux fins de poursuivre des délits fiscaux. Le privilège en question n'a cependant jamais été étendu aux délits dits connexes ou relatifs[120]. Le principe souffre toutefois une exception: en effet, la Suisse a régulièrement accordé l'entraide dans des affaires fiscales s'il était établi que les informations fournies aux autorités requérantes permettraient au prévenu de se disculper. On peut également noter au passage que les autorités suisses sont fréquemment requises de notifier des actes en matière fiscale, mais qu'elles se limitent dans ce cas à en donner connaissance au destinataire et à retourner ensuite la demande inexécutée à l'autorité requérante. Cette question sera traitée dans le chapitre consacré aux notifications[121].

A une époque marquée par l'existence d'une communauté d'Etats interdépendants assumant une mission sociale primordiale, on peut effectivement se demander s'il ne serait pas opportun d'abandonner, ne serait-ce que partiellement, le principe selon lequel l'entraide judiciaire n'est pas accordée pour des délits fiscaux[122]. Ce principe pouvait certes se justifier lorsque, même en Europe occidentale, on se trouvait en présence d'Etats qui n'avaient que peu de points communs et qui s'inspiraient d'idées et de philosophies très différentes les unes des autres. On conçoit aisément qu'à cette période où les rivalités prenaient le pas sur l'esprit communautaire, les autorités d'un Etat n'aient pas voulu

[120] Message EIMP, FF 1976 II, p. 439; SCHULTZ, Auslieferungsrecht, p. 467.
[121] Infra p. 341.
[122] SCHULTZ, RIDP 45, p. 511.

prêter leur concours dans le domaine fiscal aux autorités d'un autre Etat et que les autorités d'un Etat doté d'une constitution démocratique, par exemple, aient répugné à venir en aide à celles d'un Etat dont les citoyens ou sujets n'étaient pas au bénéfice des mêmes droits et des mêmes libertés. Par ailleurs, on peut partir de l'idée que les dispositions régissant le domaine fiscal étaient très différentes d'un Etat à l'autre. Dans ce domaine, on ne disposait dès lors pas de «droit commun» et l'entraide judiciaire devait être refusée à défaut de double incrimination.

2. *L'exception prévue par le traité américano-suisse*

La première exception au principe que nous avons décrit se trouve dans le traité d'entraide judiciaire en matière pénale conclu le 25 mai 1973 avec les Etats-Unis d'Amérique. Ont en effet été insérées dans ce traité des «dispositions particulières sur le crime organisé» (art. 6 à 8). Aux termes de ces dispositions, des mesures de contrainte peuvent être appliquées dans l'intérêt d'une procédure contre le crime organisé, même si cette procédure concerne un acte non punissable dans l'Etat requis (art. 7, 1er al.). En outre, lors d'enquêtes engagées pour violation de prescriptions concernant les impôts sur le revenu des personnes physiques, l'entraide judiciaire ne sera accordée que si les conditions suivantes sont remplies (art. 7, 2e al.):

a) la personne contre laquelle l'enquête est dirigée doit appartenir à l'échelon supérieur du crime organisé ou participer, en qualité de membre ou d'affilié, a toute activité importante de ce groupe;
b) les preuves dont dispose l'Etat requérant pour établir le lien qui existe entre cette personne et les infractions commises par le groupe doivent être insuffisantes pour engager une poursuite pénale ayant des chances d'aboutir;
c) l'entraide judiciaire doit avoir pour effet de permettre d'infliger à la personne en question une peine suffisamment longue pour causer un grave préjudice au groupe;
d) l'Etat requérant doit enfin prouver qu'il n'a pas été en mesure d'obtenir les moyens de preuve sans la collaboration de l'Etat requis ou que l'obtention de ces informations «constituerait une charge excessive».

Connaissant l'ampleur prise par l'activité du crime organisé aux Etats-Unis, l'Office fédéral de la police, désigné comme office central, s'attendait à recevoir dès l'entrée en vigueur du traité

un nombre assez important de requêtes américaines tendant à obtenir l'entraide judiciaire en matière fiscale. Or, il sied de relever que jusqu'à ce jour, soit quatre ans après l'entrée en vigueur du traité, aucune requête de ce genre n'a été adressée aux autorités suisses. Ces dernières ont été saisies de requêtes concernant des membres du crime organisé ou des personnes plus ou moins proches de ce milieu, mais il ne s'agissait pas de demandes ayant trait au domaine fiscal. Force nous est dès lors de constater que les craintes exprimées dans l'opinion publique suisse lors de l'élaboration du traité étaient vraiment infondées.

Il est intéressant de noter dans ce contexte que l'article 6, 3e alinéa du traité définit la notion de «groupe de criminels organisés». Cette définition contient notamment les caractéristiques suivantes:

- Le groupe est constitué pour une période relativement longue (permanence du groupe).
- Il se procure ses ressources par des moyens partiellement ou totalement illégaux.
- Le groupe met ses activités à l'abri des poursuites pénales.
- Il commet ou menace de commettre des actes de violence ou d'intimidation.
- Il cherche enfin à exercer une influence sur la politique ou l'économie.

3. Innovation apportée par l'EIMP: possibilité d'accorder l'entraide aux fins de poursuivre une escroquerie en matière fiscale

Etant donné qu'il n'existe plus de divergences au sujet de l'article 3, 3e alinéa EIMP, on peut admettre que les Chambres fédérales adopteront cette disposition dans la teneur suivante:

> «La demande est irrecevable si la procédure vise un acte qui paraît tendre à diminuer des recettes fiscales ou contrevient à des mesures de politique monétaire, commerciale ou économique. *Toutefois, il peut être donné suite à une demande d'entraide au sens de la troisième partie de la loi si la procédure vise une escroquerie en matière fiscale.*»

On constate dès lors que la nouvelle loi rendra possible une coopération en matière fiscale, du moins dans la mesure où les faits à raison desquels la procédure a été engagée à l'étranger doivent être qualifiés, en droit suisse, d'escroquerie en matière fiscale. Contrairement à des propositions qui avaient été faites devant les Chambres fédérales, la Suisse ne pourra fournir que

l'entraide accessoire ou petite entraide et non l'entraide sous forme d'extradition, de poursuite par délégation ou d'exécution de décisions pénales rendues à l'étranger. A également été biffé de cette disposition le délit de faux dans les titres commis en connexité avec une escroquerie en matière fiscale.

Vu ce qui précède, on constate que la Suisse, rompant avec une longue tradition, aura, dans les limites que nous avons décrites, la possibilité de fournir l'entraide judiciaire en matière fiscale. Il est certes satisfaisant que, du moins en ce qui concerne les violations graves de lois fiscales, la Suisse puisse à l'avenir coopérer avec les autorités étrangères lors de l'obtention de preuves. Il faut à nouveau souligner dans ce contexte que, conformément à l'article premier, 3e alinéa EIMP, les dispositions de cette loi ne confèrent toutefois pas aux autorités étrangères le droit d'exiger la coopération des autorités de notre pays.

Il est évident que cette évolution constatée en matière d'entraide judiciaire internationale ne peut pas être considérée isolément. A notre avis, elle est la conséquence logique de celle qui est intervenue sur le plan interne dans le domaine de la lutte contre la fraude et la soustraction fiscales[123].

Si, dans ce chapitre, nous avons passé sous silence l'échange d'informations prévu par des traités conclus en vue d'éviter la double imposition, c'est qu'il s'agit d'entraide administrative (Amtshilfe), domaine qui n'entre pas dans les prévisions de notre rapport. Il ne saurait d'ailleurs y avoir confusion entre les *obligations* découlant de telles conventions et la *faculté* qui sera conférée à notre pays par l'EIMP de fournir l'entraide judiciaire dans l'intérêt de procédures qui visent des escroqueries en matière fiscale. On ne conçoit guère, en effet, que l'on puisse substituer à l'entraide judiciaire l'échange d'informations à caractère purement administratif prévu dans les traités en question, ni l'inverse.

[123] LF du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif, RS 313.0; ACF du 9 décembre 1940 concernant la perception d'un impôt pour la défense nationale et les dispositions qui y ont été introduites par la LF du 9 juin 1977 renforçant les mesures contre la fraude fiscale, RS 642.11.

III. Le principe de la spécialité dans l'entraide judiciaire internationale en matière pénale

1. Introduction

Sur le plan de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, le principe de la spécialité a toujours revêtu une importance primordiale pour l'extradition. Du reste, jusqu'à maintenant, la doctrine et la jurisprudence ont analysé la notion et la portée de ce principe surtout sous l'angle du droit extraditionnel. En revanche, la spécialité dans l'entraide accessoire n'a encore jamais été traitée. Ceci n'est pas étonnant eu égard au droit étranger, puisqu'il s'agit en fait d'une «spécialité» inhérente au droit suisse[124]. Dans ces conditions, on peut s'étonner que la doctrine suisse n'en parle pas, ce d'autant plus que de nombreux cas d'entraide exigent que la portée de ce principe soit examinée. Le présent exposé a pour but de montrer comment le principe en question a évolué depuis sa naissance dans la pratique jusqu'à sa codification.

Nous soulignerons notamment les dispositions relatives à ce principe que contient le traité d'entraide judiciaire conclu le 25 mai 1973 entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique.

Alors que l'extradition – qui était, dans le passé tout au moins, la forme de coopération internationale la plus importante – faisait l'objet d'une loi en 1892 déjà, il a fallu attendre, ainsi que nous l'avons relevé[125], l'époque actuelle pour que le législateur se penche sur les autres domaines de l'entraide judiciaire[126]. La pratique qui s'est développée avant l'élaboration de l'EIMP[127] suit de très près les principes qui caractérisent le droit de l'extradition.

Il est sans aucun doute intéressant d'examiner dans quelle mesure le principe de la spécialité du droit de l'extradition recouvre celui de l'entraide accessoire, quelles sont les différences et leurs effets. Pour cela, nous estimons nécessaire de faire préalablement quelques observations sur la spécialité en matière d'extradition.

[124] Message Tr-USA, FF 1974 II, p. 585; message EIMP, FF 1976 II, p. 431 s.; SCHULTZ, Secret bancaire et Tr-USA, p. 20; MARKEES, RPS 89, p. 245.

[125] Supra p. 261 et 265.

[126] En Allemagne, cette lacune a été comblée dans une large mesure par la loi sur l'extradition du 23 décembre 1929, cf. § 41 et s.

[127] En ce qui concerne la CEEJ, jusqu'à son entrée en vigueur pour la Suisse, le 20 mars 1967.

2. *La spécialité en matière d'extradition*

a) Généralités

La spécialité dans ce domaine a pour conséquence d'empêcher l'Etat requérant de poursuivre, de juger la personne extradée, ou d'exécuter une sanction privative de liberté, en raison d'actes commis *avant* l'extradition et pour lesquels celle-ci n'a pas été accordée. En outre, la personne extradée ne peut pas être livrée à un Etat tiers sans le consentement de l'Etat requis ni, de manière générale, être restreinte dans sa liberté individuelle pour un motif antérieur à l'extradition. Comme l'ont déjà fait plusieurs experts bien connus[128], il faut souligner que la spécialité a pour principal effet de limiter la souveraineté de l'Etat requérant de trois manières, à savoir de restreindre l'exercice de son droit de punir, de limiter ses compétences en matière de réextradition et à l'égard de toute autre mesure qui aurait pour effet de porter atteinte à la liberté personnelle. Cette conception se trouve reflétée à l'article 34 EIMP. Selon la conception suisse, l'Etat requérant ne saurait, dans ces conditions, remettre la personne extradée à un Etat tiers, peu importe les raisons, avant l'écoulement d'un certain délai («Schonfrist»).

En matière d'extradition, le terme «spécialité» fait partie du vocabulaire traditionnel de la doctrine. En revanche, l'article 34 EIMP évoque simplement les *conditions* qui doivent être respectées par l'Etat requérant. En France, on semble préférer parler de «l'effet limitatif de l'extradition»[129]. C'est dans l'article 6 de la loi belge sur l'extradition du 1er octobre 1833 que le terme «spécialité» a été mentionné pour la première fois. Alors que des auteurs moins récents, comme par exemple LAMMASCH[130], soulignent la relation qui existe entre la spécialité et le droit qu'a l'Etat requérant de se prononcer sur la double incrimination de l'acte poursuivi, d'autres[131] sont d'avis que ce principe serait la conséquence de l'exclusion de l'extradition en raison du caractère politique de l'infraction. Cette controverse concernant l'origine du principe de la spécialité ne présente toutefois un intérêt que sur le plan de l'histoire du droit. Il n'entre pas dans nos intentions d'approfondir cette question dans le présent rapport.

[128] SCHULTZ, Auslieferungsrecht, p. 358 s.; METTGENBERG, p. 269.
[129] CHING, p. 2.
[130] LAMMASCH, p. 738/739.
[131] Par exemple SCHULTZ, Auslieferungsrecht, p. 357.

Aujourd'hui, il est généralement admis que la spécialité en matière d'extradition doit figurer parmi les principes universellement reconnus dans ce domaine[132]. En raison de la confirmation qu'elle a trouvée dans de nombreux traités et lois nationales d'extradition, la spécialité peut être considérée actuellement comme étant un principe du droit des gens[133]. L'Etat auquel l'extradition est demandée assure ainsi le respect des autres principes du droit extraditionnel auxquels il est fortement attaché. La mesure dans laquelle il est à même d'exiger que l'Etat requérant observe la spécialité dépend des dispositions contenues dans un éventuel traité ou, en l'absence d'un tel traité, de la teneur de sa loi interne sur l'extradition.

Avant de nous pencher sur la spécialité dans le domaine des autres actes d'entraide (entraide accessoire), nous estimons utile de donner un bref aperçu de la nature juridique de la spécialité en matière d'extradition et des effets qu'elle exerce sur la procédure.

b) Nature juridique de la spécialité en matière d'extradition

Comme nous l'avons dit, l'extradition est une institution du droit des gens[134] qui nécessite la présence de deux parties. MARTITZ[135] disait déjà qu'elle revêt la forme juridique d'un contrat relevant du droit des gens («die juristische Gestalt eines völkerrechtlichen Vertrages»). Les seules nuances qui peuvent apparaître découlent de l'existence ou non d'un traité d'extradition. En présence d'un traité, il n'est pas nécessaire de demander à l'autre Etat de respecter le principe de la spécialité. L'Office fédéral de la police ne le demande expressément en pareil cas que s'il a des raisons de craindre que l'Etat requérant pourrait, par inadvertance par exemple, ne pas l'observer[136]. La spécialité fait l'objet d'une disposition dans le traité. – En revanche, lorsqu'il n'y a pas de traité, il n'est pas d'emblée évident que l'Etat requérant connaît ce principe ou lui donne l'importance qu'il a en Suisse. Pour

[132] Par exemple RADVANYI, Recht in Ost und West, 1976, p. 205; SCHULTZ, Auslieferungsrecht, p. 363.

[133] CHING, p. 8. En droit anglo-saxon: BASSIOUNI, Tennessee Law Review 36, p. 15.

[134] SCHULTZ, Auslieferungsrecht, p. 7.

[135] VON MARTITZ, p. 53.

[136] A la suite de déclarations faites par la personne poursuivie ou en cas de violations antérieures.

garantir le respect du principe de la spécialité par l'Etat requérant, on peut théoriquement envisager trois modes de procéder:

aa) pour l'Etat requérant, il s'agit d'un principe bien connu du droit des gens, de telle sorte que l'Etat requis n'a pas besoin d'assortir la communication d'extradition d'une réserve[137];

bb) en informant l'Etat requérant que l'extradition a été accordée, l'Etat requis lui communique que celle-ci est subordonnée à l'observation du principe de la spécialité et lui indique la disposition légale in extenso dont elle fait l'objet[138];

cc) avant d'exécuter une extradition déjà décidée, l'Office fédéral de la police demande à l'Etat requérant l'assurance que le principe de la spécialité sera respecté[139]; l'échange de notes qui en résulte a pour conséquence que cet Etat est tenu d'observer les conditions fixées, conformément au principe de la bonne foi universellement admis en droit des gens.

c) La portée de la spécialité en procédure

Il n'est pas contesté que le principe de la spécialité sert à garantir les droits de l'Etat requis[140]. Toutefois, ce principe ne saurait restreindre les droits de l'Etat requérant de manière illimitée: c'est ainsi que, selon l'article 14, 2e alinéa CEExtr., l'Etat requérant peut engager contre la personne extradée une procédure par défaut à raison d'une infraction pour laquelle l'extradition n'a pas été accordée[141]. En outre, la durée des effets de la spécialité est limitée dans le temps[142].

[137] L'art. 34, 1er al. EIMP exclut cette possibilité, car il stipule que «la personne poursuivie ne peut être extradée à l'Etat requérant qu'aux conditions suivantes: ...»; l'art. 34, 1er al., let. d tient compte des critiques formulées par SCHULTZ, Auslieferungsrecht, p. 384s., en prévoyant que sur demande de la Suisse, une copie officiellement certifiée conforme de la décision lui sera communiquée.

[138] A notre avis, ce mode de procéder se justifie si l'Etat requérant avec lequel la Suisse n'a aucun traité a demontré, lors d'affaires précédentes, qu'il était digne de confiance.

[139] Comme le relève le Tribunal fédéral (arrêt non publié du 22 février 1980 en la cause K.) à propos de la première extradition accordée à un Etat (en l'occurrence, il s'agissait d'un Etat du Moyen-Orient).

[140] SCHULTZ, Auslieferungsrecht, p. 366; BASSIOUNI, p. 15, parle du «long arm of the surrendering State».

[141] Conseil de l'Europe, Rapport explicatif sur la CEExtr, p. 23.

[142] La plupart des traités et des lois prévoient des limites précises. L'écoulement des délais prévus («Schonfristen») supprime les effets de la spécialité (cf. aussi art. 34, 2e al. EIMP).

La doctrine et la jurisprudence ont tempéré l'idée traditionnelle, selon laquelle la spécialité ne déploierait d'effets qu'entre des Etats. S'il faut admettre que ce principe ne revêtait à l'origine que des aspects internationaux, le Tribunal fédéral a reconnu au début du siècle déjà[143], puis dans un arrêt non publié du 16 février 1951 en la cause Lebet, que cette limitation sur le plan international entraînait à tout le moins indirectement des droits pour la personne extradée. Dans un arrêt récent, il a confirmé la jurisprudence qu'il avait développée antérieurement en précisant que la violation du principe de la spécialité par le juge cantonal peut être invoquée par la personne extradée comme une violation du droit fédéral dans un recours en nullité au Tribunal fédéral[144].

A l'étranger, la doctrine aux termes de laquelle la spécialité ne déploierait d'effets qu'entre les Etats semble également dépassée[145]. Dans sa décision concernant la requête n° 5262/71[146], la Commission européenne des droits de l'homme a déclaré que pour les Etats Parties à la CEDH[147] le respect du principe de la spécialité découlait de l'article 6 de la dite convention (garantie d'un procès équitable) et que la personne poursuivie pouvait l'invoquer devant elle. Cette décision semble confirmer la tendance existant dans d'autres domaines du droit international public, selon laquelle les traités internationaux sont source de droits pour les individus. L'ancien point de vue exposé plus haut doit par conséquent être corrigé dans le sens que la spécialité déploie certes en premier lieu des effets entre les Etats concernés – cela dans une mesure différente suivant les Etats –, mais qu'elle est également génératrice de droits pour la personne extradée[148]. En Europe, ces droits sont considérés comme étant tout au moins un effet indirect d'accords internationaux en faveur de la personne extradée.

[143] ATF 27 I 20.

[144] ATF 104 IV 79, consid. 2: la spécialité est une disposition de droit pénal, au sens de l'art. 84, 1er al., let. c OJ et non une disposition de procédure. En outre, le TF déclare qu'il ne s'agit pas d'un droit constitutionnel au sens de l'art. 84, 1er al., let. a OJ.

[145] Cf. notamment VAN PANHUYS, p. 58s.

[146] Décision no 5262/71, Rec. 42, 1973, p. 143.

[147] RS 0.101.

[148] Aux USA, il s'agit même d'un droit individuel (cf. CHING, p. 6 et p. 102s.).

3. Le principe de la spécialité dans les autres actes d'entraide

En bref, on peut constater qu'en Suisse le principe de la spécialité dans le domaine de l'entraide judiciaire accessoire se présente, extérieurement du moins, sous trois, voire bientôt quatre formes juridiques différentes:
a) la décision du CF en l'affaire Ciurleo;
b) la réserve suisse concernant l'article 2, lettre b CEEJ;
c) l'article 5 du traité d'entraide judiciaire américano-suisse;
d) l'article 64 EIMP.

a) ACF du 23 septembre 1957 en la cause Ciurleo et consorts[149]

Le principe de la spécialité en relation avec les autres actes d'entraide a été mentionné pour la première fois dans la décision qu'a rendue le Conseil fédéral en l'affaire Ciurleo et qui revêt une importance indéniable pour ce qui touche d'autres domaines de l'entraide judiciaire. Cette décision traite non seulement du principe en question[150], mais aussi d'une série d'autres problèmes fondamentaux consacrés par la pratique. Elle précise que la Suisse, suivant une pratique constante, a toujours refusé de fournir l'entraide lorsque l'infraction à la base de la demande avait un caractère politique, militaire ou fiscal, ou lorsque l'acte n'était pas punissable en droit suisse[151]. Le Conseil fédéral déclare en outre que les motifs d'exclusion universellement reconnus en droit extraditionnel[152,153] doivent également être pris en considération dans le domaine de la petite entraide. Le principe de la spécialité découlant des motifs d'exclusion précités, il s'ensuit que l'Etat requérant doit le respecter aussi bien en matière d'extradition que d'entraide judiciaire accessoire. Cela signifie que *«l'entraide judiciaire fournie pour une infraction de droit commun n'autorise pas l'Etat requérant à utiliser les résultats des investigations entreprises dans l'Etat requis, en vue de poursuivre – dans le sens le plus large du terme – et de réprimer des infractions pour lesquelles elle n'a pas été accordée».*[154]

[149] JAAC 27, p. 12s.
[150] JAAC 27, p. 30, consid. 6d.
[151] JAAC 27, p. 22/23.
[152] Le principe de la non-extradition pour des délits fiscaux est de plus en plus discuté (cf. SCHULTZ, Auslieferungsrecht, p. 468s.).
[153] Depuis l'entrée en vigueur de la CEEJ pour la Suisse le 20 mars 1967, on admet que la double incrimination n'est exigée que s'il s'agit de faire usage de moyens de contrainte (cf. message six conventions, FF 1966 I, p. 488).
[154] JAAC 27, p. 30.

On constate immédiatement que cette notion est plus étroite que celle de l'article 7 LExtr.: elle ne dit en aucune manière si l'Etat requérant est autorisé à poursuivre des infractions connexes à celles qui ont fait l'objet de la demande d'entraide. Le Conseil fédéral laisse d'autre part ouverte la question de savoir si, comme en matière d'extradition, la personne poursuivie peut consentir à ce que l'Etat requérant ne respecte pas le principe de la spécialité. Il ne dit pas non plus si la spécialité cesse de déployer ses effets après l'écoulement d'un certain délai.

Pourquoi une pareille réglementation de la spécialité? La raison en est qu'à la suite de plusieurs demandes d'entraide, il a fallu, à cette époque déjà, recueillir des moyens de preuve pour des procédures pénales étrangères visant des faits qui constituaient tant des infractions de droit commun que fiscales.

Dans une circulaire adressée aux cantons le 14 décembre 1920, le Département fédéral de justice et police les a invités à refuser les demandes d'entraide judiciaire «relatives à des affaires présentant un aspect politique, militaire ou fiscal prépondérant». Ce texte ne précise pas si, outre les infractions purement militaires ou fiscales, il ne convient pas d'exclure également les actes de droit commun commis en connexité ou en concours avec de telles infractions. On ne dit pas surtout ce qu'il faut entendre par «caractère fiscal prépondérant» (un parallèle entre cette expression et la teneur de l'article 10, 2e alinéa LExtr., en matière de délit politique relatif semble exclu). En 1921, il fut recommandé aux cantons de refuser l'entraide dans les affaires de ce genre, pour le motif que, si elle était accordée, elle ne le serait pas seulement pour des infractions de droit commun (cas dans lesquels l'entraide est obligatoire), mais aussi pour des faits ne revêtant pas ce caractère[155].

A la suite de ces circulaires, la pratique eut une nette tendance à rejeter purement et simplement les demandes d'entraide relatives à des infractions présentant un caractère mixte. On préférait refuser l'entraide plutôt que de s'exposer au risque de voir les Etats étrangers ne pas respecter les conditions fixées. Une telle attitude fut ressentie par trop restrictive, car elle était difficilement compatible avec le principe fondamental de l'entraide judiciaire, qui est de lutter contre la criminalité par une coopération internationale la plus large possible. En outre, elle pouvait même aboutir à la rigueur à violer des traités conclus par notre pays. Après avoir fait ces constatations, l'Office fédéral de la police (à

[155] VON SALIS/BURCKHARDT, no 1760/III.

l'époque, la Division fédérale de la police) se mit à rechercher une solution. Une fois de plus, ce fut le droit de l'extradition qui servit de point de départ. On s'inspira, en matière d'entraide accessoire, de la pratique qui s'était développée à propos des infractions fiscales et selon laquelle l'extradition est accordée pour un délit donnant lieu à extradition, à condition qu'il y ait concours réel entre ce délit et l'infraction fiscale ou concours idéal, dans la mesure où, selon les règles applicables en cas de concours imparfait, l'infraction de droit commun n'est pas consommée par le délit fiscal (lex specialis)[156].

Cette solution s'étant avérée fondée, on ne refusa dès lors l'entraide judiciaire que si, conformément à ce qui précède, le délit fiscal absorbait l'infraction de droit commun[157].

Il n'y avait plus qu'à décider sous quelle forme la Suisse ferait part de son avis à l'Etat requérant, de manière à le lier. Là aussi, il se révéla justifié de s'inspirer de la pratique qui avait vu le jour en matière d'extradition. Comme nous l'avons dit plus haut, elle consiste à assortir la communication de l'extradition d'une réserve. Une application par analogie de cette méthode à l'entraide accessoire présentait l'avantage d'avoir déjà fait ses preuves. Compte tenu des différences existant entre ces deux domaines et notamment du fait que l'Etat requérant ne connaissait très souvent pas cette particularité du droit suisse, il s'avèra nécessaire de procéder de la manière suivante. Dans les cas où l'entraide judiciaire était fournie en vertu d'un traité, on se limitait, en règle générale, à faire un réserve selon laquelle les actes constatant l'exécution ne devaient être utilisés que dans des procédures visant les faits contenus dans la demande, à l'exclusion de toute procédure de nature politique, militaire ou fiscale. Hors traité, la transmission de ces actes était régulièrement précédée d'une demande de garantie. Il s'ensuit qu'à l'instar de la spécialité en matière d'extradition, la réserve dans l'entraide accessoire sert avant tout à lier l'Etat requérant aux principes développés en Suisse[158]. Elle a surtout pour but d'empêcher que les résultats de l'enquête ne soient utilisés dans des procédures fiscales.

[156] SCHULTZ, Auslieferungsrecht, p. 465 s.

[157] MARKEES le dit clairement pour la première fois dans: «Probleme der internationalen Strafrechtshilfe», GA 1958, p. 362.

[158] Pour AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, p. 284, il semble que la règle de la spécialité soit une «conséquence logique du refus de l'entraide judiciaire pour certains délits à caractère politique ou fiscal».

b) La réserve suisse à l'article 2, lettre b CEEJ

Il est bien connu[159] que d'autres Etats subordonnent de manière générale ou de cas en cas l'octroi de l'entraide à certaines conditions. Preuve en sont les nombreuses réserves et déclarations faites par les Etats ayant signé ou ratifié la CEEJ[160]. C'est dire que, malgré la tendance de plus en plus marquée des Etats contractants à unifier un domaine déterminé au moyen d'un instrument commun, ils ont tout de même la possibilité de faire respecter de manière acceptable les principes qu'ils ont développés dans leur droit interne[161].

En plus des autres réserves faites par la Suisse et qui ne présentent pas ici un intérêt particulier, il faut relever celle qu'elle a formulée à propos de l'article 2, lettre b CEEJ et qu'elle a rédigée en tenant compte du fait que le refus prévu par la convention pour les infractions politiques et fiscales est simplement facultatif. Cette réserve tient compte de l'évolution intervenue entre la décision Ciurleo et l'entrée en vigueur de la convention pour la Suisse. Constituant pour la première fois une codification du principe de la spécialité, elle a la teneur suivante:

ad article 2 b)

«La Suisse se réserve en outre le droit, dans des cas spéciaux, de n'accorder l'entraide judiciaire en vertu de la convention qu'à la condition expresse que les résultats des investigations faites en Suisse et les renseignements contenus dans les documents ou dossiers transmis soient utilisés exclusivement pour instruire et juger les infractions à raisons desquelles l'entraide est fournie»[162].

Bien qu'elle soit dans la ligne de la décision Ciurleo, cette réserve n'est pas exprimée de manière très heureuse: en particulier, elle n'indique pas aux autorités cantonales appelées à fournir l'entraide ce qu'il faut entendre par «cas spéciaux». Le message du Conseil fédéral du 1er mars 1966 est également muet à ce sujet. En tenant compte des développements en matière de spé-

[159] STRUPP/SCHLOCHAUER, p. 54.

[160] La possibilité de faire des réserves ou déclarations découle de l'article 23 de cette convention.

[161] Ce qui est regrettable du point de vue de l'unification de la matière, mais qui a l'avantage de tenir compte des différences qui se sont créées au cours des temps entre les divers systèmes de droit. Cette situation empêche certes d'avoir une vue d'ensemble, mais elle est préférable à une trop grande quantité d'accords bilatéraux. Le 90% de toutes les demandes d'entraide adressées à la Suisse tombent sous le coup de cette convention (cf. MARKEES, RPS 89, p. 231).

[162] RO 1967, 849.

cialité que nous avons décrits plus haut et qui ont abouti à son application à l'entraide accessoire, il est évident qu'il faut entendre par là les cas dans lesquels on a de bonnes raisons de croire que l'Etat requérant ne poursuit pas seulement l'inculpé pour des infractions de droit commun, mais aussi pour des violations à des prescriptions de nature politique, fiscale ou militaire[163].

En outre, il aurait été utile de préciser que la spécialité en matière d'entraide accessoire ne peut avoir de sens que dans les cas d'entraide judiciaire proprement dite, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de recueillir des moyens de preuve. Elle est sans importance en matière de notification et ne peut pas déployer d'effets dans les autres domaines de l'entraide, tels que, par exemple, celui de la poursuite pénale par délégation[164].

Le législateur n'aurait pas dû rencontrer de difficultés à s'exprimer plus clairement. Afin d'éviter à l'autorité d'exécution de poser cette condition lors de chaque transmission d'actes constatant l'exécution, il eût été plus sage de prévoir une réserve générale propre à lier l'Etat requérant. Une telle réserve aurait eu l'avantage d'éviter toute confusion et d'informer clairement les Etats contractants. En l'état actuel, il est évident que, conformément au principe de la bonne foi reconnu en droit des gens, la Suisse ne saurait invoquer la violation de la spécialité, lorsqu'elle a omis de la mentionner expressément en transmettant les actes d'exécution. L'autorité requérante ne peut être accusée, en effet, de ne pas respecter une condition qui ne lui a pas été imposée. Si l'on excepte certaines autorités d'Etats limitrophes qui sont très fréquemment amenées à demander l'entraide judiciaire à la Suisse, d'autres ne sont pas sensées connaître cette particularité du droit suisse.

De plus, la portée de cette réserve est trop restreinte. En effet, contrairement à ce que pourrait laisser supposer la fin du texte, la Suisse n'entend pas interdire que les documents ou dossiers transmis soient utilisés dans une *autre* procédure visant des infractions de droit commun pour lesquelles l'entraide judiciaire devrait être accordée. La réserve ne doit pas non plus exclure l'emploi de ces actes dans une procédure qui a été engagée contre d'autres personnes (complices, coauteurs, etc.) en raison des délits de droit commun mentionnés dans la demande et pour lesquels l'entraide a été accordée. A notre avis, la Suisse devrait en pareil cas être informée de l'extention de la procédure étrangère

[163] Cf. circulaire du DFJP du 5 avril 1967, p. 7.
[164] Message EIMP, FF 1976 II, p. 451.

et avoir l'occasion de donner son avis, comme le prévoit l'article 5, 2e alinéa Tr-USA[165]. La réserve de la spécialité n'a en effet pour but que d'empêcher toute utilisation du résultat des investigations dans une procédure de nature fiscale, politique ou militaire. Elle n'interdit pas que l'Etat requérant qualifie par la suite différemment les faits, si l'entraide peut également être fournie dans ce cas[166]. L'Etat requérant qui a obtenu par la voie de l'entraide des renseignements dans l'intérêt d'une procédure ouverte pour filouterie d'auberge, par exemple, ne viole pas le principe de la spécialité s'il s'avère par la suite qu'il s'agissait d'une escroquerie.

La réserve faite lors de la ratification de la CEEJ aurait dû contenir toutes les nuances et tous les détails de la disposition du Tr-USA. Sa teneur actuelle ne permet pas à l'Etat requérant d'en connaître la portée. Des conditions plus précises auraient sans aucun doute contribué à renforcer nos principes.

En conclusion, nous rappelons que la réserve faite à l'article 2, lettre b CEEJ oblige la Suisse à faire une réserve formelle lors de chaque transmission d'actes constatant l'exécution[167].

c) L'article 5 du traité d'entraide judiciaire américano-suisse

Comme nous l'avons vu, en faisant une réserve quant à l'article 2, lettre b CEEJ, la Suisse partait de l'idée qu'à la suite de la pratique consacrée par l'arrêt Ciurleo, il n'était pas nécessaire d'attirer spécialement l'attention des Etats limitrophes sur la portée du principe de la spécialité, vu la grande quantité des cas traités avec eux. En revanche, au cours des discussions préliminaires avec les autorités américaines, il s'avéra nécessaire de les renseigner en détail sur cette question. Celles-ci voulaient éviter à tout prix que des violations de ce principe, provoquées par son

[165] MARKEES, RPS 89, p. 247.

[166] La même conclusion est tirée par SCHULTZ (Auslieferungsrecht, p. 358 s.) en ce qui concerne les effets de la spécialité en matière d'extradition.

[167] JAAC 44/III, p. 388 s. Dans un arrêt non publié du 26 septembre 1980 en la cause S. c. Staatsanwaltschaft BS, consid. 4, le Tribunal fédéral est d'avis qu'il n'est pas nécessaire, s'agissant de requêtes faites en application de la CEEJ, de subordonner dans tous les cas l'octroi de l'entraide judiciaire à cette condition, étant donné qu'il y a lieu de faire confiance à chaque Etat contractant, dans ce sens «qu'il respectera strictement la convention, à savoir le principe de la spécialité dans le mesure où celui-ci est ancré dans la convention». Il méconnaît par là que la réserve relative à l'art. 2, let. b CEEJ est purement facultative.

imprécision, ne créent des difficultés dans l'application du traité[168].

Contrairement à ce qui avait été fait lors de la ratification de la CEEJ, la limitation de l'emploi des informations dans les documents fit l'objet d'une disposition de portée générale. Cette disposition, dans laquelle la nature juridique de la spécialité se traduit par une interdiction de l'utilisation des moyens de preuve, a la teneur suivante:

Article 5

[1] Les témoignages, déclarations, pièces, dossiers, moyens de preuve ou autres objets, y compris les renseignements qu'ils contiennent, obtenus de l'Etat requis par l'Etat requérant sur la base du présent Traité ne peuvent, dans l'Etat requérant, ni être utilisés aux fins d'investigations, ni être produits comme moyens de preuve dans une procédure relative à une infraction autre que celle pour laquelle l'entraide judiciaire a été accordée.

[2] Toutefois, si l'Etat requis en a été informé et s'il a eu la possibilité de donner son avis sur l'applicabilité des lettres a, b et c du présent alinéa, le matériel visé au 1er alinéa peut être utilisé dans l'Etat requérant pour des enquêtes ou des procédures contre des personnes:

a. Qui étaient ou qui sont soupçonnées dans une enquête ou accusées dans une procédure pour laquelle l'entraide judiciaire a été prêtée et qui sont soupçonnées ou accusées d'avoir commis une autre infraction pour laquelle l'entraide judiciaire doit être accordée;
b. Soupçonnées ou accusées d'avoir participé à une infraction pour laquelle l'entraide judiciaire a été octroyée, ou d'avoir favorisé une telle infraction;
c. Décrites à l'article 6, 2e alinéa.

[3] Les dispositions du présent Traité n'empêchent aucune autorité dans l'Etat requérant:

a. D'utiliser le matériel mentionné au 1er alinéa pour une enquête ou une procédure concernant le paiement de dommages-intérêts en relation avec une procédure pour laquelle l'entraide judiciaire a été prêtée;
b. De faire, dans une procédure pénale, des recherches supplémentaires sur la base des renseignements contenus dans le matériel mentionné du 1er alinéa, si les conditions suivantes sont remplies:
   (1) l'entraide judiciaire doit être admise pour cette procédure;
   (2) des recherches en vue d'établir l'existence d'un acte délictueux doivent déjà avoir été faites avant la date de la demande visée au 1er alinéa;
   (3) le matériel mentionné au 1er alinéa ne doit pas servir de moyen de preuve.

L'article 5, 1er alinéa, reprend dans une très large mesure le texte contenu dans la réserve suisse faite à l'article 2, lettre b

[168] Procès-verbal des entretiens préliminaires, 2e rencontre, 14–18.4.1969, Washington, p. 9.

CEEJ. Selon le Tribunal fédéral, les moyens de preuve obtenus en Suisse par contrainte (levée du secret bancaire, par exemple) ne peuvent pas être utilisés dans une procédure pénale américaine tendant à poursuivre et à réprimer des faits qui ne seraient pas punissables en droit suisse[169]. C'est dire qu'une telle utilisation est exclue dans une procédure pour des actes de corruption commis entre personnes physiques, au sens de l'article 13, lettre e LCD[170,171] ou pour des infractions en matière de stupéfiants commises par des personnes morales[172]. Cette interprétation du Tribunal fédéral ne considère pas suffisamment les divergences existant entre le système juridique suisse et le système américain et qui peuvent avoir pour effet une qualification très différente des faits dans la demande. Echafauder une combinaison de deux éléments, l'un étant certes l'octroi de l'entraide, mais dont l'autre consiste à limiter l'emploi des informations par une condition fixée eu égard à une qualification des faits différente pour des raisons de système juridique va à l'encontre de l'esprit du traité en particulier et de l'entraide judiciaire en général. Il est du reste fort douteux que l'article 5, 1er alinéa, ait cette portée: la double incrimination qu'exige l'emploi de la contrainte lors de l'exécution de requêtes étrangères est exclusivement due au fait qu'il serait choquant que la Suisse doive porter atteinte à des libertés individuelles pour un acte commis à l'étranger et non punissable en Suisse, alors qu'elle se trouverait dans l'impossibilité de le faire au cas où le même acte aurait été commis en Suisse[173]. En revanche, il y a lieu d'appliquer des mesures de contrainte, ce qui entraîne un empiétement sur les libertés individuelles, si d'aventure les faits décrits dans la demande constituent l'une des infractions prévues par le droit pénal suisse[174]. La manière dont l'Etat requérant utilise les moyens de preuve dans sa procédure ne revêt aucune importance, s'il observe le principe de la spécialité et qu'il n'en fasse pas usage pour poursuivre et réprimer des infractions pour lesquelles la Suisse n'accorde pas l'entraide.

[169] ATF non publié du 28 septembre 1979 en la cause G. et C. c. OFP, consid. 5b, in fine.

[170] RS 241.

[171] ATF non publié du 28 septembre 1979 en la cause G. et C. c. OFP, consid. 5a.

[172] ATF non publié du 27 février 1980 en la cause Z. c. OFP, consid. 3a.

[173] Message CEEJ, FF 1966 I, p. 486.

[174] Message six conventions, FF 1966 I, p. 486.
Nos critiques faites à propos de l'ATF du 28 septembre 1979 se trouvent renforcées par MARKEES qui a été le premier à établir une relation entre le principe de la spécialité et l'application de mesures de contrainte (RPS 89, p. 247).

L'interprétation du Tribunal fédéral en matière de spécialité ne tient pas compte du fait que la Suisse peut fournir l'entraide judiciaire, sans application de moyens de contrainte, si les faits décrits dans la demande ne sont pas punissables dans notre pays. Il ne fait aucun doute que l'autorité étrangère requiert l'entraide moins en fonction d'une infraction déterminée que pour faire la lumière sur certains faits, ce qui peut avoir pour conséquence une qualification différente de l'infraction après clôture de l'enquête. La qualification juridique des faits dans la demande et l'indication du texte des dispositions pénales applicables ont simplement pour but d'aider l'Etat requis à qualifier ces faits selon son propre droit. Comme nous l'avons vu, une qualification juridique différente ne saurait faire obstacle à l'utilisation des moyens de preuve obtenus par le biais de l'entraide, sauf s'il devait s'agir d'une qualification telle qu'elle excluerait toute entraide (p. ex. infraction fiscale). Le principe de la spécialité se limite à empêcher l'utilisation de renseignements dans des procédures pour lesquelles l'entraide n'est pas admise[175]. Le Tribunal fédéral se contredit lorsque, dans le même arrêt, voire dans le même considérant, il déclare qu'il y a lieu d'accorder l'entraide et d'appliquer des mesures de contrainte si les faits mentionnés dans la requête américaine constituent un acte punissable en Suisse, tout en prétendant en même temps qu'il n'est pas nécessaire de rechercher si ces faits constituent une autre infraction pour laquelle il serait admissible de faire usage de la contrainte[176]. Logiquement, il n'aurait pas dû laisser la question ouverte, étant donné qu'il fixe lui-même la mesure dans laquelle les autorités américaines peuvent utiliser les moyens de preuve obtenus en Suisse par contrainte.

En résumé, nous dirons que la conception du Tribunal fédéral en matière d'effets de la spécialité, au sens de l'article 5, 1er alinéa Tr-USA paraît à tout le moins contradictoire et trop axée sur une infraction déterminée. Le respect des principes de l'entraide exige de considérer en premier lieu les faits et d'être conscient que des qualifications juridiques différentes suivant les systèmes de droit ne peuvent pas avoir pour effet de limiter l'emploi des renseignements transmis. Comme par le passé, la spécialité ne joue de rôle qu'en cas de concours entre, d'une part, une

[175] Message Tr-USA, FF 1974 II, p. 585.

[176] Dans un arrêt non publié du 28 septembre 1979 en la cause G. et C. c. OFP, le Tribunal fédéral a estimé qu'il y avait gestion déloyale selon le droit suisse, raison pour laquelle il a laissé ouverte la question de savoir si les éléments constitutifs de l'escroquerie étaient également réunis.

infraction de droit commun et, d'autre part, une violation de prescriptions en matière fiscale ou de législation sur les cartels, voire de lois antitrusts[177].

A remarquer que, s'agissant de requêtes présentées dans l'intérêt de procédures dirigées contre le crime organisé, le principe de la spécialité n'est pas applicable, étant donné que l'article 2, 2e alinéa, lettres a et b Tr-USA n'exclut pas l'entraide pour les infractions que nous venons d'évoquer[178].

L'étude de la genèse de l'article 5, 1er alinéa Tr-USA permet de constater que cette disposition ne s'écarte en rien de la réglementation consacrée par l'arrêt Ciurleo, ni de la teneur de la réserve faite à propos de l'article 2 CEEJ. Les alinéas 2 et 3 de l'article 5 éclairent même encore davantage la portée de ce principe[179]. L'article 5, 2e alinéa, lettre a permet d'utiliser les informations reçues dans une autre procédure que celle pour laquelle elles ont été fournies, si l'Etat requis a eu préalablement la possibilité de donner son avis à ce sujet. Cela ne change rien à la situation de la personne poursuivie. En revanche, l'entraide porte sur d'autres faits que ceux décrits dans la demande. Or, comme nous l'avons vu, l'exposé des faits dans la demande est plus important que leur qualification juridique, raison pour laquelle la Suisse doit avoir la possibilité de se prononcer sur une utilisation plus large des moyens de preuve en présence de faits nouveaux. En pareil cas, il s'agit bien plutôt d'une nouvelle demande d'entraide judiciaire que d'une nouvelle situation qu'il faudrait examiner sous l'angle de la spécialité.

Il est intéressant d'étudier aussi la portée de l'article 5, 3e alinéa, lettre b du Traité. Les conditions énumérées sous les trois chiffres de cette lettre sont cumulatives. Cela signifie qu'au vu des moyens de preuve reçus, l'Etat requérant peut procéder à des recherches supplémentaires, mais qu'il doit respecter les trois conditions mentionnées. Il est important de constater que si cette disposition ne fait pas obstacle à des recherches supplémentaires, elle s'oppose en revanche à ce que les informations fournies précédemment soient utilisées comme moyens de preuve[180]. Le chiffre 2 stipule clairement que les renseignements ne peuvent être utilisés que si des recherches préliminaires ont déjà été faites avant la présentation de la demande.

[177] MARKEES, RPS 95, p. 131.
[178] Message Tr-USA, FF 1974 II, p. 588; MARKEES, RPS 95, p. 131; CAIMI, Kriminalistik, 1977, p. 227, in fine.
[179] MARKEES, RPS 95, p. 132.
[180] JOHNSON, Harvard Int. Law Journal 15, p. 354; WICKI, RSJ 70, p. 344.

Certains auteurs ont relevé que la réglementation apportée au principe de la spécialité par le Tr-USA laissait ouverte certains problèmes, bien que cette réglementation soit plus détaillée que celle qui figure dans la réserve faite à la CEEJ. Un de ces problèmes, qui revêt une grande importance dans la pratique, est de savoir comment le principe en question peut et doit être pris en considération au cours du «plea bargaining», institution du droit anglo-saxon[181]. Le «plea bargaining» est une phase spéciale de la procédure pénale qui se situe entre la mise en accusation formelle et le jugement[182], au cours de laquelle l'accusé peut se déclarer coupable de certains chefs d'accusation ou de tous et obtenir ainsi une peine plus clémente, voire bénéficier de l'impunité, en raison de sa collaboration avec l'accusation. Il ne fait aucun doute que la plupart[183] des personnes mises en accusation formelle aux Etats-Unis plaident coupables au cours du «plea bargaining», ce qui a pour conséquence de leur éviter de comparaître devant une cour d'assises. Même si nous ne connaissons pas tous les détails des pourparlers qui se déroulent pendant cette phase de la procédure entre l'accusation et la défense à propos de l'admission de la culpabilité et de la peine, il nous semble très difficile de pouvoir contrôler si le principe de la spécialité est respecté.

En effet, il ne sera jamais possible de savoir si une personne qui est accusée d'avoir commis des infractions de droit commun et des délits fiscaux et qui a plaidé coupable sur tous les chefs d'accusation l'aurait également fait pour les délits fiscaux en l'absence des moyens de preuve obtenus de la Suisse. Ce problème pourrait trouver sa solution dans une démarche du Département américain de la justice auprès du représentant de l'accusation l'invitant à séparer en procédure les chefs d'accusation pour les infractions de droit commun de ceux qui concernent les délits fiscaux. Généralement, une telle séparation n'est pas nécessaire, étant donné que la décision d'accusation (indictment) énonce chaque fait sous un chiffre différent (count). Le «plea bargaining» s'effectue sur la base de cette décision d'accusation[184]. Si l'autorité américaine d'accusation n'utilise les documents envoyés par la Suisse que pour les délits de droit commun, et ceci déjà au cours du «plea» ainsi que nous l'avons personnellement

[181] Wicki, RSJ 70, p. 344.

[182] Cf. Rule 10 Federal Rules of Criminal Procedure for the United States District Courts: «Arraignment» et Rule 11: «Pleas».

[183] Cf. US Code Title 18 Crimes and Criminal Procedure, Advisory committee Notes on the Rules, West-Publishing Company 1979, p. 27 et 29.

[184] Cf. Rule 10 Federal Rules of Criminal Procedure.

constaté aux Etats-Unis, le problème soulevé par WICKI n'a plus sa raison d'être. Il ne fait aucun doute pour la Suisse que la limitation de l'emploi des informations découlant de la réserve apportée en application du principe de la spécialité doit également être respectée durant la procédure de «plea bargaining» (l'art. 5 ne vise pas simplement la limitation de l'emploi des moyens de preuve, mais plus généralement celle de l'emploi des informations). Ce serait manifestement exagéré que de vouloir prescrire aux Etats-Unis la méthode qu'ils doivent utiliser dans le cas d'espèce.

Nous pouvons affirmer, après avoir exécuté près de 80 demandes d'entraide judiciaire américaines, que nous n'avons constaté aucune violation du principe de la spécialité par les Etats-Unis. Les rares plaintes adressées à ce sujet à l'Office central suisse se sont avérées infondées.

d) L'article 64 EIMP

Bien que dans son message du 8 mars 1976 le Conseil fédéral ait maintes fois souligné l'importance du principe de la spécialité[185], les Chambres fédérales ne s'en occupèrent pas outre mesure, si bien que cette disposition fut adoptée dans sa version initiale. Elle a la teneur suivante:

Article 64
Utilisation des renseignements

[1] Les renseignements obtenus par voie d'entraide ne peuvent, dans l'Etat requérant, ni être utilisés aux fins d'investigations, ni être produits comme moyens de preuve dans une procédure pénale visant une infraction pour laquelle l'entraide est exclue. Toute autre utilisation est subordonnée au consentement de la Division de la police.

[2] L'autorisation de consulter le dossier conférée à un Etat étranger qui prend part, à titre de lésé, à une procédure pénale en Suisse, est soumise aux mêmes conditions.

Il est certain que la disposition en question sera importante dans la pratique, surtout dans nos relations avec des Etats auxquels nous ne sommes pas liés par un traité. On peut se poser la question s'il n'eût pas été plus judicieux de rédiger une disposition détaillée, comme celle de l'article 5 Tr-USA par exemple, si l'on sait qu'avec certains Etats nous n'avons que peu de cas d'en-

[185] Message EIMP, FF 1976 II, p. 432, 434, 451.

traide. Bien évidemment, il conviendra de faire expressément cette réserve lors de chaque transmission d'actes constatant l'exécution à des Etats avec lesquels nous n'avons pas conclu de traité, lorsque les faits décrits dans la demande font ressortir que le concours bien connu entre infractions pouvant donner lieu à entraide et celles qui l'excluent pourrait se présenter.

Dans son rapport du 4 novembre 1972, la commission d'experts créée par le Département fédéral de justice et police estima qu'une interprétation exacte de la portée de cette règle exigeait qu'il soit «en principe licite d'employer les pièces et les renseignements qu'elles contiennent contre des personnes poursuivies comme coauteurs ou participants à l'infraction de droit commun consommée par les faits mentionnés dans la demande d'entraide»[186]. Il est également permis d'envisager pareil emploi dans des procédures ouvertes contre les mêmes personnes en raison d'autres faits pouvant donner lieu à entraide[187]. Comme il était très difficile d'apprécier les effets qu'entraînerait une disposition plus détaillée, la commission se contenta d'élaborer dans son projet une clause générale (art. 57, 2e al.) aux termes de laquelle l'entraide était admise en pareil cas à certaines conditions, pour autant qu'on puisse s'attendre au respect de ces conditions par l'Etat requérant.

Plus loin, la commission d'experts déclare que «les détails, particulièrement importants en l'espèce, seront fixés dans l'ordonnance d'exécution, ce qui permettra d'adapter plus facilement les prescriptions à envisager aux expériences faites en pratique et de les simplifier»[188]. Il est curieux de constater que l'ordonnance d'exécution élaborée entre temps et soumise à une procédure de consultation n'en souffle mot. En revanche, l'article 64 EIMP renforce l'idée exprimée à l'article 57, 2e alinéa du projet de la commission d'experts, en subordonnant notamment «toute autre utilisation au consentement de l'Office fédéral de la police». Interprétée correctement, cette disposition vise toute utilisation que la demande d'entraide ne permet pas de déceler. Il est quelque peu regrettable que l'Etat requérant ne puisse tirer toute la clarté voulue du 1er alinéa de l'article 64. En effet, cet

[186] Rapport de la commission d'experts pour une loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, p. 55.

[187] Au cours des délibérations de la commission du Conseil national, le DFJP a déclaré dans une annexe jointe à sa lettre du 17 mai 1978 que la portée de la spécialité prévue par l'EIMP ne divergeait pas de celle qui était prévue dans le Tr-USA.

[188] Rapport de la commission d'experts, p. 118.

Etat ne peut pas savoir pour quel genre de procédure le droit suisse exclut l'octroi de l'entraide. Il appartient à la Suisse de s'exprimer clairement à ce sujet et, une fois l'EIMP en vigueur, on ne pourra s'abstenir de faire une réserve détaillée, comme le veut du reste une pratique constante. Une telle réserve pourrait être libellée comme suit:

«Les renseignements contenus dans les documents transmis ne peuvent être utilisés à des fins d'investigations ou servir de moyens de preuve que dans une procédure pénale visant une infraction de droit commun. L'utilisation de ces renseignements dans une procédure de nature politique, militaire ou fiscale[189] est exclue».

Cette formulation paraît nécessaire pour que l'Etat requérant sache exactement ce que la Suisse exige. Un libellé imprécis risque de ne pas être compris. En l'absence d'un traité, les requêtes sont transmises à la Suisse par voie diplomatique. C'est pourquoi il appartiendra en règle générale à l'Office fédéral de la police de faire le nécessaire pour que les actes constatant l'exécution soient assortis d'une telle réserve.

Par ailleurs, il est regrettable qu'aucune limitation dans le temps, analogue à celle que connaît le droit de l'extradition, n'ait été prévue. Cependant, du moment que la spécialité n'a pas pour but de protéger la personne poursuivie, mais de sauvegarder les droits de l'Etat requis, on peut partager l'avis de la commission d'experts[190], selon lequel les effets de la spécialité ne doivent pas être limités dans le temps. Cette interprétation résisterait-elle à un examen approfondi? Il est permis d'en douter. On ne voit guère pourquoi l'Etat requérant se voit libéré, en matière d'extradition, des effets de la spécialité après l'écoulement d'un certain temps, mais qu'il ne le soit pas dans le domaine de l'entraide accessoire. L'absence d'une clause à ce sujet aussi bien dans la réserve faite à la CEEJ que dans le Tr-USA et l'EIMP ne suffit pas à expliquer cette situation. Ne faudrait-il pas dans ce cas se rapprocher du droit de l'extradition? Ni le Tribunal fédéral, ni le Conseil fédéral ne se sont prononcés à ce jour sur cette question, pas plus du reste que les Chambres fédérales lors des délibérations sur l'EIMP.

[189] L'art. 3, 3e al. EIMP, tel qu'il a été adopté par les Chambres fédérales, permet toutefois d'accorder l'entraide, au sens de la troisième partie de la loi, si la procédure vise une escroquerie en matière fiscale. Le cas échéant, il conviendra de modifier la teneur de la réserve.

[190] Rapport de la commission d'experts, p. 56.

Qu'il nous soit permis, enfin, de soulever deux problèmes. Le premier consiste à savoir par quel moyen garantir le respect du principe de la spécialité. Le second se rapporte à la jurisprudence récente du Tribunal fédéral.

L'octroi de l'entraide par l'Etat requis à l'Etat requérant est un acte juridique relevant du droit des gens, dont les conditions et les effets ressortissent au droit conventionnel international. Sans doute la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités n'est pas encore en vigueur et la Suisse ne l'a même pas signée. Il n'en demeure pas moins qu'elle «constitue l'expression du droit coutumier» en matière de traités internationaux[191]. L'article 20 de cette convention prévoit qu'une réserve expressément autorisée par un traité (comme celle faite par la Suisse à l'article 2, lettre b CEEJ, par exemple) n'a pas à être ultérieurement acceptée en principe par les autres Etats contractants. Pour ce qui concerne l'entraide judiciaire hors traité, l'opinion généralement admise par les Etats se reflète par exemple dans la réglementation prévue au § 4 de la nouvelle loi autrichienne du 4 décembre 1979 sur l'extradition et l'entraide judiciaire[192], selon laquelle l'Etat requérant est tenu d'observer les conditions auxquelles sont subordonnés l'extradition, le transit et l'entraide judiciaire, dans la mesure où elles n'ont pas été refusées. En cas d'acceptation, les conditions fixées, telles que le principe de la spécialité, par exemple, doivent être respectées. Du reste, le § 54 de la loi allemande du 23 décembre 1929[193] sur l'extradition reflète déjà très clairement cette idée. La République fédérale d'Allemagne et l'Autriche ont ainsi des dispositions qui prévoient expressément la garantie des conditions fixées par une autorité étrangère, même si ces conditions ont pour effet de limiter l'exercice du pouvoir juridictionnel de l'Etat requérant[194]. Il en va de même pour les Etats n'ayant pas de règles de ce genre, vu qu'elles découlent du principe de la bonne foi. Peu importe que l'Etat requérant dispose ou non d'un moyen de recours. S'il entend rejeter les conditions fixées, voire si son droit constitutionnel l'y contraint, le principe de la bonne foi doit l'obliger à retirer sa demande et, le cas échéant, à retourner les documents qui lui auraient été envoyés.

[191] JAAC 1979, 43/III, p. 419.

[192] Entrée en vigueur le 1er juillet 1980.

[193] Reichsgesetzblatt 1929 I, p. 239 et s.; aux termes du paragraphe en question, la procédure interne doit tenir compte des conditions auxquelles le gouvernement étranger subordonne l'octroi de l'entraide judiciaire.

[194] METTGENBERG, p. 460.

Si la Suisse constate que le principe de la spécialité a été violé – ce qui arrive très rarement par rapport au nombre total des cas traités –, elle dispose des sanctions prévues de manière générale par le droit des gens en cas de violations d'accords internationaux. La plupart du temps, elle[195] se contente de demander à l'Etat requérant de rétablir la situation, la dénonciation du traité étant la solution ultime. A l'instar de la spécialité en matière d'extradition, celle que connaît l'entraide accessoire devrait conférer indirectement des droits à la personne concernée. Le respect de ce principe en sortirait renforcé. Le traité d'entraide judiciaire américano-suisse prévoit que, dans les cas où les restrictions prévues n'autorisent pas une personne à intenter une action aux Etats-Unis[196], la Suisse doit demander d'office des éclaircissements.

Il est sans aucun doute exagéré – comme d'aucuns l'ont parfois demandé – de refuser toute coopération internationale à la suite d'une violation isolée du principe de la spécialité[197]. Le rapport existant entre les violations constatées et le nombre des demandes d'entraide judiciaire exécutées, la gravité de la violation invoquée, ainsi que les mesures prises par l'Etat requérant pour rétablir une situation qui soit conforme aux conditions fixées doivent être appréciées de manière très nuancée.

Au cours des dernières années, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se pencher sur plusieurs cas relatifs à l'exécution de demandes d'entraide judiciaire étrangères et de se prononcer à maintes reprises sur différents points touchant au principe de la spécialité[198]. Ces cas concernaient presque tous des demandes

[195] Même en cas de correspondance directe entre autorités judiciaires, il appartient à l'Office fédéral de la police de s'occuper des litiges pouvant surgir avec un Etat étranger à propos de la spécialité (ATF non publié du 3 septembre 1980 en la cause L.).

[196] Cf. art. 37, 1er al. Tr-USA; échange de lettres du 25 mai 1973 concernant l'art. 5.

[197] ATF non publié du 11 juillet 1980 en la cause R., consid. 7c.

[198] ATF 104 Ia 49, consid.5.
ATF non publié du 22 mars 1978 en la cause B. c. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, consid. 5a.
ATF non publié du 12 juillet 1978 en la cause G. c. Ministère public de la Confédération et DFJP, consid. 2e, in fine.
ATF non publié du 12 février 1979 en la cause S., L. et S. c. Staatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Zürich, consid. 3b.
ATF non publié du 28 septembre 1979 en la cause G. et C. c. OFP (cf. critique supra, p. 317).
ATF non publié du 28 novembre 1979 en la cause W. c. Staatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Zürich, consid. 3d.

faites à la suite d'enquêtes ouvertes pour des infractions se situant dans le domaine de la criminalité des affaires. Or, il est très fréquent, dans un tel domaine, que les mêmes documents revêtent une importance aussi bien sur le plan des infractions de droit commun que sur celui des délits fiscaux. Le Tribunal fédéral fit notamment les quelques réflexions que voici:

aa) La réserve de la spécialité a pour effet d'interdire à l'Etat requérant d'utiliser les moyens de preuve dans une procédure pour laquelle l'entraide est exclue. On ne saurait parler d'une interdiction absolue, au sens le plus strict du terme[199]. C'est ainsi que la réserve faite par la Suisse en la matière n'est pas violée si les autorités fiscales étrangères ont simplement connaissance des moyens de preuve fournis. Une violation n'intervient qu'au moment où ces autorités font usage des moyens en question dans l'intérêt d'une procédure[200]. Les expériences faites en pratique montrent, par exemple, que les autorités allemandes de poursuite prennent fréquemment soin de scinder la procédure en faisant une distinction entre les infractions de droit commun et les délits fiscaux. Parfois, déjà lors de la présentation de la demande, elles donnent spontanément la garantie que les autorités fiscales n'auront en aucun cas accès au dossier en provenance de l'Etat requis, ce afin d'éviter toute violation de la spécialité.

bb) Les avocats exigent très souvent que l'autorité suisse demande à l'Etat requérant, avant toute exécution, la garantie formelle que les conditions seront respectées. S'il est possible d'avoir quelque compréhension pour une telle exigence lorsqu'il s'agit de demandes provenant d'Etats avec lesquels la Suisse n'a que très peu de relations d'entraide judiciaire, celle-ci prend en revanche l'allure d'une manœuvre dilatoire quand la demande émane d'un Etat limitrophe. Le Tribunal fédéral a du reste rendu sur ce point un arrêt très intéressant[201] dans lequel, s'inspirant du principe de la spécialité en droit extraditionnel, il déclare que l'autorité suisse n'a aucune obligation d'exiger une garantie formelle avant d'exécuter une demande d'entraide présentée en application de la

ATF non publié du 7 décembre 1979 en la cause B. c. Camera dei ricorsi penali del Tribunale di appello del cantone Ticino, consid. 4a, in fine.

[199] L'ATF du 3 septembre 1980 en la cause L., consid. 3e va dans ce sens: la spécialité aboutit à une interdiction de l'utilisation des moyens de preuve et n'est pas violée par le caractère public de la procédure.

[200] Cf. également Caimi, p. 225 à propos du Tr-USA.

[201] ATF 104 Ia 57/58.

CEEJ. De surcroît, les rapports de confiance existant entre les Parties contractantes rendent superflue une garantie de ce genre que ne prévoient ni la CEEJ, ni la réserve de la Suisse à l'article 2 de cette convention. S'agissant des demandes d'entraide judiciaire transmises par la voie directe, on a parfois constaté que quelques autorités cantonales, dictées par le souci de faire respecter les principes consacrés dans la pratique, avaient demandé une telle garantie à l'étranger. Plusieurs autorités étrangères ont critiqué cette attitude en relevant que les traités ne prévoyaient pas ce mode de procéder et l'ont prise pour une marque de méfiance.

cc) La pratique permet d'approuver sans réserve la constatation que fait le Tribunal fédéral[202], selon laquelle le principe de la spécialité n'est pour ainsi dire jamais violé dans les relations d'entraide judiciaire entre les Etats démocratiques d'Europe occidentale. Ce n'est que dans certaines affaires avec l'Italie – encore qu'il s'est agi de cas isolés si l'on considère l'ensemble des demandes en provenance de ce pays – qu'il a fallu déplorer ici ou là une violation de ce principe. A supposer que cette situation ne change pas, il faudrait que les autorités italiennes prennent les mesures nécessaires pour y remédier. En revanche, il est réjouissant de constater, quatre ans après l'entrée en vigueur du traité, que le principe de la spécialité a été constamment respecté aux Etats-Unis, malgré les craintes de certains milieux à ce sujet.

IV. La tierce personne et la procédure d'entraide judiciaire

1. Le problème

La condition du tiers non impliqué dans la procédure d'entraide judiciaire soulève un problème particulièrement délicat, à savoir celui de la protection du domaine secret privé qui se pose lors de l'exécution de demandes d'entraide judiciaire étrangères. Ces derniers temps surtout, d'aucuns sont d'avis que certains papiers d'affaires, dont notamment les extraits de comptes en banque saisis à la suite d'une commission rogatoire, ne devraient pas être transmis à l'autorité requérante, car il pourrait en résulter une violation du domaine secret de la personne non impliquée dans la

[202] ATF 104 Ia 58/59.

procédure pénale étrangère, domaine protégé par la loi. On oublie très souvent qu'une procédure pénale ouverte en Suisse ne restreint pas seulement la liberté de l'inculpé, mais aussi parfois celle de personnes qui ne sont pas impliquées[203]. C'est ainsi, par exemple, que le juge peut obliger le témoin récalcitrant à comparaître ou ordonner des saisies et des perquisitions touchant des tierces personnes. Il va de soi que ces mesures de contrainte doivent être conformes au code de procédure pénale et respecter le principe de la proportionnalité[204]. Etant donné que le code de procédure pénale cantonal s'applique par analogie en matière d'entraide judiciaire internationale[205], on comprendra aisément qu'il en va de même des principes qui se sont développés en droit interne, s'agissant de la protection des droits de tiers non impliqués dans la procédure. C'est dire qu'en l'absence de dispositions à ce sujet, le tiers non impliqué aurait l'obligation de donner des renseignements aussi bien au cours d'une procédure d'entraide judiciare que lors d'une procédure pénale suisse. Dans ces conditions, il ne peut refuser de donner des renseignements touchant au domaine secret que si la loi lui permet d'invoquer l'un des secrets professionnels qu'elle énumère limitativement. Si tel n'est pas le cas, le domaine secret doit être protégé dans la mesure du possible lors de l'exécution d'une commission rogatoire, à l'instar de ce qui se fait au cours d'une procédure suisse. On ne saurait toutefois lui conférer une protection si l'enquête exige que le secret soit révélé[206].

Les problèmes que soulèvent la communication de renseignements à l'Etat requérant sur des personnes soi-disant non impliquées dans la procédure pénale étrangère ont été traités pour la première fois par le Conseil fédéral dans l'arrêt rendu le 23 septembre 1957 en l'affaire Ciurleo[207]. La «nature et l'importance de la procédure pénale donnant lieu à la commission rogatoire» figurent parmi les critères décisifs qui permettent de savoir si un soutien de l'Etat requis à la procédure étrangère l'emporte sur les intérêts des tiers non impliqués, comme par exemple lorsqu'il s'agit de poursuivre des infractions commises par des bandes de malfaiteurs qui «dissimulent leurs activités criminelles derrière un réseau d'intermédiaires ayant des ramifications dans divers

[203] HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 165.
[204] Voir à ce sujet HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 166. En ce qui concerne le tiers, cf. art. 69 PPF.
[205] Supra p. 273.
[206] MARKEES, RPS 95, p. 117s.; message EIMP, FF 1976 II, p. 450.
[207] JAAC 27, consid. 6a et 6f/cc, p. 27 et 35 à 37.

pays». Le Conseil fédéral va jusqu'à dire que la communication d'informations protégées par le secret bancaire ne devrait pas dépendre du fait que le maître du secret est désigné comme inculpé ou non dans la commission rogatoire[208].

Il convient de relever que c'est au cours des négociations ayant abouti à la conclusion du traité d'entraide judiciaire avec les Etats-Unis d'Amérique que fut discutée en détail la question de la protection du domaine secret lors de l'exécution de commissions rogatoires étrangères[209]. Aucune décision du Conseil fédéral ou du Tribunal fédéral en la matière n'a été publiée entre le cas Ciurleo et la ratification de la CEEJ par la Suisse (1957–1967). Cette convention n'aborde du reste pas ce problème[210], et les réserves ou déclarations de notre pays non plus. En revanche, il est intéressant de constater que le Tribunal fédéral a relevé, à propos d'une commission rogatoire tombant sous le coup de l'ancien traité d'extradition germano-suisse, «qu'il n'en reste pas moins que, si les documents saisis sont sans rapport aucun avec l'inculpation ... le recourant a un intérêt digne de protection à ce qu'ils ne soient pas transmis à l'autorité requérante»[211]. Cette réflexion montre que, même en l'absence d'une disposition spécifique, le tiers non impliqué peut, à certaines conditions, bénéficier d'une protection. Ce faisant, le Tribunal fédéral s'est inspiré des principes reconnus en droit suisse. A notre connaissance, aucune autre décision se rapportant à ce problème n'a été prise à cette époque.

De l'avis des rapporteurs, les travaux législatifs entrepris en vue de renforcer la protection du domaine personnel secret[212] ont été à la base des discussions qui se tinrent en la matière au cours de la phase préliminaire des pourparlers en vue de conclure le Tr-USA, même si la protection du domaine secret sur le plan de l'entraide judiciaire n'a juridiquement que peu de points communs avec la situation visée par la loi en question.

[208] JAAC 27, p. 36 (2e et 3e al.).

[209] Message Tr-USA, FF 1974 II, p. 586, 590; WICKI, RSJ 70, p. 344s.; voir à ce sujet également le rapport de la commission d'experts pour l'EIMP du 4 novembre 1972, p. 50s.

[210] CAIMI, p. 226.

[211] ATF 98 I 226, consid. 6d.

[212] LF du 20 décembre 1968.

2. *La réglementation prévue par le Tr-USA*

Les *raisons* qui ont poussé à rechercher une solution de ce problème et à créer une norme de droit positif semblent résider une fois de plus dans les différences fondamentales existant entre les systèmes juridiques des deux pays. Alors qu'en Suisse la protection des secrets révélés en cours de procédure est garantie, comme on le sait, par le secret de fonction et que le public n'a pas accès au dossier, le sixième amendement à la constitution des Etats-Unis consacre le principe de la publicité du procès. Selon l'interprétation donnée à cette disposition par les tribunaux fédéraux des Etats-Unis, toute personne a le droit de prendre connaissance des témoignages ou des documents se rapportant à la question de la culpabilité de l'inculpé[213]. Pour cette raison, plusieurs milieux exprimèrent de vives réserves à l'égard d'une entraide judiciaire sans restrictions, du moins en ce qui concerne la communication de renseignements touchant au domaine secret de tiers (personnes privées ou personnes morales) non impliqués dans une procédure américaine. On craignait surtout que la publicité de la procédure permette à des personnes non autorisées d'entrer en possession de secrets d'affaires ou de secrets de fabrication. C'est pourquoi il a fallu rechercher une solution qui tienne compte aussi bien de la nécessité de lutter contre la criminalité que du droit au respect du domaine personnel privé, considéré par NOLL comme étant un droit découlant de la constitution[214]. Une telle solution exigeait de mettre en balance la protection du domaine secret de tiers non impliqués et l'intérêt de l'Etat à rechercher la vérité ou, de manière plus générale, de tracer la limite entre la protection des droits de la personne et une bonne marche de la justice pénale. Malgré les critiques formulées durant les négociations avec les Etats-Unis, on estima judicieux de maintenir les principes que le Conseil fédéral avait dégagés dans le cas Ciurleo et de les préciser encore quelque peu: les renseignements qui touchent à des secrets bancaires, à des secrets de fabrication ou à des secrets d'affaires de personnes n'ayant aucun lien avec l'infraction commise à l'étranger ne sont transmis à l'Etat requérant qu'à certaines conditions cumulati-

[213] Echange de lettres du 25 mai 1973 concernant l'art. 15 Tr-USA, FF 1974 II, p. 626. La publicité prévue est certainement plus large que celle de la procédure suisse qui permet de suivre les débats, sans toutefois reconnaître le droit de consulter le dossier.

[214] NOLL, RPS 91, p. 46s., en particulier p. 60.

ves[215], clairement définies et énumérées limitativement[216]. La demande doit être présentée à raison d'une infraction grave, la communication des renseignements doit être essentielle pour l'enquête et des efforts appropriés, mais vains, doivent avoir été entrepris aux Etats-Unis en vue d'obtenir ces renseignements d'une autre manière[217]. Le traité n'envisage délibérément pas, ce qui s'est avéré exact en pratique, de limiter l'entraide judiciaire aux seuls renseignements concernant les personnes qui prennent part à la procédure. En effet, l'enquête ne permet pas toujours de connaître immédiatement tous ceux qui ont commis les actes délictueux, personne même n'étant désignée au début d'une enquête ouverte contre inconnu. Très souvent, les «criminels à col blanc» se dissimulent derrière des hommes de paille ou des sociétés apparemment irréprochables. Il n'est pas exclu en outre que l'auteur se serve d'une personne de bonne foi (auteur dit «médiat»). Limiter la communication de renseignements à ceux qui concernent les seules personnes touchées directement par la procédure, autrement dit les personnes mentionnées dans la demande, reviendrait à diminuer l'efficacité de l'entraide judiciare requise dans des cas vastes et complexes, voire à la rendre inopérante. On pourrait même se demander si une telle attitude ne serait pas prise pour un soutien officiel apporté à la criminalité.

3. La solution adoptée par l'EIMP

Les nombreuses expériences faites par les rapporteurs dans ce domaine leur permettent de confirmer les déclarations de MARKEES[218]. En effet, les cas d'entraide judiciaire dans lesquels la protection du domaine secret joue un rôle réel sont relativement rares, ceux qui portent sur des secrets importants étant plus rares encore[219]. On peut également se rallier à la constatation faite pour la première fois par cet auteur[220] et reprise par le Conseil

[215] SCHULTZ, Secret bancaire et Tr-USA, p. 38.

[216] L'importance donnée par la Suisse à la protection du domaine secret est mise en évidence par le fait que, même dans le domaine du crime organisé où notre pays a renoncé partiellement au maintien de certains grands principes traditionnels, aucune dérogation n'a été prévue en ce qui concerne la protection des secrets appartenant à des tiers (SCHULTZ, Secret bancaire et Tr-USA, p. 45, in fine).

[217] Cf. art. 10, 2e al., let. a–c Tr-USA.

[218] MARKEES, RPS 95, p. 120.

[219] MARKEES, RPS 92, p. 190.

[220] MARKEES, RPS 92, p. 190s.

fédéral dans son message du 8 mars 1976, lorsqu'il dit que les faits tombant sous le coup du secret bancaire «se sont souvent révélés, à les examiner de plus près, comme étant des secrets au sujet desquels l'obligation de témoigner ne constitue pas en soi et à priori, pour leur détenteur, une atteinte grave au domaine secret». Le Conseil fédéral ajoute que «pour qu'une telle atteinte soit réalisée, il faut en règle générale qu'il y ait de plus des circonstances inhérentes à la nature du cas d'espèce, par exemple une atteinte considérable à la capacité de concurrence ou la mise en péril d'un projet important d'une entreprise»[221]. Si on se borne à prétendre, comme cela est fréquemment le cas, que l'octroi de l'entraide aurait pour effet de causer un préjudice important à des tiers, l'Office fédéral de la police a pour habitude de demander que cet allégué soit étayé. Très souvent, la réponse consiste simplement à exprimer la crainte que les renseignements ne soient utilisés à l'étranger dans une procédure fiscale. En agissant de la sorte, on associe étroitement la réserve de la spécialité et la protection du domaine secret. De l'avis des rapporteurs, le tiers bénéficie d'une protection suffisante contre une utilisation abusive des moyens de preuve fournis à l'Etat requérant[222].

Il n'est pas étonnant qu'à la suite des réserves exprimées lors de la conclusion du Tr-USA, la disposition prévue dans l'EIMP[223] se soit heurtée à une forte opposition au cours des débats parlementaires. Les divergences ne sont pas encore aplanies. Il semble toutefois que l'on s'achemine vers une solution très proche de celle qui a été adoptée dans le Tr-USA. C'est dire que l'EIMP permettra également de transmettre des renseignements ayant trait au domaine secret de tiers non impliqués, dans la mesure où cela est indispensable pour établir les faits et que l'infraction le justifie. Il est probable que l'EIMP contiendra une disposition analogue à celle de l'article 20, 1er alinéa LF-USA, selon laquelle la révélation d'un secret de fabrication ou d'affaires, ou d'un fait qu'une banque doit garder secret, ne constituera que très rarement une atteinte à des intérêts importants de la Suisse et selon laquelle l'entraide est exclue si cette révélation permet de craindre que l'économie suisse n'en subisse un grave préjudice qui paraît insupportable au vu de l'importance de l'infraction[224].

[221] Message EIMP, FF 1976 II, p. 451.
[222] Cf. également le rapport de la commission d'experts pour l'EIMP du 4 novembre 1972, p. 54.
[223] Art. 61 EIMP (projet du CF, FF 1976 II, p. 494).
[224] Art. 1, 2e al. en relation avec l'art. 7, 3e al. projet EIMP (FF 1976 II, p. 477 et

Au vu de ce qui précède, on peut dire en résumé que le domaine secret de la tierce personne non impliquée dans la procédure ne bénéficie d'une protection absolue que si cette personne a le droit de refuser de témoigner, si les renseignements portent sur des faits qui sont sans importance pour la procédure étrangère[225], si la transmission des renseignements semble disproportionnée eu égard à l'importance de l'infraction et chaque fois que des intérêts suisses importants s'opposent à une telle transmission. Il appartient aux tribunaux d'interpréter les termes «importance de l'infraction». Nous relevons à ce sujet que les critères et les catégories d'infractions mentionnées dans l'échange de lettres relatif à l'article 10, 2e alinéa Tr-USA pourraient étendre la portée du traité (même s'il est douteux que les infractions contre le patrimoine puissent être considérées comme graves, lorsque le montant sur lequel elles portent s'élève à plus de 1000 dollars)[226].

4. La suppression d'informations concernant des tiers

Il est fréquent que des tiers prétendument non impliqués demandent de caviarder certains renseignements contenus dans les documents destinés à l'autorité requérante. De telles requêtes doivent être accueillies avec beaucoup de réserve. Il convient en effet d'éviter que la procédure pénale étrangère ne soit entravée, comme cela pourrait être le cas si on rendait impossible la reconstitution d'une transaction bancaire importante. Une omission ou une suppression de documents ou d'une partie d'entre eux, au sens de l'article 28 LF-USA, ne peut entrer en ligne de compte que si leur transmission est inadmissible, selon l'article 3, 1er alinéa Tr-USA (protection des intérêts suisses importants) ou,

479). Selon l'art. 67 du projet de l'ordonnance d'exécution, la commission consultative prévue à l'art. 6 de la LF-USA est également chargée d'examiner les problèmes analogues résultant de l'application de l'EIMP. Cette commission, dont la création suscita de nombreuses discussions, ne s'est réunie qu'une seule fois depuis l'entrée en vigueur du traité.

[225] Il est recommandé à l'autorité chargée d'exécuter la demande d'entraide de faire preuve de prudence avant de se prononcer sur ce point. En effet, les détails de la procédure étrangère ne sont guère connus en Suisse. Il convient d'éviter que l'autorité d'instruction étrangère ne soit sollicitée de prouver l'importance des faits sur lesquels porte son enquête.

[226] Les échanges de lettres font partie du traité, mais ils ne lient par les tribunaux de chacune des parties en ce qui concerne l'interprétation du traité (cf. message Tr-USA, FF 1974 II, p. 589).

s'agissant de personnes qui ne sont pas impliquées dans la procédure pénale étrangère, si les conditions fixées à l'article 10, 2e alinéa Tr-USA et à l'article 61 EIMP ne sont pas remplies. Par conséquent, le tiers non impliqué ne saurait exiger la suppression de certains passages lorsque ces conditions sont réalisées.

5. *Le tiers «non impliqué»*

Lors de l'exécution des premières requêtes américaines adressées à la Suisse en application du traité, on s'est très vite heurté à la difficulté de savoir quelle personnne pouvait être considérée comme étant un tiers non impliqué ou, ainsi que le mentionne le traité, comme «une personne n'ayant apparemment aucun rapport avec l'infraction mentionnée dans la demande». On a parfois entendu dire de la part de celui à qui s'adressait la demande de renseignements qu'il fallait entendre par tiers non impliqué toute personne dont le nom n'était pas expressément mentionné dans la requête. Les réflexions que nous avons faites plus haut, notamment le fait qu'une procédure pénale peut être ouverte contre inconnu, démontrent la fausseté de cette allégation. On s'est souvent penché en doctrine sur la notion du tiers «non impliqué», sans toutefois préciser quelle personne était visée.

Cette notion a fait l'objet d'une première approche, dépassant la teneur du Tr-USA, dans les directives de l'Office fédéral de la police[227]. Selon ces directives, les noms de tiers (personnes physiques ou morales) doivent être communiqués à l'Etat étranger si ces personnes sont impliquées *de quelque façon que ce soit* dans les faits sur lesquels porte l'enquête ouverte à l'étranger. Il suffit qu'elles aient réalisé l'un ou l'autre des éléments constitutifs faisant l'objet de l'enquête étrangère pour qu'elles ne puissent plus être qualifiées de tiers non impliqués. Cela ne signifie pas forcément qu'elles ont agi de façon illicite ou coupable, ce qui ne peut de toute manière pas être constaté par l'autorité qui exécute la demande d'entraide. Une interprétation aussi large a pour but d'éviter que ne soient protégés des complices, des coauteurs ou des instigateurs, pour le motif qu'il s'agirait de prétendus tiers. Elle vise également des hommes de paille ayant agi de bonne foi. Le Tribunal fédéral s'est occupé pour la première fois de cette question en détail dans l'arrêt qu'il a rendu le 28 septembre

[227] JAAC 44/III, nº 83, p. 381 s.

1979, à propos d'une requête d'entraide judiciaire américaine[228]. Il a relevé que la personne soupçonnée d'avoir été un intermédiaire dans le paiement de pots-de-vin en vue de la commission de l'infraction à la base de la demande ne pouvait pas être considérée comme un tiers non impliqué au sens de l'article 10, 2e alinéa Tr-USA; partant, les conditions fixées par cette disposition pour transmettre des informations protégées par le secret bancaire n'étaient pas applicables. Le Tribunal fédéral a précisé en outre qu'il n'y avait pas lieu de restreindre l'instruction aux personnes mentionnées dans la demande, dès lors que précisément les faits n'étaient pas encore élucidés. Dans un autre arrêt[229] soigneusement motivé et se rapportant également au traité américano-suisse, le Tribunal fédéral a souligné que la présence d'un lien quelconque entre la personne et l'infraction était suffisante, sans égard à la culpabilité de celle-ci ou à la date de la commission de l'infraction. Eu égard au but du traité, un tel lien existe lorsqu'il y a un rapport direct et réel entre une personne et l'un des faits que décrit la demande et qui constitue une infraction. Point n'est besoin que la personne ait «participé» à la commission de l'infraction, au sens pénal du terme. Le Tribunal fédéral rejoint ainsi l'opinion exprimée par l'Office fédéral de la police dans ses directives.

Les rapporteurs sont d'avis que si l'on ne veut pas entraver la procédure étrangère par une interprétation restrictive de la notion du «tiers non impliqué», on devrait renoncer, au cas où il n'est pas possible d'exclure d'emblée un rapport réel avec les faits décrits dans la demande, à toute suppression d'informations contenues dans les documents bancaires, notamment lorsqu'il s'agit d'extraits de comptes. Si le nom d'une personne apparaît sur un compte bancaire après que celui-ci ait été crédité du montant sur lequel porte l'infraction, il se justifie, selon les rapporteurs, de conclure que la dite personne est impliquée, non seulement parce qu'elle est en rapport direct et réel avec le fait en question, mais aussi pour le motif que ce rapport ne peut être exclu d'emblée. Ces considérations peuvent être illustrées par l'exemple suivant: les autorités américaines ont engagé une poursuite pénale contre X. pour corruption de fonctionnaires. Selon la demande d'entraide judiciare, X. a versé à une date précise un montant de 750000 dollars US sur un compte ouvert par une société étran-

[228] ATF non publié du 28 septembre 1979 en la cause G. et C. c. OFP, consid. 6 et 7a.

[229] ATF non publié du 16 novembre 1979 en la cause B. c. OFP, consid. 3b.

gère en Suisse. Il prétendit qu'il s'agissait d'une somme ayant servi à payer les prestations de cette société. Le ministère public aux Etats-Unis présumait, en revanche, que la somme en question avait été versée directement ou, le cas échéant, par le truchement d'autres banques, à des fonctionnaires étrangers. Lors de l'exécution de la commission rogatoire, il s'avèra que le montant précité avait réellement été versé sur ce compte. Peu de temps après, les quatre-vingts pour cent environ de la somme étaient transférés sur des comptes numérotés de deux autres banques. Le solde, ainsi qu'un montant qui figurait déjà précédemment sur ce compte, firent l'objet de paiements à des personnes et à des sociétés que la demande ne mentionnait pas. Il s'agissait de savoir si les bénéficiaires de ces dernières transactions devaient être considérés comme des tiers non impliqués. L'Office fédéral estima que tel n'était pas le cas, et ce malgré la modicité de certains versements. A son avis, il n'était pas possible de distinguer les personnes qui avaient reçu le montant se trouvant précédemment sur ce compte de celles qui avaient touché le solde restant après déduction des quatre-vingts pour cent. Au vu des particularités que présentent les opérations bancaires, il serait souhaitable que si de pareils cas se reproduisent, l'autorité d'exécution obtienne la totalité des documents bancaires établis à partir de la réception du montant litigieux, à tout le moins lorsqu'il n'est pas possible d'exclure l'existence d'un rapport réel. Cette interprétation extensive de la notion du «rapport réel» se justifie d'autant plus qu'elle prend en considération les aspects de droit civil résultant du mélange des fonds versés sur un compte. Etant donné l'impossibilité de séparer les différentes sommes, les personnes ayant reçu des montants après la date indiquée dans la commission rogatoire ne peuvent plus être considérées comme des tiers non impliqués. C'est dire que les renseignements demandés peuvent être communiqués sans qu'il soit nécessaire d'observer les conditions limitatives fixées à l'article 10, 2e alinéa Tr-USA et à l'article 61 EIMP[230]. S'agissant de la remise de documents en général, le Tribunal fédéral a déclaré dans un récent arrêt[231] concernant une demande présentée en application de la CEEJ que la personne concernée avait un intérêt digne de protection à ce que les documents qui ne présentent aucun rapport avec l'infraction à la base de la demande ne soient pas transmis.

[230] Cette remarque ne s'applique pas, lorsqu'il s'agit de frais fixes, tels que loyer, etc.

[231] ATF non publié du 11 juillet 1980 en la cause A. AG c. Bezirksanwaltschaft Zürich und Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, consid. 3.

6. Résumé

Pour conclure, nous dirons qu'il convient d'adopter une attitude réservée lorsqu'il s'agit de reconnaître à une personne la qualité de «tiers non impliqué». En revanche, pour pouvoir apporter un soutien efficace à la justice étrangère, on peut se montrer beaucoup plus large dans l'appréciation des conditions prévues à l'article 10, 2e alinéa Tr-USA et à l'article 61 EIMP. Une telle attitude se justifie d'autant plus que le principe de la spécialité empêche toute utilisation abusive des moyens de preuve fournis et qu'il constitue dès lors une garantie supplémentaire. Il convient de relever qu'à notre connaissance aucun autre Etat ne subordonne la transmission de renseignements touchant au domaine secret de tiers non impliqués à des conditions aussi restrictives. Une interprétation plus étroite des dispositions que nous venons de mentionner pourrait être considérée à l'étranger comme la manifestation d'un manque de solidarité et, s'agissant de faits tombant sous le coup du secret bancaire, apporter de l'eau au moulin des détracteurs de notre pays.

V. La notification de documents en tant qu'acte d'entraide judiciaire

1. L'importance de la notification dans le domaine de l'entraide judiciaire

Les demandes de notification de documents à des personnes domiciliées en Suisse suscitent moins d'intérêt que les requêtes étrangères ayant pour but une enquête en Suisse. La doctrine s'est, jusqu'à présent, fort peu préoccupée de ce problème et, si l'on excepte la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de poursuite pour dettes et de faillite, il n'existe que très peu de jugements rendus dans ce domaine. On peut s'en étonner car, en matière pénale, plus de 4000 demandes de notification suisses ou étrangères sont transmises chaque année par l'Office fédéral de la police. Si on y ajoute le nombre des requêtes que les cantons exécutent directement dans leurs relations avec la RFA, l'Autriche, la France et l'Italie[232], on constate que, numériquement

[232] AC-RFA, art. VIII; AC–A, art. IX; art. 2 de la déclaration entre la Suisse et la France relative à la transmission des actes judiciaires et extrajudiciaires et des commissions rogatoires en matière civile et commerciale, faite le 1er février

parlant, les demandes de notification représentent la plus grande partie des requêtes d'entraide judiciaire. Comme certains problèmes se posent, dans ce domaine aussi, et qu'ils ne sont que peu ou même pas du tout traités par la doctrine, nous allons tenter de donner un aperçu de la notification de documents en matière pénale. Les remarques qui vont suivre concernent la notification directe par la poste en Suisse ou à l'étranger (2), la forme de la notification (3) et les citations à comparaître à l'étranger (4 et 5).

2. *La notion de la notification et l'envoi direct par voie postale*

Dans un avis datant de 1956, la notification a été définie comme étant «l'acte formel par lequel la juridiction donne l'occasion à une partie ou à un tiers de prendre connaissance d'un document, cet acte faisant l'objet d'une constatation officielle»[233]. Il va de soi que cette définition est encore valable aujourd'hui et elle signifie, d'après l'avis susmentionné, que la Suisse considère comme inadmissible toute notification directe par la poste de l'étranger à des personnes domiciliées en Suisse. Un tel procédé est assimilé à un acte officiel sur territoire suisse et constitue une violation de notre souveraineté territoriale. Il est contraire au droit international public à moins qu'un traité ne prévoie la notification directe par la poste, ce qui n'est pas le cas en matière pénale[234]. En effet, les traités d'extradition conclus par la Suisse, la CEEJ, le Tr-USA contiennent tous l'obligation pour l'Etat requis de remettre, à la demande de l'Etat requérant, des documents à une partie ou à un tiers, mais soumettent cette remise à certaines conditions. De telles prescriptions figurent également dans l'EIMP, mais celle-ci, dans son article 65, 2e alinéa, donne en outre au Conseil fédéral la compétence «*d'autoriser la notification de documents directement à leur destinataire en Suisse*» et d'en fixer les conditions. Il est prévu de faire usage de cette

1913 (RS 0.274.183.491); art. III du protocole du 1er mai 1869 concernant l'exécution des conventions conclues et signées à Berne et à Florence entre la Suisse et l'Italie le 22 juillet 1868 (RS 0.142.114.541.1).

[233] JAAC 26, no 5, p. 26.

[234] La Suisse accepte la notification directe par voie postale de documents provenant de l'Autriche en matière civile, selon l'art. 1er, 3e al. de l'accord conclu le 26 août 1968 avec cet Etat et visant à compléter la convention de La Haye du 1er mars 1954 sur la procédure civile (RS 0.274.181.631). Voir au sujet de la voie postale les observations de l'AC-RFA (publié dans RS 0.351.913.61): d'après l'interprétation donnée à l'art. 7, 1er al. CEEJ, cette disposition *exclut* l'envoi direct de pièces à notifier au destinataire qui se trouve dans l'autre Etat.

compétence dans l'ordonnance relative à l'EIMP et d'autoriser, en matière pénale, des notifications directes par la poste de documents étrangers provenant d'Etats voisins, lorsqu'il s'agit de contraventions à la législation sur la circulation routière. Plusieurs raisons justifient cette nouveauté: d'une part, en cas d'utilisation de la voie normale de l'entraide judiciaire, les frais dus à la notification seraient beaucoup trop élevés par rapport au résultat escompté; il ne faut pas oublier qu'il s'agit en général d'amendes ne dépassant pas 100.– fr. D'autre part, il existe une certaine uniformité en matière de circulation routière entre les réglementations des différents Etats, si bien que rien dans le droit suisse ne s'oppose à la notification directe par la poste. De plus, en règle générale, seuls des délits de peu d'importance sont visés et les peines prononcées plutôt légères. Finalement, à une époque où les voyages et le tourisme automobile sont très prisés et, par conséquent, les demandes de notification très nombreuses, la solution choisie déchargera considérablement les autorités fédérales et cantonales.

Dans tous les autres cas, il faut utiliser la voie normale de l'entraide judiciaire et il convient de le faire aussi lorsqu'un document suisse doit être notifié à l'étranger (le Département fédéral de justice et police a, dans une circulaire du 17 mai 1960, donné des indications expresses à ce sujet). Dans ce contexte, il est cependant nécessaire de préciser que la notification directe par la poste n'est exclue que lorsque la communication, en tant qu'acte juridictionnel, a pour effet de donner formellement connaissance des documents au destinataire et produit un certain *effet juridique* dans la procédure étrangère. Si la notification est réputée exécutée par publication dans la feuille officielle ou autre, la transmission par la poste des documents à la personne concernée domiciliée à l'étranger ne porte pas atteinte à la souveraineté territoriale suisse: ce n'est alors qu'une communication sans forme, parce que l'acte juridiquement important de la notification a déjà eu lieu.

3. La forme de la notification lors de l'exécution de la demande étrangère

Conformément à l'article 7, paragraphe 1 CEEJ, l'Etat requis «procède à la remise des actes de procédure et des décisions judiciaires qui lui sont envoyés à cette fin par l'Etat requérant». La remise s'effectue par simple transmission au destinataire ou, si

la législation suisse ne s'y oppose pas, dans la forme particulière désirée par l'Etat requérant. La preuve de la remise se fait au moyen d'un récépissé signé par le destinataire, d'un procès-verbal ou d'une déclaration de l'autorité cantonale d'exécution constatant la notification. La dernière méthode est de rigueur si le destinataire refuse d'accepter les documents. L'article 22 Tr-USA prescrit une solution correspondant à celle de la CEEJ, mais autorise expressément la notification par lettre recommandée. L'article 65, 1er alinéa EIMP prévoit également cette simplification; toutefois, dans le champ d'application de la CEEJ, elle n'est valable que si l'Etat requérant y consent. Cette restriction s'explique par le fait que l'EIMP ne s'applique que pour autant que les «accords internationaux n'en disposent pas autrement» (art. 1er). L'article 7, paragraphe 1, 2e alinéa CEEJ ne prévoit pas la notification par lettre recommandée. Pourtant, on peut avoir recours à cette forme de notification si l'Etat requérant n'y voit pas d'objections. Ce n'est qu'après l'entrée en vigueur de l'EIMP qu'on pourra constater, dans la pratique, si cette solution est utilisée.

Ce bref aperçu peut paraître à première vue un peu compliqué, pourtant, la solution adoptée par la pratique est fort simple: comme les autorités cantonales d'exécution agissent d'après leur propre code de procédure, elles confient en principe le soin d'effectuer les notifications en matière pénale à la police; celle-ci remet le document au destinataire ou à la personne habilitée à le recevoir. Certains cantons ont choisi, pour les jugements, la forme de notification prévue par l'article 72 de l'ordonnance relative à la loi sur le service des postes[235]; d'après cet article, le destinataire doit aviser l'expéditeur de la réception en lui retournant l'accusé de réception. Jusqu'à présent, à notre connaissance, aucune notification de documents n'a été effectuée par simple lettre recommandée.

4. Prescriptions particulières relatives aux citations

La Suisse exige qu'une citation à comparaître destinée à un prévenu parvienne à l'autorité suisse au plus tard 30 jours avant la date fixée pour sa comparution (cf. à ce sujet, art. 7, par. 3 CEEJ et les réserves et déclarations suisses y relatives). Ce délai, valable pour la plupart des Etats européens ayant adhéré à la

[235] RS 783.01.

CEEJ[236], doit aussi être observé dans les relations avec les Etats-Unis (art. 22, 3e al. Tr-USA). Il a pour but de permettre au prévenu de sauvegarder ses intérêts légaux et de prendre à temps les mesures nécessaires pour sa défense. S'il n'est pas observé et que la Suisse refuse dès lors de procéder à la notification, l'Etat requérant peut continuer la procédure, étant donné que pour lui le délai de comparution est celui que prévoit le droit du tribunal devant lequel le procès se déroule[237]. Le Tr-USA exige *en principe* qu'un délai de 30 jours soit observé tant pour la citation d'un témoin que pour celle d'un prévenu; il admet pourtant certaines exceptions dans des cas très urgents. On fait exception, par exemple, lorsqu'on constate peu avant ou pendant le procès que la présence d'un témoin est indispensable. Une dérogation à ce délai ne joue aucun rôle du fait qu'un témoin n'est jamais obligé de comparaître à l'étranger. On admet également une dérogation lorsqu'un prévenu change constamment de domicile et empêche ainsi la notification d'avoir lieu.

Les citations à comparaître adressées à l'étranger ne peuvent contenir des menaces de sanctions, car elles constitueraient alors une atteinte à la souveraineté de l'Etat requis[238]. Par contre, il est permis d'indiquer à l'accusé et à l'inculpé quels désavantages ils encourent s'ils ne comparaissent pas. La CEEJ prévoit que le témoin qui n'aura pas déféré à une citation à comparaître ne pourra être soumis à aucune sanction ou mesure de contrainte (art. 8). La solution choisie par le Tr-USA est la même, à ceci près que l'Etat requérant peut ordonner des mesures de contrainte à l'encontre d'un de ses ressortissants qui refuse de comparaître (art. 24, 1er al.). L'EIMP interdit toute notification de citation contenant des menaces de sanctions (art. 66, 2e al.). Ainsi, on va renoncer à la pratique actuelle qui consiste, pour les autorités suisses, à biffer sur les documents à notifier les passages relatifs aux menaces de sanctions et à en informer l'Etat requérant. Il n'en demeure pas moins que toute personne appelée à comparaître à l'étranger, que ce soit en tant que témoin, accusé ou expert, ne pourra jamais y être contrainte. Celui qui reçoit une citation à comparaître devant une autorité étrangère peut la refuser sans plus. L'article 31, 1er alinéa Tr-USA et l'article 66, 1er alinéa EIMP consacrent expressément ce principe. Cependant, il est aussi valable pour ce qui concerne la CEEJ[239].

[236] Israël et la Turquie demandent un délai de 40 jours.
[237] HAUSER, RPS 83, p. 237 s.; Message six conventions, FF 1966 I, p. 492.
[238] HAUSER/HAUSER, Kommentar GVG, p. 448.
[239] HAUSER, RPS 83, p. 236.

La personne qui comparaît à l'étranger comme *témoin* ou comme *expert* bénéficie d'un *sauf-conduit,* et ne doit être soumise à aucune restriction de sa liberté individuelle pour des faits ou condamnations antérieurs à son départ du territoire de l'Etat requis (art. 12, 1er al. CEEJ; art. 27, 1er al. Tr-USA). L'article 70 EIMP reprend ce principe pour les personnes appelées à comparaître en Suisse. Un témoin ou un expert cité à comparaître devant le tribunal d'un Etat avec lequel la Suisse n'a pas conclu de traité peut exiger que son immunité lui soit spécialement garantie, avant de donner suite à la citation.

Cette immunité n'a pas une durée illimitée, mais prend fin quelques jours après que le témoin ou l'expert a témoigné[240] ou au plus tard après son départ du territoire de l'Etat requérant. Elle ne constitue pas non plus une protection contre un faux témoignage, car il s'agit là d'un délit commis après que le témoin ou l'expert a quitté le territoire de l'Etat requis[241]. En outre, il importe peu que le témoin ait été cité par la voie de l'entraide judiciaire ou par une autre voie[242].

Le prévenu bénéficie, dans la même mesure que le témoin, d'un sauf-conduit pour les faits et condamnations qui ne sont pas visés par la citation (art. 12, par. 2 CEEJ; art. 27, 2e al. Tr-USA; art. 70, 2e al. EIMP).

5. Citations dans des procédures pour des infractions fiscales, douanières ou en matière de devises

Que se passe-t-il lorsqu'un témoin ou un prévenu est cité à comparaître au cours d'une procédure pénale étrangère instruite pour une infraction fiscale, douanière ou en matière de devises? La Suisse, qui se fonde sur une pratique bien établie d'après laquelle elle n'accorde pas l'entraide dans de tels cas, refuse de notifier la citation[243].

Cependant, afin de respecter le droit du *prévenu* d'être entendu et de lui permettre de sauvegarder ses droits, on l'autorise à prendre connaissance du contenu de la citation, sans en faire quelque mention que ce soit sur le document ou sur l'accusé de

[240] CEEJ: 15 jours; Tr-USA: 10 jours; EIMP: 3 jours.
[241] Markees, NZZ Nr. 143/1979.
[242] ATF 104 Ia 461; Markees, NZZ Nr. 143/1979.
[243] Il y aura lieu de faire une exception pour les cas qu'on pourrait qualifier, d'après le droit suisse, d'escroqueries fiscales, cf. art. 3, 3e al. EIMP.

réception, puis la requête est retournée, inexécutée, à l'Etat requérant. La réponse n'est plus aussi simple lorsque la procédure étrangère est instruite à la fois pour des infractions spéciales et pour des infractions de droit commun. De tels cas ne sont pas si rares et se sont produits plus d'une fois, notamment en matière de criminalité des affaires et lors d'enlèvements: il n'y a qu'à songer aux escroqueries combinées avec une fraude ou une escroquerie fiscale, à un recel, à des rançons combinées avec une violation des prescriptions relatives à l'exportation de devises ou à d'autres cas semblables. En ce qui concerne la citation à comparaître d'un prévenu, on observera la procédure déjà décrite. La Suisse a la possibilité d'accompagner son refus de notifier d'une remarque, dans laquelle elle se dit prête à procéder à la notification si la citation n'a trait qu'à des infractions de droit commun (dans notre exemple: l'escroquerie ou le recel). On peut se demander si, après cette réserve, la notification a toujours un sens. Bien évidemment, puisque le prévenu bénéficie d'un sauf-conduit pour les délits spéciaux s'il comparaît à l'étranger et qu'il sera possible d'instruire la procédure étrangère pour les délits de droit commun. La situation est différente en ce qui concerne les *témoins*. Si la Suisse refusait de façon catégorique de procéder à une notification, elle violerait les traités qu'elle a conclus et qui lui imposent un devoir d'accorder l'entraide. Si elle procède à la notification, elle ne peut se prévaloir de la réserve faite à l'article 2 CEEJ, qui lui permet, «*dans des cas spéciaux, de n'accorder l'entraide judiciaire en vertu de la convention qu'à la condition expresse que les résultats des investigations faites en Suisse et les renseignements contenus dans les documents ou dossiers transmis soient utilisés exclusivement pour instruire et juger les infractions à raison desquelles l'entraide est fournie*». Cette clause dite de la «spécialité»[244] n'est valable que pour les requêtes ayant pour but de rechercher en Suisse des moyens de peuve et n'entre pas en ligne de compte pour les demandes de notification. Notifier une citation à comparaître n'équivaut pas à mener une enquête en Suisse. Pour des raisons pratiques, on ne peut exiger du témoin qu'il limite ses déclarations aux aspects de droit commun d'une infraction. Il n'est guère concevable non plus d'exiger que la citation ne mentionne que les infractions de droit commun, car le tribunal souhaite interroger le témoin sur l'*objet de la procédure*. On se trouve alors placé devant un choix: refuser l'entraide et protéger ainsi indirectement la criminalité dans des cas souvent

[244] Supra p. 312s.

graves (comme par exemple un enlèvement en vue d'obtenir une rançon), ou alors notifier la citation. On ne saurait reprocher en tout cas à l'Office fédéral de la police de conseiller plutôt la notification de la citation lorsque, dans la procédure étrangère, les aspects de droit commun prédominent.

Troisième partie

L'entraide judiciaire internationale: Arme contre le terrorisme

I. Remarques liminaires

Ce bref exposé des moyens juridiques dont dispose la Suisse ou dont elle entend se doter, sur le plan de l'entraide judiciaire internationale notamment, pour lutter efficacement contre le fléau que constitue le terrorisme, n'entend pas être exhaustif. Il se veut tout simplement une approche de l'armature qu'elle se forge tant en droit national qu'au niveau du droit international pénal conventionnel.

Pour situer le débat, précisons d'emblée que nous ne songeons qu'aux actes de terrorisme qui débordent les frontières d'un Etat, à l'exclusion de ceux qui s'y cantonnent strictement, telles les activités dites «terroristes» de minorités politiques, et qui ne font pas l'objet de cette étude. Nous n'aborderons pas les mesures de coopération policière, qu'elles soient préventives ou répressives. En outre, par «entraide judiciaire internationale», nous visons dans cette partie d'une part l'extradtition et, d'autre part, l'entraide judiciaire dite accessoire[245].

II. Notion et bref aperçu historique du terrorisme

1. Notion

Nous serions assez tentés de prendre comme définition du terrorisme celle que nous propose «Le Petit Robert» (édition 1970), à savoir qu'il faut entendre par là un «ensemble des actes de violence (attentats individuels ou collectifs, destructions) qu'une organisation politique exécute pour impressionner la population et créer un climat d'insécurité». Un des éléments gênants de cette définition, que l'expérience a du reste confirmé, est que les actes

[245] Cf. supra p. 258.

dits «terroristes» sont très souvent accomplis par des individus ou des groupements d'individus n'ayant aucune appartenance, ni aucun but politique, ou alors qui se réfugient derrière une étiquette politique souvent des plus floues pour masquer la finalité de leurs opérations, celles-ci n'étant, en fin de compte, que de simples activités criminelles. Aussi, comme les experts gouvernementaux appelés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en juin 1975 à élaborer une convention européenne pour la répression du terrorisme, nous abstiendrons-nous de préconiser une définition du terrorisme, ce phénomène pouvant prendre des contours et des dimensions aussi différents qu'imprévus. Il n'est toutefois pas douteux de pouvoir qualifier les actes de terrorisme d'infractions graves et odieuses, lorsqu'ils visent à exercer une contrainte, une extorsion ou un chantage et à mettre en danger ou menacer de mettre en danger la vie et l'intégrité corporelle de personnes, notamment par l'utilisation de moyens d'extermination massifs, par le déclenchement d'une catastrophe ou par une prise d'otage[246].

2. *Bref aperçu historique*

Comme le dit l'excellent rapport du parlementaire européen TABONE[247], aucun pays en Europe ne peut prétendre être à l'abri du terrorisme. La Suisse même n'est pas épargnée: chacun a encore en mémoire la catastrophe aérienne de Würenlingen qui fit 47 victimes en 1970, le détournement d'un avion de la Swissair à Zarka (Jordanie) en septembre de la même année et, plus près de nous, l'enlèvement de la petite Graziella Ortiz à Genève en octobre 1977, la fusillade qui opposa à Fahy, en décembre de la même année, des douaniers suisses à des terroristes ouest-allemands, laissant un douanier grièvement blessé, ainsi que le hold-up sanglant commis à Zurich en 1979 par des membres de la R.A.F. (fraction armée rouge) au cours duquel une passante fut tuée.

Le terrorisme n'est pas un phénomène nouveau, ni récent. L'étymologie du mot suffit du reste à le démontrer. Ce fut en

[246] Cette définition est celle qui se trouve à l'art. 107, al. 1bis EIMP. Elle recouvre sans aucun doute le détournement illicite d'aéronefs et les actes de torture, dans la mesure où ceux-ci tombent sous la notion de mise en danger de la vie et de l'intégrité corporelle de personnes.

[247] Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, doc. 4258, du 5 décembre 1978.

effet le terme utilisé pendant la période de la Révolution française qui suivit la chute de Robespierre, pour désigner la politique de terreur des années 1793–94. Depuis, tant les gouvernements que leurs opposants ont délibérément recouru à des actes de violence pour atteindre des objectifs politiques ou prétendument tels. Il n'y a qu'à songer aux anarchistes et aux nihilistes de la fin du XIXe siècle, dont l'un d'eux assassina l'impératice d'Autriche à Genève en 1898. Ce qui est nouveau c'est que d'une part l'activité terroriste a pris une dimension internationale de par le développement des moyens de transport et de communication et, d'autre part, que la coloration politique des terroristes d'antan n'est plus aussi nette, certains désirant tout simplement s'en prendre à «la société».

On ne saurait cependant conclure que le terrorisme international est exempt de tout arrière-fond politique, ne serait-ce que parce que les auteurs d'actes de terrorisme invoquent la plupart du temps des mobiles qui se voudraient d'ordre politique.

III. Les difficultés de la coopération internationale

1. Refus de l'entraide en raison du caractère politique de l'infraction

Un principe généralement admis jusqu'ici par tous les pays fondés sur le droit veut que l'entraide judiciaire soit refusée si l'infraction à raison de laquelle elle est demandée constitue, de l'avis de l'Etat requis, une infraction politique[248]. Ce principe est notamment inscrit à l'article 10 LExtr, à l'article 3 CEExtr, à l'article 2 CEEJ et dans tous les traités d'extradition bilatéraux conclus par la Suisse.

Il est fort compliqué de définir l'infraction politique. Aucune convention européenne ne l'a fait, pas plus du reste que la LExtr ou l'EIMP. Par contre, en Suisse tout au moins, la jurisprudence a joué un rôle considérable dans ce domaine. On peut distinguer entre, d'une part, les délits politiques absolus, complexes et connexes et, d'autre part, le délit politique relatif[249].

Du fait que les auteurs d'actes de terrorisme invoquent souvent des mobiles politiques, il n'est pas rare de voir certains

[248] TRAVERS, n° 2065, p. 555, soutient qu'il n'est pas indiqué de refuser l'extradition pour un délit politique s'il s'agit d'Etats vivant sous le même régime politique.

[249] PONCET/NEYROUD, p. 35.

Etats, même européens, refuser l'entraide judiciaire requise pour le seul motif que la personne arrêtée invoque un mobile de ce genre. L'interprétation donnée aux termes «infraction politique» varie beaucoup d'un pays à l'autre. En outre, selon les conventions d'extradition ou d'entraide judiciaire (accessoire) existantes, il appartient à l'Etat requis d'interpréter ces termes et de dire si l'acte qui est à l'origine de la demande constitue à ses yeux une infraction politique[250]. Dans l'affirmative, cet Etat n'extradera pas la personne réclamée ou n'exécutera pas les actes d'entraide demandés. Cette mosaïque de notions différentes représente sans aucun doute un obstacle sérieux au développement de la coopération internationale dans la lutte contre cette forme de criminalité particulièrement grave.

En matière d'extradition, le Tribunal fédéral a été maintes fois appelé à trancher la question de savoir si les infractions à la base de la demande, qui sont dans leur grande majorité des infractions de droit commun, présentaient un caractère politique prépondérant en raison des circonstances, notamment des mobiles et des buts de l'auteur[251]. La question est importante, car dans l'affirmative il y a ce que l'on appelle «le délit politique relatif» et, partant, comme nous le disions plus haut, refus d'extrader. Le même problème se posait pour les actes terroristes qui ont occupé le Tribunal fédéral surtout au cours des dix dernières années. Dans un arrêt du 26 novembre 1969[252], notre Haute Cour confirma tout d'abord les principes qu'elle avait dégagés précédemment, à savoir qu'ont le caractère de délit politique relatif les actes qui s'inscrivent dans la lutte pour ou contre le pouvoir, ou tendent à soustraire des personnes à un pouvoir excluant toute opposition[253]; il doit y avoir en outre un rapport non pas indirect et lointain, mais étroit et direct, clair et net, avec le but politique visé; enfin le mal causé doit être proportionné au résultat recherché et les intérêts en cause seront suffisamment importants, sinon pour justifier, du moins pour excuser l'atteinte que l'auteur a portée à certains biens juridiques. Le Tribunal fédéral n'apprécie pas la valeur objective de ces intérêts, mais examine comment

[250] Cf. art. 3 CEExtr; art. 2, let. a CEEJ.

[251] ATF 101 Ia 64, 425, 605 et les arrêts cités.

[252] ATF 95 I 462.

[253] Ce principe, comme aussi le fait que la contrainte et la séquestration commises avaient paru de peu de gravité, amenèrent le Tribunal fédéral à refuser, par arrêt du 30 avril 1952, l'extradition de trois ressortissants yougoslaves qui s'étaient rendus maîtres d'un avion pour fuir leur pays d'origine (ATF 78 I 39).

l'auteur voulait les réaliser et ce, indépendamment des chances réelles de succès. Ces critères classiques confirmés, il releva de plus qu'en l'espèce la lutte politique n'avait pas dépassé, dans le pays où les actes avaient été commis (il s'agissait d'attentats perpétrés à l'aide d'explosifs et ayant blessé plusieurs personnes), les formes démocratiques pour atteindre le caractère aigu d'une agitation révolutionnaire. Le Tribunal fédéral confirma une fois de plus ces principes dans un arrêt rendu le 19 mars 1975[254] en ajoutant que les méthodes utilisées par les auteurs de pareils attentats pour exprimer leur désaccord s'étaient traduites par des manifestations de violence gratuite qui, de par leur gravité et leur aspect dangereux, répugnaient à la conscience du monde civilisé. C'était dire ainsi que «celui qui, dans un climat non révolutionnaire, accomplit des actes de terrorisme de nature à frapper indistinctement des personnes étrangères à la lutte politique qu'il poursuit ne peut se réclamer du caractère politique prépondérant de tels actes»[255]. Les restrictions apportées de la sorte à la notion de «délit politique relatif» et les extraditions qui s'ensuivirent pratiquement dans tous les cas dissuadèrent peu à peu les auteurs d'actes de terrorisme de chercher refuge en Suisse.

2. *Les lacunes de la loi*

Une autre difficulté résulte du principe de la double incrimination, selon lequel l'entraide judiciaire n'est accordée que si les éléments constitutifs d'une infraction se trouvent réunis tant au regard de la loi de l'Etat requérant que de celle de l'Etat requis[256]. Or, force est d'admettre que le code pénal suisse actuel ne répond plus aux exigences non seulement des autorités chargées de réprimer les actes de terrorisme, mais aussi de celles qui sont appelées à octroyer l'entraide judiciaire. Les actes délictueux ou criminels que constituent l'extorsion et le chantage, les menaces, la contrainte et la séquestration ne font pas l'objet d'une réglementation suffisante et les peines prévues pour les crimes graves sont par trop légères. D'autres infractions, telles que la prise d'otage, ne tombent pas sous le coup d'une disposition unique, claire et précise.

[254] ATF 101 Ia 65.
[255] ATF 101 Ia 61.
[256] Dans l'entraide judiciaire dite «accessoire», ce principe ne s'applique que s'il faut faire usage de moyens de contrainte (audition de témoins, perquisition, saisie, etc.).

Ces lacunes sont de nature à entraver la coopération internationale, dans la mesure où elles empêchent les autorités suisses de donner suite à une demande d'entraide, faute de double incrimination. Cette situation a incité le Conseil fédéral à présenter aux Chambres, le 10 décembre 1979, un message concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire (sous-titré: actes de violence criminels[257]). En bref, le Conseil fédéral propose de modifier les dispositions concernant le vol qualifié, le brigandage qualifié, la séquestration, l'enlèvement et il innove, en prévoyant des circonstances aggravantes en cas de séquestration et d'enlèvement, en introduisant une disposition spéciale sur la prise d'otage (avec extension à cette infraction du principe de l'universalité) et sur l'entrave à l'action pénale (extension de l'application de cette disposition aux poursuites engagées à l'étranger contre les crimes les plus graves, tels les actes de terrorisme, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre), de même qu'en soumettant à la juridiction fédérale toutes les infractions énumérées dans le nouvel article 340, ch. 1 CP (dont notamment, la prise d'otages destinée à contraindre des autorités fédérales ou étrangères, ainsi que les articles 224 à 226, relatifs à l'emploi et à la fabrication d'explosifs ou de gaz toxiques). Il est à regretter, à tout le moins sur le plan de l'entraide judiciaire internationale, qu'il n'ait pas été possible de suivre la commission d'experts qui avait prévu d'insérer des dispositions sur l'association de malfaiteurs, les actes préparatoires délictueux, la provocation publique à la violence et sur la collaboration des autorités fédérales et cantonales. Comme le Conseil fédéral l'a reconnu lui-même, pareille renonciation intervenue au vu des résultats de la procédure de consultation représente – surtout pour ce qui concerne l'association de malfaiteurs – un obstacle à la coopération internationale dans la lutte contre le terrorisme[258].

IV. Les moyens mis en œuvre pour lutter contre le terrorisme sur le plan international

1. Modification du droit suisse

Outre les changements du code pénal et du code pénal militaire signalés précédemment, il convient de mentionner que la législa-

[257] FF 1980, p. 1216.
[258] Message cité, ch. 41.

tion fédérale en matière d'entraide judiciaire internationale est sur le point d'être remaniée.

Dans le projet EIMP, le Conseil fédéral avait déjà estimé – suivant en cela la tendance qui se dégageait au sein du Conseil de l'Europe – qu'il n'y avait plus de raison de refuser d'accorder l'entraide judiciaire pour des crimes ou des délits particulièrement graves, quand bien même il eût été possible de leur conférer un caractère politique. C'est ainsi que l'article 3, 2e alinéa du projet stipulait que le *caractère politique* d'un acte tendant à exterminer ou à opprimer un groupe de population en raison de sa nationalité, de sa race, de sa confession ou de son appartenance ethnique, sociale ou politique ne pouvait être invoqué. Les Chambres ont non seulement accepté cette proposition, mais l'ont complétée: la même règle s'applique également si l'infraction commise semble particulièrement répréhensible du fait que l'auteur, à des fins d'extorsion, de chantage ou de contrainte, a mis en danger ou a menacé de mettre en danger la liberté, la vie ou l'intégrité corporelle de personnes, notamment par un détournement d'aéronef, une prise d'otage ou par l'emploi de moyens d'extermination massifs. Ce faisant, il est évident que le législateur a principalement voulu viser les actes de terrorisme et éviter que l'auteur d'un tel acte n'échappe à la justice du pays qui le recherche.

De même, le législateur a accepté d'ajouter un article 75bis au code pénal (le code pénal militaire étant modifié dans le même sens) en vertu duquel les crimes perpétrés en vue d'exercer une contrainte, une extorsion ou un chantage et qui mettent en danger ou menacent de mettre en danger la vie et l'intégrité corporelle de personnes, notamment par l'utilisation de moyens d'extermination massifs, par le déclenchement d'une catastrophe ou par une prise d'otages sont déclarés *imprescriptibles*. Le but de cette disposition est de permettre à la Suisse de prêter en tout temps assistance à un Etat qui poursuit l'auteur d'actes portant atteinte à la condition et à la dignité humaine ou qui sortent à ce point du domaine de la criminalité ordinaire qu'ils justifient l'adoption de mesures particulières[259].

2. *Capture et détournement d'aéronefs*

Un aspect du terrorisme de grande actualité est la capture ou le

[259] Message complémentaire EIMP, FF 1977 I, p. 1217.

détournement d'aéronefs, actes appelés également parfois «piraterie aérienne»[260].

Les efforts déployés sur le plan international en vue de créer des règles juridiques pour lutter contre les infractions commises à bord d'aéronefs ont débuté au sein du Comité juridique de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI). Ce comité s'est préoccupé, depuis 1950, du statut juridique des aéronefs et, à partir de 1956, il s'est consacré en particulier à élaborer une convention sur le règlement des problèmes soulevés par les actes punissables qui compromettent la sécurité à bord des aéronefs.

La convention qui fut ouverte à la signature le 14 septembre 1963, appelée convention de Tokyo et que la Suisse a ratifiée le 21 décembre 1970, détermine en premier lieu l'Etat compétent pour connaître des infractions survenant à bord des aéronefs.

Il faut en effet pouvoir déterminer infailliblement au moins un Etat compétent. La convention désigne comme tel l'Etat dans lequel l'aéronef est immatriculé, sans exclure toutefois la possibilité que plusieurs Etats se déclarent compétents pour juger une seule et même infraction commise à bord (art. 3). Elle attribue ensuite (art. 5 à 11) au commandant de bord toute une série de pouvoirs dont l'un a soulevé passablement de discussions. En effet, l'article 7, chiffre 1, lettre a, donne au commandant le droit de retenir à bord, lors de l'atterrissage de l'aéronef dans un Etat non contractant, la personne soupçonnée d'avoir commis une infraction à bord et de la remettre aux fins de poursuite pénale aux autorités du prochain Etat contractant où l'atterrissage a lieu. Du point de vue de l'extradition, il appartient uniquement aux autorités de l'Etat non contractant de décider si une personne soupçonnée d'une infraction et se trouvant sur son territoire peut et doit être retenue à bord et remise aux autorités d'un autre Etat. Surtout, la convention confère au commandant la compétence de procéder, sur le territoire d'un Etat non contractant, à un acte qui a un caractère officiel, ce qui est manifestement contraire à la conception suisse de la souveraineté territoriale (cf. art. 271 et 299 CP). Aussi, ce fut sans grand enthousiasme que la Suisse ratifia cet accord en se disant d'une part qu'une ratification empêcherait les autres Etats contractants de faire usage du droit

[260] GLASER, p. 69, conteste avec raison, semble-t-il, l'emploi de l'expression «piraterie aérienne» qui ne peut être utilisée, selon l'article 15 de la convention du 29 avril 1958 sur la haute mer, que s'il s'agit d'un acte illégitime de violence ou de détention ou encore d'une déprédation commise par l'équipage ou les passagers d'un navire privé ou d'un aéronef privé, dirigé contre un *autre* navire ou aéronef, ou contre des personnes ou des biens à leur bord.

prévu à l'article 7, chiffre 1, lettre a et, d'autre part, que les autorités suisses ne seraient pas obligées de permettre aux commandants d'aéronefs suisses de maintenir des mesures de contrainte au-delà du point du premier atterrissage suivant la commission de l'acte donnant lieu à ces mesures[261].

Consciente que la convention de Tokyo ne représentait pas, et de loin, un instrument équilibré et efficace, surtout en raison des vices juridiques dont elle était entachée, l'OACI s'attela à la préparation d'un accord contenant des bases juridiques plus solides. Le projet du Comité juridique fut soumis à une conférence diplomatique qui se tint à La Haye du 1er au 16 décembre 1970.

Pour beaucoup d'Etats d'Afrique et d'Asie, ce projet était acceptable sans modifications essentielles. En revanche – et il est très intéressant de souligner cette tendance – d'autres pays, comme les Etats-Unis ou l'U.R.S.S. et ses alliés, estimaient que l'extradition de l'auteur d'un acte de détournement devait être la règle, plutôt que de prévoir un jugement par l'Etat sur le territoire duquel cette personne est arrêtée après coup. Parmi les divers pays entrant en ligne de compte pour l'extradition, ils retenaient l'Etat d'immatriculation de l'aéronef, Etat vers lequel l'auteur de l'infraction aurait dû être obligatoirement renvoyé. A l'époque, ce système parut inacceptable pour la Suisse[262], ainsi que pour la majorité des Etats d'Europe occidentale et de l'Amérique latine. Aussi, le texte adopté finalement représenta-t-il un compromis entre ces tendances: la préférence pour l'extradition obligatoire qu'avaient manifesté les Etats-Unis et l'U.R.S.S., ainsi que les alliés de cette dernière Puissance, fut compensée, d'une part, au moyen d'un système assez strict portant sur l'obligation, en cas de non-extradition, de soumettre l'affaire sans aucune exception, ni considération du lieu de commission de l'infraction, à l'autorité compétente pour l'exercice de l'action pénale et, d'autre part, par la suppression de certaines lacunes du projet initial. En bref, sur le plan de la coopération internationale, la convention oblige les Etats sur le territoire desquels l'auteur d'un détournement est découvert à assurer sa détention ou sa présence et soit à l'extrader, soit à le poursuivre (principe appelé aussi «aut dedere aut judicare»). Elle oblige en outre les

[261] Message du Conseil fédéral du 9 janvier 1970 à l'Assemblée fédérale concernant l'approbation de la convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, FF 1970 I, p. 33.

[262] Message du Conseil fédéral du 10 février 1971 à l'Assemblée fédérale concernant l'approbation de la convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, FF 1971 I, p. 322.

Etats à s'accorder l'entraide judiciaire la plus large possible, mais elle ne dit rien à propos de la nature de l'infraction, si bien que l'extradition peut également être refusée quand l'Etat requis estime que l'acte a un caractère politique. Cette convention a été ratifiée par la Suisse le 14 septembre 1971.

Le 17 janvier 1978, la Suisse ratifiait une nouvelle convention conclue à Montréal le 23 septembre 1971 qui reprend les principes de coopération judiciare internationale contenus dans la convention de La Haye. Elle innove surtout en élargissant notamment l'éventail des infractions, son but étant moins de protéger l'aéronef lui-même que la sécurité de l'aviation et par là, les personnes à bord[263].

Nous terminerons cet exposé sur la capture et le détournement d'aéronefs en faisant deux remarques.

Tout d'abord, la Suisse a dû procéder aux modifications législatives nécessaires pour appliquer ces différentes conventions. Nous songeons plus précisément à la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur la navigation aérienne dont les dispositions pénales ont été successivement remaniées sur le plan du champ d'application et de la poursuite pénale, l'article 97bis, 4e alinéa précisant même quels actes peuvent donner lieu à extradition. Ensuite, un examen des dispositions des conventions de La Haye et de Montréal relatives à l'extradition révèle une asymétrie assez choquante à première vue. Les articles 8 de ces deux conventions stipulent que l'Etat contractant qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité et qui est saisi d'une demande d'extradition par un autre Etat contractant avec lequel il n'est pas lié par un traité d'extradition *a la latitude* de considérer la convention comme constituant la base juridique de l'extradition en ce qui concerne l'infraction. En revanche, on peut lire un peu plus loin, dans la même disposition, que les Etats contractants qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité *reconnaissent* l'infraction comme cas d'extradition entre eux dans les conditions prévues par le droit de l'Etat requis. Cette faculté d'une part et cette obligation de l'autre suscitent de vives controverses sur le plan international. Ainsi, lors des travaux du Comité du Conseil économique et social des Nations Unies chargé d'élaborer un accord international sur les paiements illicites (autrement dit, sur les actes de corruption)[264] et au cours desquels il fut décidé d'a-

[263] Message du Conseil fédéral du 24 novembre 1976 à l'Assemblée fédérale concernant la convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, FF 1976 III, p. 1292.

[264] Cette convention n'est pas encore ouverte à la signature.

dopter, en matière d'extradition, les mêmes règles, certains Etats exigèrent, lors des sessions tenues en 1979, de supprimer cette asymétrie en se prononçant soit pour la faculté, soit pour l'obligation dans les deux cas. D'autres Etats relevèrent que l'asymétrie était nécessaire du moment que le problème était différent. Nous ne pensons pas qu'il soit indiqué d'établir une équivalence entre les deux termes ni même qu'il soit possible de le faire. En effet, il faut tenir compte de la diversité des régimes d'extradition appliqués par les Etats, certains étant disposés à extrader leurs propres ressortissants alors que d'autres s'y refusent catégoriquement[265]. Il semble donc qu'il est nécessaire de préserver la possibilité d'utiliser la convention comme base juridique facultative pour les Etats qui ne peuvent extrader qu'en présence d'un traité. Leur imposer une obligation reviendrait à lier ces Etats à tous ceux avec lesquels ils n'ont aucune relation contractuelle. Pareil effet serait sensiblement plus grave que l'obligation faite aux Etats qui peuvent extrader sans traité de considérer l'infraction comme cas d'extradition entre eux dans les conditions prévues par le droit de l'Etat requis.

3. La convention européenne pour la répression du terrorisme

Comme nous l'avons relevé, les accords de coopération judiciaire internationale classiques réservent le droit à l'Etat requis de se prononcer sur la nature de l'infraction, certains consacrant en plus le principe «aut dedere aut judicare». C'est dire que si l'Etat requis estime que l'infraction à raison de laquelle l'extradition est demandée revêt un aspect politique, il refusera en règle générale d'extrader, l'obligation de poursuivre l'auteur n'existant que dans la mesure où la convention le prévoit.

La CEExtr et la CEEJ que la Suisse a ratifiées le 20 décembre 1966 permettent, voire obligent en matière d'extradition, l'Etat requis à refuser toute coopération si la demande se rapporte à une infraction que cet Etat estime être une infraction politique (art. 3, par. 1 CEExtr; art. 2, let. a CEEJ). Mais la convention européenne d'extradition n'oblige aucunement l'Etat requis à en-

[265] Tel est le cas en droit suisse, actuellement tout au moins (cf. art. 2, 1er al. LExtr). L'art. 5, 1er al. EIMP, qui abroge la LExtr, prévoit (a contrario) que, s'il y consent par écrit, un citoyen suisse peut être extradé ou remis à un Etat étranger pour y faire l'objet d'une poursuite ou d'une mesure d'exécution. Le consentement est révocable tant que la remise n'a pas été ordonnée.

gager une poursuite pénale à l'égard de la personne dont il a refusé l'extradition au vu du caractère politique de l'infraction sur laquelle se fonde la demande[266]. Une telle réglementation ne répond plus aux besoins actuels des Etats fondés sur le droit et qui, confrontés à un terrorisme international grandissant, doivent unir leurs efforts pour le combattre avec toute l'énergie nécessaire.

En 1973 déjà, l'Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe a adopté la Recommandation 703 (1973) relative au terrorisme international, dans laquelle elle condamnait «les actes de terrorisme international qui, quel qu'en soit la cause, devraient faire l'objet de sanctions pénales en tant qu'actes criminels graves entraînant le meurtre ou l'enlèvement de personnes innocentes ou mettant leur vie en danger». Elle demandait en outre au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe d'inviter notamment les gouvernements des Etats membres à «mettre au point une définition commune de «l'infraction politique», aux fins de rejeter cette justification «politique» chaque fois que l'acte de terrorisme met en danger la vie de personnes innocentes». Le 24 janvier 1974, le Comité des Ministres adoptait la Résolution (74) 3 qui recommandait aux Etats recevant des demandes d'extradition concernant des actes de terrorisme de prendre en considération la gravité particulière de ces actes et, s'ils n'accordaient pas l'extradition, de soumettre l'affaire à l'autorité compétente pour l'exercice de l'action pénale. Si progrès il y avait par rapport aux conventions européennes existantes, ce progrès était purement académique, puisque, comme on le sait, une Résolution ne saurait lier les Etats à l'instar d'un accord ou d'une convention. Dès lors, conscient de cette situation, le Comité des Ministres chargea un comité d'experts, suite à une invitation du Comité européen pour les problèmes criminels, d'étudier les problèmes posés par certaines nouvelles formes d'actes de violence concertés. Ces travaux aboutirent à l'élaboration d'une convention européenne pour la répression du terrorisme, qui fut ouverte à la signature le 27 janvier 1977. La Suisse fut un des premiers Etats signataires. Jusqu'à présent, 10 Etats l'ont ratifiée[267].

Sans vouloir entrer dans le détail du mécanisme de cette convention, rappelons tout d'abord qu'il ne s'agit pas d'un traité

[266] Cf. aussi SCHULTZ, Convention et délit politique, p. 313s.

[267] Ces Etats sont: l'Autriche, Chypre, le Danemark, la République Fédérale d'Allemagne, l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni.

d'extradition, mais d'un complément aux accords d'extradition en vigueur entre les Etats membres du Conseil de l'Europe, aussi bien bilatéraux que multilatéraux, tels que la convention européenne d'extradition ou le Traité Benelux. Ensuite, on peut dire que la philosophie sur laquelle repose cette convention s'inspire moins du principe «aut dedere aut judicare» que de celui que l'on pourrait appeler «primo dedere, secundo judicare». En effet, le choix qu'offrent par exemple les conventions de La Haye et de Montréal sur la capture et le détournement d'aéronefs est remplacé par une obligation générale de ne pas considérer certaines infractions graves comme des infractions politiques, des infractions connexes à des infractions politiques ou des infractions inspirées par des mobiles politiques, autrement dit, une obligation générale d'extrader (art. 1 et 2) assortie d'une obligation secondaire, à savoir la poursuite pénale en cas de non-extradition (art. 6 et 7). Dans l'esprit des auteurs de la convention, une telle règle s'imposait du fait que la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe n'extradent pas leurs ressortissants.

Elaborée rapidement – nous serions tenté de dire trop rapidement – la convention européenne pour la répression du terrorisme a suscité à la fois beaucoup d'enthousiasme et un grand scepticisme. Pour notre part, nous nous limiterons à évoquer quelques problèmes que soulève ce nouvel instrument. De l'avis de la majorité du comité d'experts qui lui a donné le jour, le critère à utiliser pour classer une infraction dans le champ d'application des articles 1 et 2 est celui «d'acte de violence grave». Or il est fort difficile de déterminer la gravité de cet acte de violence. Le rapport explicatif joint à la convention semble dire qu'elle doit se déterminer selon la nature particulièrement odieuse de certains crimes. Une telle notion est toutefois inconnue en droit suisse. Les articles 1 et 2 offrent une autre difficulté. Alors que le premier *oblige* les Etats contractants à ne pas conférer un aspect politique aux infractions qui y sont énumérées, le second dit tout simplement que «pour les besoins de l'extradition entre Etats contractants, un Etat contractant *peut* ne pas considérer comme infraction politique, comme infraction connexe à une telle infraction ou comme infraction inspirée par des mobiles politiques, *tout acte grave de violence* qui n'est pas visé à l'article 1er et qui est dirigé contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté des personnes». Plus loin, il est dit qu'«il en sera de même en ce qui concerne tout acte grave contre les biens, autres que ceux visés à l'article 1, lorsqu'il a créé un danger collectif pour des personnes». Le comité d'experts n'a pas été en mesure de

préciser la raison pour laquelle l'article 1er contient une obligation, alors que l'article 2 n'exprime qu'une faculté. Certains experts ont cru pouvoir mettre l'accent sur la description plus ou moins précise des infractions visées à l'article 1er, tandis que pour d'autres, les infractions visées à l'article 2 étaient moins graves. Il semble que le critère à retenir soit finalement celui de la nature de l'acte commis, bien que les infractions mentionnées sous lettres d et e de l'article 1er ne soient pas décrites clairement. Personne n'a pu trancher la question de savoir si la mise en danger prévue à l'article 1er, lettre e («les infractions comportant l'utilisation de bombes, grenades, fusées, armes à feu automatiques ou de lettres ou colis piégés dans la mesure où cette utilisation présente un danger pour des personnes») est uniquement intentionnelle – ainsi que le prévoyait un premier projet de rapport – ou si elle peut aussi résulter d'une négligence. Autre difficulté: la «mise en danger collective» dont il est question à l'article 2, paragraphe 2, est également une expression qui manque de précision et qui peut varier considérablement d'un pays à l'autre. Inconnue des codes pénaux latins, cette notion est très controversée en droit suisse[268]. Ces quelques exemples suffisent à montrer que la convention risque d'être interprétée de manière fort différente par les Etats contractants, ce qui ne va malheureusement pas favoriser le mécanisme de l'extradition qui est, comme on l'a relevé, le premier principe sur lequel elle repose. L'absence de dispositions claires et précises d'une part et l'application du principe de la stricte réciprocité dans l'interprétation des traités[269], d'autre part, pourraient même conduire à une restriction de son champ d'application. Et puisque nous avons abordé la question de la réciprocité, signalons une autre difficulté qui pourrait entraver l'application de ce principe. L'article 4 stipule que toutes les infractions visées aux articles 1 et 2 sont automatiquement incluses, en tant que faits donnant lieu à extradition, dans tout traité d'extradition en vigueur entre les Etats contractants dont la liste, en cas d'extradition, ne comprend pas ladite infraction. Or, pour que la réciprocité puisse s'appliquer, l'Etat requis doit connaître, ce qui n'est pas toujours le cas, les infractions à raison desquelles l'Etat requérant peut demander l'extradition. En règle générale, le problème est résolu sur demande de l'Etat requis, assortie au besoin d'une garantie de réciprocité de l'Etat requérant. La question est plus compliquée en l'espèce, par rapport à l'article 2,

[268] LOGOZ, p. 425 s.; HAFTER, p. 495; STRATENWERTH, p. 105.
[269] SCHULTZ, Auslieferungsrecht, p. 111 s.

puisque cette disposition, purement casuelle, ne donne aucune définition de l'infraction envisagée. Relevons encore que, selon l'article 6, paragraphe 1er, l'obligation d'établir une compétence de poursuivre s'applique uniquement dans le cas où l'Etat requis reçoit, sans y donner suite, une demande d'extradition émanant d'un Etat contractant dont la compétence de poursuivre est fondée sur une règle de compétence existant également dans la législation de l'Etat requis. C'est dire que les tribunaux de Grande-Bretagne qui ne connaissent en règle générale que le principe de la territorialité ne seraient pas tenus, par exemple, de poursuivre un Suisse qui se serait réfugié dans ce pays, après avoir commis en Suède un des actes énumérés à l'article 1er et qui ne pourrait être extradé de Grande-Bretagne (soit à la suite d'une réserve faite par ce pays ou par la Suède en vertu de l'article 13 de la convention, soit pour toute autre raison: dossier de preuves insuffisant, etc.); dans ce cas, en effet, il n'y a pas concordance dans la règle de compétence, telle que l'article 6 l'exige. Enfin nous achèverons ce bref aperçu des problèmes posés par la convention en soulignant l'aspect ambigu de l'article 13 qui ne dit rien du contenu de la réserve dont il y est question ni du sens de l'obligation, pour l'Etat requis, de prendre en considération les critères énumérés aux lettres a, b et c du paragraphe 1er. S'agissant de la portée de cette réserve, l'ambiguïté est d'autant plus grande que le rapport explicatif ne manque pas de préciser, sous chiffre 77, que le principe de la réciprocité, prévu au paragraphe 3, s'applique également aux réserves non prévues à l'article 13. Certains Etats ont du reste déjà fait des réserves qui portent aussi sur l'entraide judiciaire visée à l'article 8[270].

Malgré ces nombreux défauts, la convention présente tout de même le grand avantage d'obliger l'Etat qui n'extrade pas à engager des poursuites pénales à l'encontre d'un auteur d'actes de terrorisme. Ce progrès considérable a incité la Suisse à poursuivre les travaux internes nécessaires à sa ratification et à son application. Une fois l'EIMP en vigueur et le code pénal modifié en ce qui concerne les actes de violence concertés, il suffira d'introduire encore dans ce dernier une disposition permettant à la Suisse d'exercer l'action pénale au sens de l'article 7 de la convention. En effet, du moment que notre pays entend maintenir le droit d'examiner si l'infraction à l'origine de la demande revêt un

[270] Ces Etats sont l'Italie et la Norvège, les autres pays qui ont fait une réserve relative à l'extradition seulement étant Chypre, le Danemark, l'Islande et la Suède.

aspect politique, il est tenu, pour le cas où l'extradition ne serait pas accordée, de soumettre l'affaire sans aucune exception et sans retard injustifié à l'autorité compétente pour l'exercice de l'action pénale. Il se verra ainsi obligé d'exercer, le cas échéant, une compétence pénale allant au-delà du cercle d'action actuel de la loi pénale suisse dans l'espace (art. 3 et s. CP), quand il s'agira, par exemple, d'actes délictueux commis à l'étranger par un étranger contre un étranger. Sur le plan du droit extraditionnel, on peut dire que la convention limitera quelque peu le pouvoir de libre appréciation du Tribunal fédéral qui, selon l'article 51, 2e alinéa EIMP, est seul compétent pour accorder ou refuser l'extradition si la personne réclamée prétend être poursuivie pour un délit politique ou si l'instruction permet sérieusement de croire que l'acte revêt un caractère politique[271]. Cette restriction est toutefois conforme à l'article 1er, 1er alinéa EIMP qui réserve les accords internationaux contraires à cette loi.

Pour conclure, nous ne voudrions pas omettre de signaler que le terrorisme reste à l'étude au sein des organes du Conseil de l'Europe. Sans prétendre être exhaustif, nous mentionnerons la Recommandation 852 (1979) de l'Assemblée parlementaire relative au terrorisme en Europe, les travaux du Comité directeur pour les problèmes criminels et, plus particulièrement, ceux des comités d'experts sur les actes de violence concertés, sur les relations entre le public et la politique criminelle, sur la criminalité des affaires, ainsi que sur la violence dans la société moderne, où la Suisse œuvre activement. Rappelons en outre qu'une conférence sur le thème «Tâches et problèmes de la défense de la démocratie contre le terrorisme en Europe» s'est tenue à Strasbourg du 12 au 14 novembre 1980, suite à une initiative prise par la Commission des questions politiques de l'Assemblée parle-

[271] En effet, l'article 13, 1er alinéa de la convention prévoit que «tout Etat peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation déclarer qu'il se réserve le droit de refuser l'extradition en ce qui concerne toute infraction énumérée dans l'article 1er qu'il considère comme une infraction politique, comme une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques, *à condition qu'il s'engage à prendre dûment en considération, lors de l'évaluation du caractère de l'infraction,* son caractère de particulière gravité, y compris

a) qu'elle a créé un danger collectif pour la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté des personnes; ou bien
b) qu'elle a atteint des personnes étrangères aux mobiles qui l'ont inspirée; ou bien
c) que des moyens cruels ou perfides ont été utilisés pour sa réalisation».

mentaire. Si elle n'a pas eu d'effets spectaculaires, cette conférence a néanmoins permis un large échange d'idées sur les causes et les effets du terrorisme, ainsi que sur l'un des principaux moyens de le combattre: la coopération internationale qu'il faut poursuivre et développer, ainsi que l'ont relevé la plupart des participants.

4. Conventions des Nations Unies

Les Nations Unies se préoccupent également, depuis quelque temps déjà, de la vague de terrorisme qui déferle sur le monde. En plus des conventions conclues dans le cadre de l'OACI et que nous avons déjà signalées, nous relèverons quelques conventions – l'une ou l'autre étant encore en voie de gestation – qui retiennent particulièrement l'attention de la Suisse.

Signalons tout d'abord la *convention de New York du 14 décembre 1973 sur la prévention et la répression des crimes commis contre des personnes ayant droit à une protection internationale, y compris les agents diplomatiques.* Entrée en vigueur à l'égard de 47 Etats, la convention ne peut être que ratifiée par la Suisse, une signature étant exclue par l'article 14 qui fixe à cet effet la date limite du 31 décembre 1974. Cette convention, fondée elle aussi sur le principe «aut dedere aut judicare», contient de même l'obligation pour les Etats contractants d'établir la compétence pénale nécessaire pour connaître des infractions qui y sont énumérées. Outre un échange d'informations entre Etats contractants non seulement au stade de la répression, mais déjà à celui de la prévention, on y trouve la clause habituelle sur l'entraide judiciaire proprement dite. La convention de 1973 semble plus importante sur le plan pénal que les autres instruments du même genre, étant donné qu'elle vise notamment à réprimer le *meurtre* d'une personne jouissant d'une protection internationale.

Lors de sa 34e session, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté à l'unanimité le 17 décembre 1979, une convention internationale contre la *prise d'otages.* Signée par la Suisse le 18 juillet 1980, la convention n'a fait l'objet jusqu'à présent que de 3 ratifications ou adhésions. Issue d'une initiative prise en 1976 par la République Fédérale d'Allemagne elle contient en matière de droit pénal, de poursuite, d'extradition et d'entraide judiciaire, les formes de dispositions contenues dans les conventions précédentes, telles que, par exemple, le principe «aut dedere aut judicare». Il n'est pas sans intérêt de souligner une disposition

très controversée, l'article 9, lettre b (ii) qui déclare: «*Il ne sera pas fait droit à une demande d'extradition soumise en vertu de la présente Convention au sujet d'un auteur présumé de l'infraction, si l'Etat partie requise a des raisons substantielles de croire que la position de cette personne risque de subir un préjudice pour la raison que les autorités compétentes de l'Etat ayant qualité pour exercer les droits de protection ne peuvent communiquer avec elle*». Cette règle, qui a son origine dans une proposition faite par un Etat arabe au Comité spécial pour l'élaboration de la convention, est inconnue du droit extraditionnel classique et peut, le cas échéant, entrer en conflit avec des obligations d'extrader contenues dans d'autres conventions.

Il convient de rappeler aussi la convention sur la *protection physique des matières nucléaires*, conclue le 3 mars 1980, à Vienne, sous les auspices de l'Agence internationale de l'énergie atomique. Cette convention a en effet été élaborée notamment en prévision d'un risque d'attentats terroristes dans ce domaine.

Nous soulignerons enfin les travaux entrepris sous l'égide de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies et qui visent à l'élaboration d'une convention contre la *torture*. Comme nous l'avons indiqué au début de notre exposé, il n'est pas déplacé de ranger les actes de torture parmi les actes de terrorisme, dans la mesure où les premiers tombent sous la notion de mise en danger de la vie et de l'intégrité corporelle de personnes. Ces travaux, dont l'évolution est suivie par la Suisse avec une attention et un intérêt particuliers, connaissent toutefois quelques difficultés. Certaines sont imputables à la diversité des idées, concrétisée par plusieurs avants-projets, d'autres aux nécessités que voient quelques Etats d'instituer un système de contrôle assez strict qui devrait faire l'objet d'un protocole facultatif. Quant à la convention, dont le projet retenu en dernier lieu contient lui-même un système de contrôle plus souple, elle ne devrait pas s'écarter du schéma des conventions traditionnelles en matière de droit pénal, de poursuite, d'extradition et d'entraide judiciaire.

V. Conclusions

Si le terrorisme international a sans aucun doute augmenté au cours des vingt dernières années, la quantité des conventions destinées à le combattre a également connu un grand essor. Malheureusement trop peu d'Etats les ont ratifiées ou y ont adhéré. En outre, la pluralité des systèmes juridiques, la disparité des

conceptions en matière de coopération internationale et parfois même des impératifs d'ordre politique ont empêché un déploiement harmonieux des moyens mis à disposition.

La vague actuelle des attentats terroristes, qui n'a du reste pas épargné notre pays, sera vraisemblablement suivie d'autres. Il est dès lors heureux que des efforts sérieux aient été entrepris en Suisse pour combler les lacunes du droit interne et que tout soit mis en œuvre pour ratifier rapidement le plus grand nombre possible de conventions. On peut souhaiter que les Etats fondés sur le droit continueront à rechercher et à développer de nouvelles formes de coopération internationale et notamment d'entraide judiciaire. L'examen des conventions existantes montre en effet que l'extradition a été réglée, à l'échelon européen tout au moins, de façon satisfaisante et définitive. Vouloir continuer ce développement dans une enceinte plus large, où ne règne pas le climat de confiance mutuelle que connaissent par exemple les Etats membres du Conseil de l'Europe, et entre des pays qui ne sont pas animés des mêmes sentiments ou qui n'ont pas un sens commun de la démocratie ni le même respect des droits de l'homme irait certainement à l'encontre du but recherché.