



**UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE**

**Archive ouverte UNIGE**

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

Master

2020

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

---

## La place des moyens de preuve en entraide pénale internationale

---

Tournier, Charles Bertrand Paul

### How to cite

TOURNIER, Charles Bertrand Paul. La place des moyens de preuve en entraide pénale internationale. Master, 2020.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:158287>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Faculté de droit

**La place des moyens de preuve en entraide pénale  
internationale**

**Charles TOURNIER**

Mémoire de maîtrise

Sous la direction de la Dr. iur. Maria LUDWICZAK GLASSEY

Et de Mme Maria Laura MARQUET, assistante

Genève, Automne 2020

## Liste des abréviations

al.	alinéa
art.	article
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht/Archives de droit fiscal Suisse/Archivio di diritto fiscale svizzero
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BSK	Basler Kommentar
c.	considérant(s)
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CF	Conseil fédéral
CIJ	Cour internationale de justice
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CR	Commentaire romand
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
<i>cum</i>	<i>cumul</i>
CV	Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (RS 0.111)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
EIMP	Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (RS 351.1)
ETA	Euskadi Ta Askatasuna
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
FF	Feuille fédérale
<i>infra</i>	<i>ci-dessous</i>
IRSG	Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20 März 1981 (RS 351.1)
LAAF	Loi fédérale sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale du 28 septembre 2012 (RS 651.1)
let.	lettre

min.	minute(s)
N	Numéro marginal
OEIMP	Ordonnance sur l'entraide internationale en matière pénale du 24 février 1982 (RS 351.11)
OFJ	Office fédéral de la justice
p.	page(s)
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2)
par.	paragraphe
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s.	suiwant(e)
SJ	Semaine judiciaire
ss	et suivant(e)s
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21 Dezember 1937 (RS 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5 Oktober 2007 (RS 312.0)
<i>supra</i>	<i>ci-dessus</i>
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
TPF	Tribunal pénal fédéral

## Table des matières

I. Introduction	1
II. Les preuves d'origine illicite	2
A. Définitions	2
B. Exploitation	5
III. La place de la preuve en entraide pénale	7
A. Bonne foi	8
B. Droits procéduraux et motifs de refus	12
IV. La juste place ?	15
A. Contenu de la demande	15
A. 1 Problématique	15
A. 2 Pistes de réflexion	18
B. Droit applicable à la notion de preuve illicite	19
B. 1 Problématique	19
B. 2 Pistes de réflexion	21
V. Conclusion	22
Références	24

## I. Introduction

Agissons « aussi vite que possible, mais aussi lentement que nécessaire »<sup>1</sup>.

Nous vivons dans une société qui se développe constamment. L'homme cherche à progresser et faire progresser dans le but, entre autres, d'améliorer le quotidien. L'essor technologique en est un exemple. Grâce à ce dernier, il est plus aisé de se déplacer, de communiquer et d'agir. Cependant, cela n'est pas sans conséquence. En effet, au niveau judiciaire, l'auteur d'un blanchiment d'argent ou d'un trafic de stupéfiants aura la possibilité de s'exécuter plus rapidement et au-delà de ses frontières nationales. Partant, la répression du crime se complexifie. Néanmoins, l'entraide judiciaire permet de remédier à cette problématique. Cet outil légitime les Etats à s'entraider pour réunir des preuves dans le cadre d'enquêtes ou de poursuites pénales<sup>2</sup>. Dans le but d'être efficace, il faut qu'ils agissent vite. Toutefois, la Suisse ne peut accorder sa coopération qu'à partir du moment où la procédure décrite par l'EIMP est respectée. Cela nécessite du temps étant donné que diverses exigences découlent de cette loi. Notre intérêt va se porter sur celle octroyée en entraide pénale au moyen de preuve fondant la demande de coopération de l'Etat requérant.

Partant, après avoir analysé, en droit suisse, la définition octroyée à la preuve d'origine illicite et le sort réservé à l'exploitation de cette dernière (II), nous nous intéresserons à la place conférée à cet élément en entraide pénale (III). Pour ce faire, nous nous pencherons sur deux composantes de la coopération internationale : d'abord le principe de la bonne foi, puis l'exigence du respect des garanties procédurales. Enfin, nous nous questionnerons sur la justesse de cette place (IV). Cette réflexion se fondera sur une contradiction découlant du contenu de la demande d'entraide ainsi que sur une lacune émanant du droit applicable à la notion de preuve illicite.

À titre préliminaire, il convient d'apporter deux précisions. Premièrement, notre travail se concentrera exclusivement sur ce qui est préconisé en matière d'entraide pénale. Cependant, dans un but de comparaison, lors de l'analyse du principe de la bonne foi, nous mentionnerons également ce qui est prévu en entraide administrative. Deuxièmement, notre écrit se focalisera uniquement sur ce qui est envisagé lors d'une entraide passive. Cette dernière faisant référence aux cas dans lesquels la Suisse, en tant qu'Etat requis, reçoit une demande de coopération de la part d'un autre Etat, l'Etat requérant, dans le cadre d'une poursuite pénale conduite à l'étranger<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> RTS, min. 2:52.

<sup>2</sup> PROST, p. 1.

<sup>3</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 330.

## II. Les preuves d'origine illicite

### A. Définitions

L'entraide judiciaire internationale en matière pénale permet à l'Etat requis de prendre des mesures sur son territoire dans le but de faciliter la poursuite et la répression des infractions pénales dans l'Etat requérant<sup>4</sup>. Conformément à l'adage *locus regit actum*, le droit applicable à la procédure d'entraide est celui du droit de l'Etat requis<sup>5</sup>. Partant, dans la mesure où les autorités suisses appliquent leur propre droit pour l'exécution d'une demande d'entraide, l'analyse de la définition octroyée à une preuve d'origine illicite se fera au regard du droit suisse<sup>6</sup>.

Notre CPP prévoit qu'une autorité d'enquête a le droit de recourir à des mesures contraignantes à l'égard du prévenu ou d'un tiers pour obtenir une preuve<sup>7</sup>. C'est le cas, notamment, de l'utilisation de la détention préventive, de la perquisition ou encore de la prise de sang<sup>8</sup>. Cependant, la distinction entre ce qui est permis de faire et ce qui ne l'est pas n'est pas aisée à percevoir<sup>9</sup>. Partant, la question se pose de savoir quand une preuve est administrée de manière illicite.

L'art. 140 al. 1 CPP apporte un élément de réponse<sup>10</sup>. Cette disposition prévoit que « les moyens de contrainte, le recours à la force, les menaces, les promesses, la tromperie et les moyens susceptibles de restreindre les facultés intellectuelles ou le libre arbitre sont interdits dans l'administration des preuves ». Le législateur cherche à interdire les situations dans lesquelles l'autorité va user de méthodes incorrectes et déloyales pour obtenir une preuve<sup>11</sup>. Deux raisons permettent de comprendre cette prescription. D'une part, au-delà des mesures de contraintes permises par le CPP, le souhait d'obtenir une preuve dans le but d'élucider une infraction, même particulièrement grave, ne permet pas de justifier une atteinte aux droits fondamentaux du prévenu<sup>12</sup>. D'autre part, il est douteux qu'une preuve administrée illicitement apporte une contribution efficace à la découverte de la vérité matérielle<sup>13</sup>. En effet, il est possible qu'une personne torturée avoue avoir commis l'infraction alors que ce n'est en réalité pas le cas<sup>14</sup>.

---

<sup>4</sup> ZIMMERMANN, *Coopération*, N 1 ; OFJ, *Directives*, p. 5 ; LUDWICZAK GLASSEY, N 2.

<sup>5</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 54 ; KANOFF, p. 12.

<sup>6</sup> TPF, RR.2013.203-204, du 28 février 2014, c. 3.2 ; TF 1A\_303/2000, du 5 mars 2001, c. 2.b.

<sup>7</sup> MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 196 N 1 ; CR CPP-BÉNÉDICT, art. 140 N 6.

<sup>8</sup> JEANNERET/KUHN, N 14001 ; CR CPP-BÉNÉDICT, art. 140 N 6.

<sup>9</sup> CR CPP-BÉNÉDICT, art. 140 N 6.

<sup>10</sup> OBERHOLZER, N 1097 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 140 N 1.

<sup>11</sup> MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 140 N 2 ; TPF, BB.2013.161-162, du 7 novembre 2013, c. 3.1 ; PERRIER DEPEURSINGE, p. 235 ; CHAPPUIS, p. 140.

<sup>12</sup> ALBERTINI/FEHR/VOSER, p. 224 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 140 N 3.

<sup>13</sup> MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 140 N 3.

<sup>14</sup> ALBERTINI/FEHR/VOSER, p. 224 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 140 N 3.

Différentes méthodes permettant d'obtenir une preuve peuvent être frappées d'illicéité<sup>15</sup>. Le premier moyen n'est autre que l'usage de la contrainte. Pour mieux appréhender cette notion, on peut s'inspirer des conditions d'application de l'art. 181 CP<sup>16</sup>. À teneur de cette disposition, trois conditions doivent être remplies pour être face à une contrainte. Tout d'abord, l'auteur doit user de violence envers la victime, la menacer d'un dommage sérieux ou l'entraver d'une autre manière dans sa liberté d'action<sup>17</sup>. D'après la doctrine et la jurisprudence, pour être face à une contrainte pénalement répréhensible, les moyens de coercition utilisés doivent dépasser le degré d'influence habituellement toléré<sup>18</sup>. Partant, une simple pression sur la liberté de décision de la victime n'est pas suffisante<sup>19</sup>. Il est important également de préciser qu'il n'est pas nécessaire que le moyen de contrainte aille à l'encontre du droit pénal<sup>20</sup>. Le simple fait d'agir de manière contraire à la bonne foi et à la loyauté est satisfaisant<sup>21</sup>. C'est le cas notamment d'une personne qui supprime de manière abusive le droit de visite du prévenu, dans le but de l'isoler, d'augmenter la pression exercée sur lui et d'obtenir des aveux<sup>22</sup>. Puis, en lien de causalité avec cette première condition, la victime doit être amenée à faire, à s'abstenir ou à tolérer un acte allant à l'encontre de sa volonté<sup>23</sup>. Pour finir, l'illicéité de la contrainte ne peut être donnée que si le moyen ou le but de l'auteur est contraire au droit, le moyen préconisé est en disproportion par rapport au but légitime à atteindre ou le moyen de pression est abusif ou contraire aux mœurs<sup>24</sup>.

Le moyen de preuve peut également devenir illicite par le biais de l'utilisation de la force<sup>25</sup>. L'art. 200 CPP prévoit que l'usage de cette dernière ne peut être admis qu'en dernier recours et dans le respect du principe de proportionnalité<sup>26</sup>. Les circonstances du cas d'espèce, tel que la durée de l'atteinte, l'âge, le sexe ou encore l'état de santé de la personne concernée, sont des éléments à prendre en considération pour apprécier le caractère illicite du comportement de l'auteur<sup>27</sup>. Partant, seules les atteintes à l'intégrité physique ou psychique atteignant une certaine gravité tombent dans l'interdit<sup>28</sup>. C'est le cas, notamment, de l'utilisation de la torture ou d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradant<sup>29</sup>.

---

<sup>15</sup> OBERHOLZER, N 1097.

<sup>16</sup> CR CPP-BÉNÉDICT, art. 140 N 7.

<sup>17</sup> CORBOZ, art. 181 N 2 ; CR CP II-FAVRE, art. 181 N 8.

<sup>18</sup> ATF 119 IV 301, c. 2a ; BSK StGB-DELNON/RÜDY, art. 181 N 23.

<sup>19</sup> CR CP II-FAVRE, art. 181 N 9 ; ATF 119 IV 301, c. 2a.

<sup>20</sup> CR CPP-BÉNÉDICT, art. 140 N 9.

<sup>21</sup> CR CPP-BÉNÉDICT, art. 140 N 9.

<sup>22</sup> CR CPP-BÉNÉDICT, art. 140 N 9.

<sup>23</sup> BSK StGB-DELNON/RÜDY, art. 181 N 49 ; ATF 101 IV 167, c. 3 ; CR CP II-FAVRE, art. 181 N 22.

<sup>24</sup> ATF 134 IV 216, c. 4.1 ; ATF 106 IV 125, c. 3a ; CR CP II-FAVRE, art. 181 N 25.

<sup>25</sup> OBERHOLZER, N 1097 ; JEANNERET/KUHN, N 9004 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 140 N 6.

<sup>26</sup> MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 140 N 6 ; CR CPP-BÉNÉDICT, art. 140 N 14.

<sup>27</sup> CR CPP-BÉNÉDICT, art. 140 N 14.

<sup>28</sup> CR CPP-BÉNÉDICT, art. 140 N 14.

<sup>29</sup> GLESS, p. 149 ; JEANNERET/KUHN, N 9004 ; BSK StPO-GLESS, art. 140 N 34.

L'administration d'une preuve par l'emploi de la menace peut aussi être frappée d'illicéité<sup>30</sup>. Étant donné que le CPP ne définit pas cette notion de menace, on est en droit de se référer au sens octroyé à ce terme par l'art. 180 CP<sup>31</sup>. A teneur de cette disposition, la punissabilité de la menace n'est envisagée que si elle cause chez la victime frayeur ou alarme<sup>32</sup>. Partant, un avertissement qui a simplement pour but de prévenir une personne d'un préjudice ou d'un danger ne peut être suffisant<sup>33</sup>.

La promesse peut également être une source d'illicéité pour l'administration d'une preuve<sup>34</sup>. Cependant, cela n'est envisageable que si l'auteur ne peut la garantir ou la réaliser ou qu'elle est liée à un comportement spécifique du prévenu<sup>35</sup>. A titre d'exemple, la preuve est administrée illicitement lorsqu'on affirme au prévenu, avant son renvoi en jugement, que s'il avoue, il verra sa peine réduite devant le juge de fond<sup>36</sup>. En effet, l'auteur de cette proposition n'est ni habilité à la faire, ni capable de la faire respecter<sup>37</sup>.

La tromperie est une encore autre méthode frappant l'administration de la preuve d'illicéité<sup>38</sup>. Elle se manifeste notamment lorsqu'un représentant de l'autorité cherche délibérément à induire en erreur une personne et que cette dernière agit, ensuite, en se fondant sur les dires erronés de l'autorité<sup>39</sup>. Tel est le cas, par exemple, d'un interrogateur qui indique à tort au prévenu que son complice a avoué l'infraction<sup>40</sup>. Cependant, la limite entre la tromperie interdite et l'astuce admissible n'est pas évidente à percevoir<sup>41</sup>. Pour pallier à cette difficulté, il convient de prendre en compte l'influence de l'astuce utilisée sur le libre-arbitre de la personne trompée ainsi que les exigences en matière de bonne foi et de loyauté attendues par les autorités<sup>42</sup>.

Pour finir, toutes les méthodes utilisées dans le but d'obtenir une preuve mais qui restreignent les facultés intellectuelles ou le libre arbitre d'une personne sont illicites<sup>43</sup>. Il convient, dans le but de déterminer ce qui est licite et ce qui ne l'est pas, de prendre en compte les capacités de

---

<sup>30</sup> OBERHOLZER, N 1097 ; CHAPPUIS, p. 141 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 140 N 7.

<sup>31</sup> MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 140 N 7 ; CR CPP-BÉNÉDICT, art. 140 N 15.

<sup>32</sup> CORBOZ, art. 180 N 6 ; ATF 99 IV 212, c. 1a ; CR CP II-STOUDMANN, art. 180 N 5.

<sup>33</sup> CR CPP-BÉNÉDICT, art. 140 N 15.

<sup>34</sup> JEANNERET/KUHN, N 9004 ; GLESS, p. 150 ; BSK StPO-GLESS, art. 140 N 42.

<sup>35</sup> MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 140 N 10 ; CR CPP-BÉNÉDICT, art. 140 N 18.

<sup>36</sup> BSK StPO-GLESS, art. 140 N 43 ; CR CPP-BÉNÉDICT, art. 140 N 18.

<sup>37</sup> CR CPP-BÉNÉDICT, art. 140 N 18.

<sup>38</sup> OBERHOLZER, N 1097 ; Kommentar-WOHLERS, art. 140 N 10 ; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 786.

<sup>39</sup> Kommentar-WOHLERS, art. 140 N 10 ; ATF 144 IV 23, c. 4.2 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 140 N 9.

<sup>40</sup> ATF 144 IV 23, c. 4.2 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 140 N 9 ; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 786.

<sup>41</sup> Kommentar-WOHLERS, art. 140 N 11 ; ATF 144 IV 23, c. 4.2.

<sup>42</sup> CR CPP-BÉNÉDICT, art. 140 N 21 ; TF 1B\_366/2017, du 13 décembre 2017, c. 4.2 ; Kommentar-WOHLERS, art. 140 N 13.

<sup>43</sup> Message unification CPP, p. 1162 ; BSK StPO-GLESS, art. 140 N 66.

chacun<sup>44</sup>. A titre d'exemple, le fait de réduire les facultés de concentration du prévenu en l'empêchant de dormir ou de manger est incompatible avec les exigences de la loi<sup>45</sup>.

L'art. 140 al. 1 CPP énonce différents moyens frappant l'administration d'une preuve d'illicéité. Cependant, l'art. 141 CPP, relatif à l'exploitation des moyens de preuves obtenus illégalement, prévoit que l'on peut obtenir illicitement une pièce par le biais de trois autres méthodes. Premièrement, à teneur de l'art. 141 al. 2 CPP, l'illicéité peut résulter de la commission d'une infraction pénale<sup>46</sup>. Tel est le cas, par exemple, lorsque l'autorité obtient une preuve grâce à un vol. Deuxièmement, au sens de l'art. 141 al. 2 CPP, une pièce peut ne pas être valable lorsqu'elle a été obtenue en violation d'une règle de validité. Cette dernière se définit comme étant une mesure qui a pour but de garantir la fiabilité d'une preuve et qui n'équivaut pas à une simple prescription d'ordre<sup>47</sup>. Le Message du CF précise que « si la disposition de procédure en cause revêt une importance telle pour la sauvegarde des intérêts légitimes de la personne concernée qu'elle ne peut atteindre son but que moyennant l'invalidation de l'acte de procédure accompli en violation de cette disposition, alors on a affaire à une règle de validité »<sup>48</sup>. L'art. 244 CPP relatif aux conditions matérielles de la perquisition en est un exemple<sup>49</sup>. Troisièmement, à teneur de l'art. 141 al. 3 CPP, l'administration d'une preuve peut également être illicite lorsqu'elle viole une prescription d'ordre. A la différence d'une règle de validité, la prescription d'ordre est une mesure ayant pour finalité de régler le bon déroulement de la procédure<sup>50</sup>. Tel est le cas, par exemple, de l'obligation de dater les requêtes au sens de l'art. 110 al. 1 CPP<sup>51</sup>.

## B. Exploitation

Sur la base de ces explications, nous avons déterminé quand une preuve est administrée de manière illicite. Il nous paraît maintenant intéressant de se demander s'il est systématiquement impossible d'exploiter une preuve obtenue illégalement<sup>52</sup>. Pour ce faire, nous analyserons les quatre catégories de preuve prévues à l'art. 141 CPP.

---

<sup>44</sup> CR CPP-BÉNÉDICT, art. 140 N 25.

<sup>45</sup> BSK StPO-GLESS, art. 140 N 68.

<sup>46</sup> BSK StPO-GLESS, art. 141 N 64 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 141 N 7 ; TF 6B\_56/2014, du 16 décembre 2014, c. 3.2.

<sup>47</sup> BSK StPO-GLESS, art. 141 N 67 ; JEANNERET/KUHN, N 9006 ; ATF 139 IV 128, c. 1.6.

<sup>48</sup> Message unification CPP, p. 1163.

<sup>49</sup> TF 6B\_490/2013, du 14 octobre 2013, c. 2.4 ; CR CPP-HOHL-CHIRAZI, art. 244 N 23.

<sup>50</sup> BSK StPO-GLESS, art. 141 N 85 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 141 N 17 ; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, art. 141 N 10.

<sup>51</sup> JEANNERET/KUHN, N 9008.

<sup>52</sup> A noter que l'analyse qui suit portera sur le sort réservé à une preuve obtenue illicitement par une autorité. Cependant, un particulier peut également être amené à recueillir illégalement une preuve. Le CPP ne règle pas cette problématique. Toutefois, la jurisprudence et la doctrine considèrent qu'une preuve obtenue illicitement par un particulier est exploitable si, cumulativement, elle aurait pu être récoltée licitement par les autorités pénales et qu'une pesée des intérêts analogue à celle préconisée par l'art. 141 al. 2 CPP justifie son utilisation. Pour une explication plus détaillée de cette problématique, voir JEANNERET/KUHN, N 9011 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 141 N 5 ; TF 6B\_1282/2019, du 13 novembre 2020, c. 1.1 ; TF 6B\_53/2020, du 14 juillet 2020, c. 1.1.

Tout d'abord, il y a les preuves absolument inexploitable<sup>53</sup>. A teneur de l'art. 141 al. 1 CPP, cela fait référence aux preuves recueillies par le biais d'une méthode prohibée par l'art. 140 CPP<sup>54</sup>. Cependant, entrent également en ligne de compte, les dispositions interdisant spécifiquement l'utilisation d'une preuve déterminée<sup>55</sup>. C'est le cas, par exemple, au sens de l'art. 177 al. 3 CPP, des informations obtenues lors de l'audition d'un témoin non avisé par l'autorité de son droit de refuser de témoigner<sup>56</sup>. La loi prévoit que la preuve qui tombe dans cette catégorie n'est « en aucun cas exploitable » et ce, même si, selon toute vraisemblance, l'élément entaché de vice aurait aussi été obtenu si le droit avait été respecté<sup>57</sup>.

Puis, il existe les preuves relativement exploitables<sup>58</sup>. Ces dernières regroupent celles obtenues illicitement mais n'entrant pas dans le champ d'application de l'art. 141 al. 1 CPP<sup>59</sup>. A teneur de l'art. 141 al. 2 CPP, l'illicéité doit, par conséquent, résulter soit de la commission d'une infraction pénale soit de la violation d'une règle de validité<sup>60</sup>. En principe, une preuve tombant dans cette classification est inexploitable<sup>61</sup>. Toutefois, on est en droit de l'utiliser exceptionnellement si deux conditions sont remplies<sup>62</sup>. D'une part, l'exploitation de la preuve doit être indispensable pour élucider une infraction grave soit un crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP<sup>63</sup>. D'autre part, sur la base d'une pesée des intérêts, une prépondérance de l'intérêt public de la justice à découvrir la vérité doit exister par rapport à l'intérêt privé du prévenu à ce que la preuve demeure inexploitable<sup>64</sup>. La jurisprudence retient que plus l'infraction à élucider est grave plus la primauté de l'intérêt public sur l'intérêt privé existe<sup>65</sup>.

Ensuite, l'art. 141 al. 3 CPP fait référence aux preuves néanmoins exploitables<sup>66</sup>. L'administration de ces dernières s'est faite sur la base d'une violation d'une prescription d'ordre<sup>67</sup>. Face à cette situation, la loi prévoit que la preuve recueillie reste exploitable et ce même sans réalisation d'une pesée des intérêts en présence<sup>68</sup>.

Pour finir, il existe les preuves dérivées de la preuve illicite inexploitable<sup>69</sup>. La question sous-jacente est de savoir si l'exclusion d'une preuve originaire administrée en violation de la loi

---

<sup>53</sup> OBERHOLZER, N 1102 ; JEANNERET/KUHN, N 9004.

<sup>54</sup> À propos des différentes méthodes prohibées, voir *supra* II. A ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 141 N 1.

<sup>55</sup> TF 6B\_1023/2017, du 25 avril 2018, c. 5.2.3 ; JEANNERET/KUHN, N 9005 ; CR CPP-BÉNÉDICT, art. 141 N 4.

<sup>56</sup> CR CPP-BÉNÉDICT, art. 141 N 4 ; OBERHOLZER, N 1102 ; JEANNERET/KUHN, N 9005.

<sup>57</sup> Message unification CPP, p. 1162 ; CR CPP-BÉNÉDICT, art. 141 N 6.

<sup>58</sup> TF 6B\_893/2015, du 14 juin 2016, c. 1.3.2 ; OBERHOLZER, N 1104.

<sup>59</sup> JEANNERET/KUHN, N 9006.

<sup>60</sup> BSK StPO-GLESS, art. 141 N 64 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 141 N 7 ; TF 6B\_56/2014, du 16 décembre 2014, c. 3.2 ; TF 6B\_1282/2019, du 13 novembre 2020, c. 1.1.

<sup>61</sup> JEANNERET/KUHN, N 9007 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 141 N 7.

<sup>62</sup> SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, art. 141 N 6 ; JEANNERET/KUHN, N 9007.

<sup>63</sup> BSK StPO-GLESS, art. 141 N 69 ; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, art. 141 N 8 ; OBERHOLZER, N 1104.

<sup>64</sup> CR CPP-BÉNÉDICT, art. 141 N 23 ; JEANNERET/KUHN, N 9007 ; ATF 133 IV 329, c. 4.4.

<sup>65</sup> TF 6B\_490/2013, du 14 octobre 2013, c. 2.4.1 ; ATF 137 I 218, c. 2.3.4 ; ATF 131 I 272, c. 4.1.2.

<sup>66</sup> JEANNERET/KUHN, N 9008 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 141 N 15.

<sup>67</sup> CR CPP-BÉNÉDICT, art. 141 N 30 ; JEANNERET/KUHN, N 9008.

<sup>68</sup> OBERHOLZER, N 1107 ; CR CPP-BÉNÉDICT, art. 141 N 30 ; BSK StPO-GLESS, art. 141 N 85.

<sup>69</sup> MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 141 N 18 ; JEANNERET/KUHN, N 9008.

contamine également l'exploitation de toutes les autres preuves subséquentes obtenues sur la base de cette première<sup>70</sup> ? L'art. 141 al. 4 CPP règle cette problématique<sup>71</sup>. Il convient d'observer que cette disposition ne traite que du sort des preuves dérivées d'une preuve relativement exploitable au sens de l'art. 141 al. 2 CPP<sup>72</sup>. Par conséquent, cela signifie qu'une preuve indirecte est toujours inexploitable lorsqu'elle a été recueillie grâce à une preuve visée par l'art. 141 al. 1 CPP<sup>73</sup>. Certains avis doctrinaux, que nous partageons, s'opposent à cette volonté délibérée du législateur<sup>74</sup>. En effet, pourquoi systématiquement retirer du dossier pénal une preuve subséquente dont la découverte a été facilitée par une preuve originale absolument inexploitable mais qui aurait très bien pu être trouvée sans cette aide<sup>75</sup> ? Prenons un exemple<sup>76</sup>. Un suspect, sur la base d'une première audition non conforme aux exigences découlant de l'art. 158 al. 1 CPP, avoue être l'auteur de l'homicide et indique également où se trouve l'arme du crime. Partant, à teneur de l'art. 158 al. 2 CPP *cum* art. 141 al. 1 CPP, les informations obtenues lors de cet interrogatoire ainsi que tout ce qui est trouvé par le biais de ce dernier sont inexploitables. Par conséquent, si nous ne pouvons démontrer la culpabilité du suspect grâce à d'autres preuves ne découlant pas des révélations initiales du prévenu, l'acquittement doit être prononcé. Cette solution est disproportionnée par rapport aux intérêts protégés par l'art. 141 al. 4 CPP mais le TF a laissé, pour le moment, la question ouverte<sup>77</sup>. En se rattachant à l'opinion du législateur, les preuves dérivées peuvent être utilisées lorsqu'elles sont recueillies grâce à une preuve visée par l'art. 141 al. 2 CPP qui remplit les deux conditions de cette disposition permettant son exploitation<sup>78</sup>. En revanche, si la preuve originale ne satisfait pas aux deux exigences de l'art. 141 al. 2 CPP légitimant son utilisation, la preuve subséquente est inexploitable si on n'arrive pas à démontrer avec une haute vraisemblance qu'on ne peut pas l'obtenir autrement que par le biais de la preuve initiale<sup>79</sup>.

### III. La place de la preuve en entraide pénale

Après avoir apporté la définition octroyée en droit suisse à la preuve illicite ainsi qu'abordable les différentes hypothèses sur la base desquelles l'utilisation d'une preuve obtenue illégalement est possible, l'analyse va maintenant porter sur la place octroyée à la preuve en entraide pénale. Pour ce faire, dans la suite de ce travail, la bonne foi et l'exigence du respect des garanties procédurales en coopération judiciaire internationale seront étudiées.

---

<sup>70</sup> CR CPP-BÉNÉDICT, art. 141 N 35.

<sup>71</sup> OBERHOLZER, N 1109 ; JEANNERET/KUHN, N 9009 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 984.

<sup>72</sup> Kommentar-WOHLERS, art. 141 N 44 ; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, art. 141 N 12.

<sup>73</sup> JEANNERET/KUHN, N 9009 ; CR CPP-BÉNÉDICT, art. 141 N 39 ; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, art. 141 N 12.

<sup>74</sup> CR CPP-BÉNÉDICT, art. 141 N 39 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 984 ; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, art. 141 N 12.

<sup>75</sup> CR CPP-BÉNÉDICT, art. 141 N 39.

<sup>76</sup> CR CPP-BÉNÉDICT, art. 141 N 39.

<sup>77</sup> ATF 138 IV 169, c. 3.2 ; TF 6B\_976/2015, du 27 septembre 2016, c. 6.4.

<sup>78</sup> PIQUEREZ/MACALUSO, N 985 ; JEANNERET/KUHN, N 9010 ; À propos des deux conditions de l'art. 141 al. 2 CPP permettant l'utilisation d'une preuve relativement exploitable, voir *supra* II. B.

<sup>79</sup> SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, art. 141 N 14 ; Kommentar-WOHLERS, art. 141 N 45 ; TF 1B\_179/2012, du 13 avril 2012, c. 2.4 ; TF 6B\_684/2012, du 15 mai 2013, c. 3.3.2.

## A. Bonne foi

Dans cette partie d'analyse, nous nous intéresserons, tout d'abord, à la définition octroyée à la bonne foi par le droit international public. Puis, nous nous pencherons sur l'application de ce principe lorsque l'Etat requérant fonde sa demande d'entraide pénale sur une preuve obtenue illicitement. Dans un but de comparaison, il sera également fait état de l'analyse de cette même situation en matière d'entraide administrative.

Dans l'espace normatif actuel, il existe, à côté des lois, des traités, de la coutume, de la jurisprudence et de la doctrine, les principes généraux du droit des gens<sup>80</sup>. Ces derniers sont aussi une source de droit international et correspondent aux principes communs des ordres juridiques nationaux<sup>81</sup>. Parmi eux, figure notamment le principe de la bonne foi<sup>82</sup>.

Il n'existe pas qu'une seule définition de la bonne foi. C'est, au contraire, une notion juridique multiple qui n'est pas univoque<sup>83</sup>. Certains auteurs pensent même qu'elle ne peut être définie<sup>84</sup>. KOLB est d'avis que dans le but d'expliquer, en droit international public, le principe de la bonne foi, il sied de faire une distinction entre la bonne foi au sens objectif et la bonne foi au sens subjectif<sup>85</sup>. Objectivement, la bonne foi peut être subdivisée en trois aspects<sup>86</sup>. Son versant positif, tout d'abord, permet de protéger les attentes légitimes d'un sujet générées par un comportement délibéré d'autrui et ce indépendamment de l'intention réelle de celui qui a agi<sup>87</sup>. En d'autres termes, la bonne foi cherche à sauvegarder la confiance qu'un sujet de droit a fait naître chez un autre par ses actes, omissions, déclarations ou comportements<sup>88</sup>. Puis, en référence à la théorie de l'abus de droit, le versant négatif de la bonne foi a pour but d'empêcher que des actes individuels excessifs violent certaines finalités ancrées dans l'intérêt commun<sup>89</sup>. Pour finir, afin d'écarter tout comportement déloyal, le troisième aspect objectif de la bonne foi aspire à interdire la possibilité de se prévaloir de son propre tort pour obtenir un avantage juridique<sup>90</sup>. Cela fait référence à la maxime prévoyant que « nul ne peut tirer avantage de son propre tort »<sup>91</sup>. Subjectivement, la bonne foi désigne un état d'esprit consistant en une représentation inexacte de faits juridiquement pertinents<sup>92</sup>. Une protection juridique peut

---

<sup>80</sup> ZIMMERMANN, *Coopération*, N 202 ; TPF, RR.2012.82-83, du 26 février 2013, c. 2.1.

<sup>81</sup> TPF, RR.2012.82-83, du 26 février 2013, c. 2.1 ; PAPADOPOULOS, p. 712.

<sup>82</sup> ATF 101 Ia 405, c. 6bb ; ZIMMERMANN, *Coopération*, N 202.

<sup>83</sup> KOLB, *Bonne foi*, p. 106 et références citées à la note de bas de page 185.

<sup>84</sup> KOLB, *Bonne foi*, p. 106 citant notamment HOBHOUSE qui estime qu'un tel principe « can be illustrated but not defined ».

<sup>85</sup> KOLB, *Theory*, p. 199 ; KOLB, *Bonne foi*, p. 107 ; PAPADOPOULOS, p. 712.

<sup>86</sup> KOLB, *Bonne foi*, p. 107 ; KOLB, *Good faith*, p. 23.

<sup>87</sup> KOLB, *Good faith*, p. 23 ; PAPADOPOULOS, p. 712.

<sup>88</sup> KOLB, *Bonne foi*, p. 124.

<sup>89</sup> PAPADOPOULOS, p. 713 ; KOLB, *Good faith*, p. 23 ; KOLB, *Bonne foi*, p. 125.

<sup>90</sup> KOLB, *Good faith*, p. 23 ; PAPADOPOULOS, p. 713.

<sup>91</sup> KOLB, *Bonne foi*, p. 125 ; KOLB, *Good faith*, p. 23.

<sup>92</sup> PAPADOPOULOS, p. 714 ; KOLB, *Good faith*, p. 15 ; KOLB, *Bonne foi*, p. 107.

néanmoins être accordée au sujet agissant sous l'empire de cette croyance erronée si cette fausse représentation n'est due à aucune faute de sa part<sup>93</sup>.

De ces approches objective et subjective du principe de la bonne foi vont découler, ensuite, une série de sous-principes, de normes et de maximes permettant de réaliser les objectifs généraux du principe de la bonne foi dans tout l'ordre juridique<sup>94</sup>. C'est le cas, notamment de l'art. 26 CV. Cette disposition prévoit que les parties liées par un traité doivent l'exécuter de bonne foi. Cette norme a son importance en matière de coopération judiciaire. En effet, en entraide pénale, lorsque les Etats sont liés par un traité d'entraide judiciaire, ils se doivent de le respecter eu égard au principe de la bonne foi découlant de l'art. 26 CV<sup>95</sup>. Faute d'accord conclu avec l'Etat requérant, le principe général de la bonne foi en droit international doit tout de même être respecté par les parties<sup>96</sup>. En entraide administrative, les relations interétatiques se basent uniquement sur des instruments internationaux et sont par conséquent soumises aux normes de la CV<sup>97</sup>.

Les principes généraux du droit des gens dont fait partie le principe de la bonne foi priment toute l'activité de l'Etat<sup>98</sup>. Par conséquent, il convient pour l'Etat requis de refuser l'octroi de son assistance à une demande d'entraide qui serait contraire au principe de la bonne foi<sup>99</sup>. Cette notion juridique demande aux Etats d'adopter entre eux une attitude loyale et respectueuse<sup>100</sup>. Ils se doivent, notamment, de se conformer aux traités qui les lient, de respecter leur parole donnée et de s'abstenir de tout comportement douteux<sup>101</sup>. En matière d'entraide, cette bonne foi réciproque est présumée<sup>102</sup>. Partant, cela implique que l'Etat requis doit, en principe, se fier aux explications fournies par l'Etat requérant<sup>103</sup>. Les dires de ce dernier ne peuvent être remis en cause que lorsqu'ils apparaissent être en contradiction manifeste avec la vérité<sup>104</sup>. Cependant, le renversement de la présomption de bonne foi d'un Etat ne peut être prononcé qu'en cas de comportements déloyaux concrets de l'autorité requérante<sup>105</sup>. Il appartient à l'intéressé souhaitant s'opposer à l'octroi de l'entraide d'en apporter la démonstration par le

---

<sup>93</sup> PAPADOPOULOS, p. 714 ; KOLB, Good faith, p. 15.

<sup>94</sup> KOLB, Good faith, p. 23.

<sup>95</sup> TPF, RR.2019.29, du 5 juin 2019, c. 5.2 ; TPF, RR.2017.338, du 17 juillet 2018, c. 3.4.1.

<sup>96</sup> BONZANIGO, p. 9 et la note de bas de page 65.

<sup>97</sup> OBERSON, N 106 ss ; BONZANIGO, p. 9.

<sup>98</sup> ZIMMERMANN, Coopération, N 196 ; ATF 133 II 405, c. 7.1 ; TAF, A-4013/2010, du 15 juillet 2010, c. 6.1.3.

<sup>99</sup> TPF, RR.2019.29-30, du 5 juin 2019, c. 5.2 : « Widerspricht ein Rechtshilfeersuchen dem Prinzip von Treu und Glauben, braucht die ersuchte Behörde nicht darauf einzutreten » ; TPF, RR.2017.338, du 17 juillet 2018, c. 3.4.7 ; ATF 117 Ib 337, c. 2a ; ATF 109 Ib 64, c. 6b ; ZIMMERMANN, Coopération, N 196.

<sup>100</sup> MOREILLON, Introduction générale N 221 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 203.

<sup>101</sup> ZIMMERMANN, Coopération, N 203.

<sup>102</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 542 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 203 ; MOREILLON, Introduction générale N 225 ; ATF 117 Ib 337, c. 2b ; TAF, A-4545/2016, du 8 février 2018, c. 4.3.4.1.

<sup>103</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 56 ; LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 542 ; ATF 142 II 161, c. 2.1.3 ; TF 2C\_904/2015, du 8 décembre 2016, c. 6.3.

<sup>104</sup> TAF, A-4545/2016, du 8 février 2018, c. 4.3.4.1 ; ATF 143 II 224, c. 6.4 ; ATF 143 II 202, c. 8.7.1 ; LUDWICZAK GLASSEY, N 56.

<sup>105</sup> BONZANIGO, p. 9 ; TAF, A-6035/2018, du 26 février 2020, c. 3.7.1 ; ATF 144 II 206, c. 4.4.

biais d'éléments de preuve établis<sup>106</sup>. De surcroît, lorsque des versions contradictoires aussi vraisemblables les unes que les autres sont présentées à l'Etat requis, ce dernier doit s'en remettre à celle présentée par l'autorité requérante à moins que la mauvaise foi de celle-ci ne soit évidente<sup>107</sup>.

La bonne foi de l'Etat requérant peut être remise en cause lorsque sa demande d'entraide se fonde sur des moyens de preuve obtenus en violation du droit de l'Etat requis<sup>108</sup>. Dans un arrêt du 26 février 2013, le TPF a analysé cette problématique<sup>109</sup>. Le Tribunal devait se prononcer sur un recours ayant trait à une demande d'entraide belge qui se fondait sur des moyens de preuve volés au Liechtenstein et qui avaient été transmis par l'Allemagne à la Belgique. Il a, tout d'abord, rappelé l'étendue du principe de la bonne foi en entraide pénale en expliquant que « les Etats se doivent de respecter réciproquement leur souveraineté » et qu'ils violeraient cette règle « s'ils se procuraient, par des moyens jugés objectivement déloyaux, des moyens de preuve ou des biens frappés de mesures conservatoires, en violation des règles régissant l'entraide internationale en matière pénale »<sup>110</sup>. Puis, il s'est tourné vers le droit suisse. Il a mentionné, en premier lieu, l'art. 29 Cst qui prévoit que l'utilisation d'une preuve obtenue illicitement va à l'encontre de la notion de procédure équitable et est par conséquent constitutionnellement prohibée<sup>111</sup>. L'art. 141 al. 2 CPP ainsi que l'art. 141 al. 4 CPP ont, ensuite, été analysés<sup>112</sup>. Concernant cette dernière disposition, le TPF a relevé que, dans le but de déterminer la signification d'un moyen de preuve « qui n'aurait pas pu être recueilli sans l'administration de la première preuve », une approche « *ex ante*, permettant de déterminer qu'il existe une vraisemblance confinante à la certitude que la preuve dérivée aurait pu être découverte autrement que par le biais de la preuve originale » devait être adoptée<sup>113</sup>. Partant, le Tribunal s'est demandé, sur la base de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, si l'Etat requérant n'aurait pas d'autres éléments de preuve permettant de fonder sa demande d'entraide que ceux recueillis grâce à un acte illicite. Dans un autre arrêt, le TPF a considéré que la simple utilisation de preuves acquises illégalement ne violait pas en soit le principe de la bonne foi<sup>114</sup>. En effet, il a estimé que l'Etat requérant demande l'entraide judiciaire de mauvaise foi que lorsqu'il se

---

<sup>106</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 542 ; MOREILLON, Introduction générale N 225 ; ATF 117 Ib 337, c. 2b ; TPF, RR.2013.203-204, du 28 février 2014, c. 2.3.1.

<sup>107</sup> ATF 117 Ib 337, c. 2b ; LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 542 ; TPF, RR.2013.203-204, du 28 février 2014, c. 2.3.1.

<sup>108</sup> ZIMMERMANN, Coopération, N 203.

<sup>109</sup> TPF, RR.2012.82-83, du 26 février 2013 ; A noter que cette analyse a été élaborée à la lumière d'une demande d'entraide pénale qui se fonde sur des preuves obtenues par le biais d'un vol soit tombant sous le coup de l'art. 141 al. 2 CPP. Cependant, comme il a été expliqué préalablement au point **II. A**, différentes méthodes peuvent frapper l'administration d'une preuve d'illicéité. Il convient donc de préciser que cette approche pourra s'avérer être différente lorsqu'une demande de coopération se fonde sur une preuve recueillie grâce à un acte réprimé par l'art. 141 al. 1 CPP. Cela a notamment été le cas dans l'arrêt du TPF, RR.2013.203, du 28 février 2014 relatif à une demande d'entraide basée sur une preuve obtenue grâce à la torture, qui sera discuté, dans ce travail, sous un autre angle soit celui du respect des garanties procédurales.

<sup>110</sup> TPF, RR.2012.82-83, du 26 février 2013, c. 2.1 ; LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 543.

<sup>111</sup> TPF, RR.2012.82-83, du 26 février 2013, c. 2.2.1 ; MICHELI/ROBERT, N 14.

<sup>112</sup> Concernant les conditions d'application de ces deux dispositions, voir *supra* **II. B**.

<sup>113</sup> TPF, RR.2012.82-83, du 26 février 2013, c. 2.2.1.

<sup>114</sup> TPF, RR.2018.285-286, du 5 juin 2019, c. 6.4.4 ; TF 2C\_648/2017, du 17 juillet 2018, c. 2.3.2.

fonde sciemment et principalement sur des preuves obtenues illicitement en Suisse ou dans un Etat tiers<sup>115</sup>. C'est à l'appui de cette analyse que la demande d'entraide de la Belgique n'a pas été considérée comme étant contraire à la bonne foi. En effet, même s'il a été démontré que certains éléments fondant la demande d'entraide ont été obtenus par le biais d'un vol perpétré au Liechtenstein, les autorités belges pouvaient se prévaloir de tout un faisceau d'indices recueillis licitement avant la transmission des informations volées pour requérir la coopération judiciaire de la Suisse<sup>116</sup>.

En entraide administrative, l'analyse de la bonne foi d'un Etat requérant, fondant sa demande de coopération sur des preuves obtenues d'une manière similaire à celle évoquée dans l'arrêt du TPF<sup>117</sup> décrit ci-dessus, se fait en vertu de l'art. 7 let. c LAAF<sup>118</sup>. Comme mentionné préalablement, en entraide administrative, les relations interétatiques se basent uniquement sur des instruments internationaux devant respecter les normes de la CV<sup>119</sup>. Partant, le législateur, en édictant cette disposition, n'a pas cherché à violer la primauté du droit international<sup>120</sup>. Au contraire, il a simplement souhaité illustrer le principe de droit international public de la bonne foi découlant de l'art. 26 CV<sup>121</sup>. L'art. 7 let. c 1<sup>ère</sup> partie LAAF énonce le fait que l'Etat requis peut ne pas accorder sa coopération lorsque la demande de l'Etat requérant viole le principe de la bonne foi. L'art. 7 let. c 2<sup>ème</sup> partie LAAF concrétise ce principe en apportant un exemple de comportement jugé contraire à la bonne foi<sup>122</sup>. D'après cette dernière disposition, l'Etat requérant agit de mauvaise foi lorsqu'il « fonde sa demande d'entraide sur des renseignements obtenus par des actes punissables au regard du droit suisse ». Trois conditions découlent de ce comportement<sup>123</sup>. L'acte entrepris pour obtenir la preuve doit, premièrement, remplir les conditions objectives d'une norme pénale suisse et, deuxièmement, entrer dans le champ de compétence territoriale ou extraterritoriale de la Suisse<sup>124</sup>. Troisièmement, un lien de causalité directe ou indirecte doit exister entre, d'une part, la preuve obtenue illicitement et, d'autre part, la demande d'assistance administrative adressée à la Suisse<sup>125</sup>. Le TAF analyse l'application de ces conditions lorsqu'il juge, sous l'angle de la bonne foi, une demande d'entraide administrative fondée sur des preuves qui ont été volées<sup>126</sup>. Cependant, à teneur de l'art. 31 par.

---

<sup>115</sup> TPF, RR.2018.285-286, du 5 juin 2019, c. 6.4.2 : « Ein Staat kann nicht mehr gutgläubig um Rechtshilfe ersuchen, wenn dem Strafverfahren und/oder dem Rechtshilfeersuchen wissentlich und in der Hauptsache in der Schweiz oder einem Drittstaat gestohlene Daten zugrunde liegen ».

<sup>116</sup> TPF, RR.2012.82-83, du 26 février 2013, c. 3.3 : « Il apparaît ainsi que les soupçons originaires nourris par les autorités belges à l'égard du groupe G. étaient déjà présents avant la transmission des informations volées » ; LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 543.

<sup>117</sup> TPF, RR.2012.82-83, du 26 février 2013.

<sup>118</sup> PAPADOPOULOS, p. 728 ; OPEL, N 26 ; ATF 143 II 224, c. 6.4.

<sup>119</sup> Voir *supra* III. A.

<sup>120</sup> ATF 143 II 224, c. 6.2 ; NAEF, p. 264.

<sup>121</sup> ATF 143 II 202, c. 8.3 ; ATF 143 II 224, c. 6.2 ; Message LAAF, p. 5786.

<sup>122</sup> BONZANIGO, p. 15 ; ATF 143 II 224, c. 5.2.

<sup>123</sup> PAPADOPOULOS, p. 728.

<sup>124</sup> ATF 143 II 202, c. 8.5.6 ; TAF, A-4545/2016, du 8 février 2018, c. 4.3.4.2 ; TAF, A-6080/2016, du 23 février 2018, c. 5.3.4.2 ; PAPADOPOULOS, p. 728.

<sup>125</sup> ATF 143 II 224, c. 6.6.

<sup>126</sup> TAF, A-1515/2016, du 9 juin 2017, c. 3.4 ; TAF, A-778/2017, du 5 juillet 2017, c. 3 ; TAF, A-6391/2016, du 17 janvier 2018, c. 4.3.4.2 ; TAF, A-6080/2016, du 23 février 2018, c. 5.3.4.2.

3 CV, le Tribunal porte également son attention sur l'existence d'éventuelles déclarations faites par l'Etat requérant dans l'application de l'instrument international le liant à l'Etat requis. Cela fait notamment référence à l'engagement unilatéral que l'Etat requérant peut prendre à ne pas utiliser des preuves volées pour fonder sa demande de coopération<sup>127</sup>. En vertu du principe de la bonne foi, l'Etat requérant est lié par cette déclaration unilatérale et devra respecter l'obligation qui en découle<sup>128</sup>. A la différence du TF<sup>129</sup>, différents arrêts du TAF prévoient que la violation de cet engagement est l'élément décisif pour refuser l'octroi d'une demande d'assistance étrangère<sup>130</sup>.

## B. Droits procéduraux et motifs de refus

L'entraide internationale en matière pénale permet à l'Etat requis sur demande de l'Etat requérant de prendre des mesures en vue de soutenir la poursuite et la répression d'infractions pénales dans l'Etat requérant<sup>131</sup>. Partant, cela implique qu'une procédure pénale soit en cours dans ce dernier<sup>132</sup>. Cependant, à teneur de l'art. 2 let. a EIMP, la coopération de la Suisse peut être refusée s'il y a lieu d'admettre que la procédure ouverte dans l'Etat requérant n'est pas conforme aux principes fixés par la CEDH ou par le Pacte ONU II<sup>133</sup>. Selon la jurisprudence, l'art. 2 let. a EIMP a pour but « d'éviter que la Suisse prête son concours, par le biais de l'entraide, à des procédures qui ne garantiraient pas à la personne poursuivie un standard de protection minimum correspondant à celui offert par le droit des Etats démocratiques »<sup>134</sup>.

A teneur de l'art. 5 CEDH et de l'art. 14 Pacte ONU II, la procédure pénale dans l'Etat requérant doit notamment garantir un procès équitable<sup>135</sup>. Dans le but d'apprécier l'équité de ce dernier, il sied d'évaluer différents éléments. L'autorité requérante se doit, entre autres, d'assurer le respect du droit d'être entendu<sup>136</sup>, d'être confronté aux témoins à charge et de pouvoir les

---

<sup>127</sup> ATF 143 II 224, c. 6.3 ; TAF, A-4545/2016, du 8 février 2018, c. 4.3.4.2 ; PAPADOPOULOS, p. 730.

<sup>128</sup> ZIEGLER, N 137 ; BONZANIGO, p. 10 ; PAPADOPOULOS, p. 716 ; ATF 143 II 224, c. 6.3 ; CIJ, Affaire des Essais nucléaires, du 20 décembre 1974, p. 473 § 49 : « Tout comme la règle de droit des traités *pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi. Les Etats intéressés peuvent donc tenir compte des déclarations unilatérales et tabler sur elles ; ils sont fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée ».

<sup>129</sup> TF 2C\_819/2017, du 2 août 2018, c. 3.2 ss.

<sup>130</sup> TAF, A-4545/2016, du 8 février 2018, c. 4.3.4.2 ; TAF, A-2540/2017, du 7 septembre 2017, c. 5.2.4 ; TAF, A-778/2017, du 5 juillet 2017, c. 6.3.4 : Dans cet arrêt, le TAF a estimé que même si les conditions d'application de l'art. 7 let. c 2ème partie LAAF étaient données, l'absence d'un engagement unilatéral par l'Etat requérant de faire usage d'une preuve obtenue grâce à un acte punissable en vertu du droit suisse pour fonder sa demande d'assistance justifiait l'octroi de l'entraide par l'Etat requis. Cependant, cette argumentation a été rejetée par le TF dans son arrêt TF 2C\_648/2017, du 17 juillet 2018.

<sup>131</sup> MOREILLON, Introduction générale N 12 ; OFJ, Directives, p. 5.

<sup>132</sup> ZIMMERMANN, Coopération, N 1 ; LUDWICZAK GLASSEY, N 27.

<sup>133</sup> ATF 130 II 217, c. 8 ; LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 549 ; MOREILLON, art. 2 N 9 ; OFJ, Directives, p. 16.

<sup>134</sup> ATF 129 II 268, c. 6.1 ; ATF 125 II 356, c. 8a ; ATF 123 II 161, c. 6a ; ATF 122 II 140, c. 5a ; TPF, RR.2011.115, du 6 juillet 2011, c. 6.1.1.

<sup>135</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 549.

<sup>136</sup> TF 1A.54/1994, du 27 avril 1994, c. 2a ; ZIMMERMANN, Coopération, N 685.

interroger<sup>137</sup>, d'être régulièrement cité à l'audience<sup>138</sup> ou encore de ne pas s'incriminer<sup>139</sup>. Cependant, lors de cette appréciation, un élément revêt une importance particulière : le principe de l'égalité des armes<sup>140</sup>. Ce dernier fait notamment référence à la licéité des preuves recueillies par l'Etat requérant et fondant la demande d'entraide pénale de celui-ci<sup>141</sup>. Partant, dans le but de respecter un procès équitable, l'Etat requérant doit s'abstenir d'administrer illicitement des preuves en vertu desquelles il basera sa demande de coopération. En droit suisse, les art. 139 à 141 CPP fixent le principe de la licéité de la preuve<sup>142</sup>. Il est dès lors interdit pour l'autorité requérante de récolter sa preuve par le biais de l'une des méthodes énoncées aux art. 140 et 141 CPP<sup>143</sup>. Cela signifie que l'autorité requérante doit respecter le droit de l'Etat requis au moment où il procède à l'administration de la preuve fondant sa demande d'entraide. Cette exigence, lacunaire d'après nous en raison de la perception potentiellement divergente de la licéité d'un moyen de preuve par différents Etats, sera critiquée dans la suite de notre travail<sup>144</sup>. Cependant, le TPF est d'avis qu'il ne faut pas automatiquement refuser la coopération de la Suisse lorsque l'Etat requérant ne garantit pas un procès équitable en raison d'une demande d'entraide fondée sur une preuve obtenue illicitement. Dans un arrêt du 28 février 2014, le Tribunal devait se prononcer sur un recours ayant trait à une demande d'entraide brésilienne<sup>145</sup>. Les recourants ont estimé que la Suisse devait refuser de coopérer car la demande d'entraide se basait sur une preuve obtenue par le biais de la torture. Le TPF a jugé préférable de mettre en balance, d'une part, l'intérêt de l'Etat requérant à obtenir l'entraide et, d'autre part, l'intérêt des prévenus dans la procédure étrangère à éviter que la Suisse n'octroie sa coopération<sup>146</sup>. Sur la base de cette pesée des intérêts, le TPF a considéré qu'en raison de la gravité des infractions poursuivies dans la procédure pénale étrangère<sup>147</sup>, l'intérêt des autorités brésiennes devait prévaloir sur celui des prévenus<sup>148</sup>.

L'art. 2 let. a EIMP ne peut être invoqué par n'importe qui. En effet, une personne ne peut soulever le grief de l'art. 2 let. a EIMP que s'il est poursuivi par l'Etat requérant et qu'il s'y trouve ou qu'il risque d'y être remis par l'Etat requis au moyen d'une extradition ou d'un transfèrement<sup>149</sup>. Cependant, les avis jurisprudentiels divergent quant à la justesse de ces différentes exigences. Une approche flexible est préconisée par certaines jurisprudences<sup>150</sup>. Ces

---

<sup>137</sup> TPF, RR.2010.224, du 11 novembre 2010, c. 3 ; TPF, RR.2008.305, du 10 février 2009, c. 4.

<sup>138</sup> TPF, RR.2016.147, du 30 janvier 2017, c. 4.5.

<sup>139</sup> TF 1A.186/2005, du 9 décembre 2005, c. 6.6.4.

<sup>140</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 549.

<sup>141</sup> ZIMMERMANN, Coopération, N 685.

<sup>142</sup> ZIMMERMANN, Coopération, N 685.

<sup>143</sup> Concernant les différentes méthodes frappant l'administration d'une preuve d'illicéité, voir *supra* II. A ; ZIMMERMANN, Coopération, N 685.

<sup>144</sup> Concernant notre critique relative au droit applicable à la notion de preuve illicite, voir *infra* IV. B. 1.

<sup>145</sup> TPF, RR.2013.203, du 28 février 2014.

<sup>146</sup> TPF, RR.2013.203, du 28 février 2014, c. 3.3.

<sup>147</sup> TPF, RR.2013.203, du 28 février 2014, c. 3.3 : Dans cet arrêt, il était question de soupçons de blanchiment d'argent ainsi que de corruption de grande ampleur, durables et touchant plusieurs pays.

<sup>148</sup> TPF, RR.2013.203, du 28 février 2014, c. 3.3.

<sup>149</sup> BSK IRSG-SUMMERS, art. 2 N 4 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 682 ; LUDWICZAK GLASSEY, N 117 ; OFJ, Directives, p. 17.

<sup>150</sup> TF 1A.212/2000, du 19 septembre 2000 ; TF 1A.122/2001, du 28 mars 2002 ; ATF 123 II 161.

dernières prévoient que la compétence pour invoquer une violation de l'art. 2 let. a EIMP est également accordée à celui qui ne réside pas dans l'Etat requérant ou qui n'y est pas accusé mais redoute objectivement de l'être un jour<sup>151</sup>. D'autres jurisprudences ont une position restrictive et pensent que, dans le domaine de l'entraide, seul le prévenu qui se trouve sur le territoire de l'Etat requérant peut se prévaloir du grief de l'art. 2 let. a EIMP<sup>152</sup>. Concernant la qualité pour agir d'une personne morale, un changement jurisprudentiel a récemment été opéré. Pendant longtemps, aucune compétence n'était octroyée à une personne morale pour invoquer l'art. 2 let. a EIMP et dénoncer les vices de la procédure étrangère<sup>153</sup>. En 2016, le TPF a remis en cause cette jurisprudence constante<sup>154</sup>. En effet, en raison de l'introduction dans le CP suisse de la punissabilité de l'entreprise, il a estimé que la personne morale pouvait dorénavant invoquer l'art. 2 let. a EIMP<sup>155</sup>. Cependant, pour ce faire, l'entreprise doit faire l'objet d'une poursuite pénale dans l'Etat requérant, avoir son siège en Suisse et se limiter à dénoncer une violation par l'autorité requérante des règles sur le droit à un procès équitable découlant de l'art. 6 CEDH<sup>156</sup>.

L'analyse du respect des principes protégés par l'art. 2 let. a EIMP amène l'autorité suisse à évaluer la situation de la personne poursuivie en fonction du système politique et judiciaire de l'Etat requérant<sup>157</sup>. Partant, l'Etat requis porte « un jugement de valeur sur les affaires interne de l'Etat requérant, en particulier son régime politique, ses institutions, sa conception des droits fondamentaux, la façon dont ces droits sont respectés concrètement, et l'indépendance et l'impartialité du système judiciaire »<sup>158</sup>. Par conséquent, le juge de la coopération doit faire preuve à cet égard d'une prudence particulière<sup>159</sup>. Il peut refuser d'accorder l'entraide de la Suisse uniquement si la personne poursuivie à l'étranger rend vraisemblable qu'un risque sérieux et objectif d'une grave violation des droits de l'homme, susceptible de la toucher concrètement, existe dans l'Etat requérant<sup>160</sup>. Cependant, en cas de doute quant au respect par l'autorité requérante des principes fixés par la CEDH et le Pacte ONU II, l'Etat requis peut subordonner l'octroi de sa coopération à des conditions<sup>161</sup>. Ce droit est prévu expressément à l'art. 80p al. 1 EIMP. A titre d'exemple, il est envisageable de demander à l'Etat requérant qu'il

---

<sup>151</sup> ZIMMERMANN, Coopération, N 682.

<sup>152</sup> ATF 126 II 324 ; TPF, RR.2015.11, du 22 juin 2015 ; TPF, RR.2012.273, du 9 juillet 2013 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 682.

<sup>153</sup> ATF 131 II 228, c. 1 ; ATF 126 II 258, c. 2d/aa ; ATF 130 II 217, c. 8.2 ; ATF 125 II 356, c. 3b/bb ; ATF 115 Ib 68, c. 6 ; LUDWICZAK GLASSEY, N 490 ; OFJ, Directives, p. 17 ; BSK IRSG-SUMMERS, art. 2 N 5.

<sup>154</sup> TPF, RR.2015.318, du 1 juin 2016.

<sup>155</sup> TPF, RR.2015.318, du 1 juin 2016, c. 4.2 ; LUDWICZAK GLASSEY, N 490.

<sup>156</sup> TPF, RR.2015.318, du 1 juin 2016, c. 4.2/4.3 ; TPF, RR.2017.236, du 17 novembre 2017, c. 2.2.4.

<sup>157</sup> ATF 123 II 161, c. 6b ; ZIMMERMANN, Coopération, N 683.

<sup>158</sup> MOREILLON, art. 2 N 3 ; TPF, RR.2013.374, du 17 février 2014, c. 3.1 ; ATF 126 II 324, c. 4 ; ATF 125 II 356, c. 8a ; ATF 122 II 373, c. 2a.

<sup>159</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 490 ; ATF 125 II 356, c. 8a ; ATF 123 II 511, c. 5b ; ATF 123 II 161, c. 6b.

<sup>160</sup> BSK IRSG-SUMMERS, art. 2 N 14 ; MOREILLON, art. 2 N 3 ; LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 549 ; ATF 125 II 356, c. 8a ; ATF 130 II 217, c. 8.1.

<sup>161</sup> ZIMMERMANN, Coopération, N 683 ; LUDWICZAK GLASSEY, N 497 ; OFJ, Directives, p. 17.

s'engage préalablement à respecter les principes d'un procès équitable dans le déroulement de la procédure pénale pour laquelle la Suisse accorde l'entraide judiciaire<sup>162</sup>.

## **IV. La juste place ?**

Par le biais de l'analyse de la bonne foi ainsi que du respect des garanties procédurales en entraide pénale, il a été démontré qu'une place est octroyée au moyen de preuve dans ce domaine. Il nous semble intéressant, maintenant, de se questionner sur la justesse de cette dernière. Cette réflexion est légitime en raison d'une contradiction découlant du contenu de la demande d'entraide et d'une lacune émanant du droit applicable à la notion de preuve illicite.

### **A. Contenu de la demande**

#### **A. 1 Problématique**

Dans cette partie de notre travail, nous relèverons, en premier lieu, les différents éléments devant figurer dans la demande d'entraide que l'Etat requérant adresse à la Suisse. Puis, nous nous intéresserons à la place octroyée à la preuve dans le contenu de cette demande dans le but, finalement, de soulever l'existence d'une contradiction importante à ce sujet et d'apporter un regard critique par rapport à cette dernière.

A teneur de l'art. 28 al. 1 EIMP, la demande d'entraide étrangère doit être adressée par écrit<sup>163</sup>. Elle doit être rédigée en allemand, en français ou en italien ou être accompagnée d'une traduction dans l'une de ces langues au sens de l'art. 28 al. 5 EIMP<sup>164</sup>. L'art. 28 al. 2 let. a à d EIMP énonce les différents éléments devant se trouver dans une demande de coopération judiciaire internationale. L'Etat requérant doit indiquer l'organe dont émane sa demande et, le cas échéant, l'autorité pénale compétente (art. 28 al. 2 let. a EIMP)<sup>165</sup>. Il doit également mentionner l'objet et le motif de sa demande dans le but de démontrer le lien entre sa procédure étrangère et l'acte d'entraide sollicité (art. 28 al. 2 let. b EIMP)<sup>166</sup>. La qualification juridique des faits est un autre élément devant figurer dans la demande de l'Etat requérant (art. 28 al. 2 let. c EIMP)<sup>167</sup>. Ce dernier peut, cependant, simplement indiquer les dispositions pertinentes de son droit qui s'appliquent à sa procédure étrangère<sup>168</sup>. En outre, la demande de l'Etat requérant doit contenir des indications permettant de contribuer à l'identification complète et précise de

---

<sup>162</sup> OFJ, Directives, p. 17.

<sup>163</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 585 ; OFJ, Directives, p. 36 ; BSK IRSG-ENGLER, art. 28 N 3.

<sup>164</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 339 ; OFJ, Directives, p. 39 ; TPF, RR.2012.73, du 23 novembre 2012, c. 2.1 ; TF 1A.337/2005, du 20 février 2006, c. 5.1.

<sup>165</sup> BSK IRSG-ENGLER, art. 28 N 9 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 293 ; MOREILLON, art. 28 N 2.

<sup>166</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 340 ; BSK IRSG-ENGLER, art. 28 N 10 ; MOREILLON, art. 28 N 7 ; LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 585.

<sup>167</sup> OFJ, Directives, p. 37 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 293 ; LUDWICZAK GLASSEY, N 340.

<sup>168</sup> BSK IRSG-ENGLER, art. 28 N 12.

la personne poursuivie (art. 28 al. 2 let. d EIMP)<sup>169</sup>. Cela étant, cette obligation doit être relativisée étant donné que l'entraide judiciaire peut également être octroyée lorsque l'auteur de l'infraction est inconnu<sup>170</sup>. Pour finir, dépendant de l'acte d'entraide à accomplir, il est possible que d'autres informations doivent être fournies<sup>171</sup>. En effet, à teneur de l'art. 76 let. c EIMP, lorsque l'Etat requis doit réaliser, par exemple, une perquisition, une attestation établissant la licéité de la mesure dans l'Etat requérant doit être jointe à la demande<sup>172</sup>.

Afin de permettre aux autorités suisses de déterminer la nature juridique de l'infraction, un bref exposé des faits essentiels doit accompagner la demande d'entraide de l'Etat requérant au sens de l'art. 28 al. 3 let. a EIMP<sup>173</sup>. L'art. 10 al. 2 OEIMP précise que la description de faits doit indiquer à tout le moins le lieu, la date et le mode de commission des actes à l'origine des soupçons<sup>174</sup>. L'autorité suisse, en vertu du principe de la bonne foi régissant les relations entre Etats, n'a pas à se « prononcer sur la réalité des faits évoqués dans la demande » et elle ne peut s'en écarter « qu'en cas d'erreurs, de lacunes ou de contradictions évidentes et immédiatement établies »<sup>175</sup>. Etant donné que la coopération judiciaire a pour but, grâce aux documents fournis par l'Etat requis, d'éclaircir les points restés obscurs dans la procédure pénale étrangère, on ne peut exiger de l'Etat requérant un exposé exhaustif et sans aucune contradiction<sup>176</sup>. Néanmoins, les indications transmises doivent permettre à l'autorité suisse, entre autres, de vérifier que la double incrimination est respectée et de s'assurer qu'il ne s'agit pas d'une infraction politique, militaire ou fiscale frappant la demande d'entraide d'irrecevabilité au sens de l'art. 3 EIMP<sup>177</sup>.

Finalement, l'art. 28 al. 6 EIMP prévoit que l'autorité d'exécution ne refuse pas automatiquement sa coopération lorsque la demande est incomplète, imprécise ou qu'elle ne satisfait pas aux exigences de forme découlant de la loi<sup>178</sup>. En effet, face à cette situation, l'Etat requis peut exiger que la demande soit modifiée ou complétée<sup>179</sup>. Cependant, dès l'instant où l'Etat requérant décide de ne pas apporter à sa demande, dans le délai imparti, les modifications ou les compléments souhaités, l'autorité suisse est en droit de définitivement refuser sa coopération<sup>180</sup>.

---

<sup>169</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 585 ; MOREILLON, art. 28 N 2 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 293 ; BSK IRSG-ENGLER, art. 28 N 13.

<sup>170</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 340 ; OFJ, Directives, p. 37 ; TF 1A.285/2004, du 15 mars 2005, c. 2.5 ; TPF, RR.2017.53-54, du 2 octobre 2017, c. 6.2.2.

<sup>171</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 348.

<sup>172</sup> ZIMMERMANN, Coopération, N 298 ; LUDWICZAK GLASSEY, N 348.

<sup>173</sup> MOREILLON, art. 28 N 9 ; BSK IRSG-ENGLER, art. 28 N 14 ; LUDWICZAK GLASSEY, N 341.

<sup>174</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 586 ; LUDWICZAK GLASSEY, N 342.

<sup>175</sup> TPF, RR.2009.104, du 14 juillet 2010, c. 3.1 ; TPF, RR.2017.53-54, du 2 octobre 2017, c. 6.2.2 ; TPF, RR.2015.3, du 21 juillet 2016, c. 3.2 ; LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 586 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 299.

<sup>176</sup> ATF 117 Ib 64, c. 5c ; TPF, RR.2015.3, du 21 juillet 2016, c. 3.2 ; LUDWICZAK GLASSEY, N 343 ; MOREILLON, art. 28 N 9.

<sup>177</sup> BSK IRSG-ENGLER, art. 28 N 14 ; LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 586 ; LUDWICZAK GLASSEY, N 342 ; ATF 129 II 97, c. 3.1 ; ATF 124 II 184, c. 4b.

<sup>178</sup> TPF, RR.2009.195, du 7 janvier 2010, c. 4.2 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 302 ; LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 588 ; BSK IRSG-ENGLER, art. 28 N 25.

<sup>179</sup> ZIMMERMANN, Coopération, N 302 ; LUDWICZAK GLASSEY, N 349 ; MOREILLON, art. 28 N 26.

<sup>180</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 588.

La description des différents éléments devant figurer dans la demande d'entraide de l'Etat requérant permet de soulever une observation : aucune place n'est octroyée à la preuve dans le contenu d'une demande de coopération judiciaire internationale en matière pénale. D'après la doctrine et la jurisprudence, étant donné que l'autorité requise n'est pas compétente pour déterminer la culpabilité de la personne poursuivie, les preuves recueillies par l'autorité requérante dans sa procédure pénale n'ont pas besoin de figurer ni même d'être mentionnées dans sa demande d'entraide<sup>181</sup>. Par conséquent, dans le cadre de la procédure d'entraide, l'Etat requis n'est pas en droit de se prononcer sur la licéité des preuves récoltées par l'Etat requérant dans l'enquête menée à l'étranger<sup>182</sup>. Les griefs relatifs à la validité de ces dernières ne peuvent être soulevés que devant le juge du fond de l'autorité requérante<sup>183</sup>. Cependant, cela rentre en contradiction avec l'analyse faite par l'autorité requise concernant le principe de la bonne foi et le respect des garanties procédurales<sup>184</sup>. En effet, il convient pour l'Etat requis de refuser l'octroi de son assistance à une demande d'entraide qui serait contraire au principe de la bonne foi<sup>185</sup>. Tel est le cas, notamment, lorsque la demande de coopération se fonde sur des moyens de preuve obtenus en violation du droit de l'Etat requis<sup>186</sup>. Partant, pour arriver à cette conclusion, l'autorité suisse doit analyser l'origine de la preuve de l'autorité requérante et se prononcer sur la licéité de cette dernière. Concernant le respect des garanties procédurales, la Suisse peut refuser sa coopération s'il y a lieu d'admettre que la procédure pénale ouverte dans l'Etat requérant viole les principes fixés par la CEDH ou le Pacte ONU II<sup>187</sup>. Dans le but de respecter ces derniers, l'autorité requérante se doit, entre autres, d'assurer un procès équitable<sup>188</sup>. Pour apprécier l'équité de la procédure étrangère, le principe de l'égalité des armes revêt une importance particulière<sup>189</sup>. Cependant, l'appréciation de ce dernier se fait, notamment, par le biais d'une analyse de la licéité des preuves recueillies par l'Etat requérant<sup>190</sup>. Par conséquent, l'autorité requise devra statuer sur la validité de ces dernières ce qui va à l'encontre de ce que préconisent la jurisprudence et la doctrine en ce qui concerne le contenu de la demande d'entraide.

---

<sup>181</sup> TF 1C\_586/2017, du 30 octobre 2017, c. 1.3 ; TF 1A.10/2007, du 3 juillet 2007, c. 2.2 ; TF 1C\_425/2018, du 8 octobre 2018, c. 1.4 ; TPF, RR.2016.121, du 25 janvier 2017, c. 4 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 299 ; LUDWICZAK GLASSEY, N 347 ; Concernant le fait que la procédure dans l'Etat requis n'a pas pour objet de vérifier si la personne poursuivie est coupable des faits qui lui sont reprochés, voir notamment ATF 136 IV 4, c. 4.1 ; ATF 115 Ib 68, c. 3b ; ATF 107 Ib 264, c. 3a.

<sup>182</sup> TF 1C\_74/2017, du 9 février 2017, c. 1.3 ; TF 1C\_564/2017, du 30 octobre 2017, c. 1.3 ; TPF, RR.2016.43, du 9 novembre 2016, c. 2.3.2 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 299.

<sup>183</sup> TF 1C\_425/2018, du 8 octobre 2018, c. 1.4 ; TF 1A.10/2007, du 3 juillet 2007, c. 2.2 ; TPF, RR.2016.121, du 25 janvier 2017, c. 4 ; LUDWICZAK GLASSEY, N 347.

<sup>184</sup> Concernant l'analyse de l'autorité requise du principe de la bonne foi, voir *supra* III. A ; Concernant l'analyse de l'autorité requise du respect des garanties procédurales, voir *supra* III. B.

<sup>185</sup> TPF, RR.2019.29-30, du 5 juin 2019, c. 5.2 ; TPF, RR.2017.338, du 17 juillet 2018, c. 3.4.7 ; ATF 117 Ib 337, c. 2a ; ATF 109 Ib 64, c. 6b.

<sup>186</sup> ZIMMERMANN, Coopération, N 203.

<sup>187</sup> ATF 123 II 595, c. 5c ; ATF 130 II 217, c. 8.1 ; ATF 129 II 268, c. 6.1 ; MOREILLON, art. 2 N 2 ; DONATSCH, p. 284 ; BSK IRSG-SUMMERS, art. 2 N 1 ; SCHAFFNER, p. 137.

<sup>188</sup> DONATSCH, p. 284.

<sup>189</sup> ZIMMERMANN, Coopération, N 685.

<sup>190</sup> ZIMMERMANN, Coopération, N 685.

Cette contradiction entre, d'une part, la place de la preuve dans le contenu d'une demande d'entraide de l'Etat requérant et, d'autre part, l'analyse de la licéité du moyen de preuve par l'Etat requis, nous pousse à réfléchir à une solution plus adéquate.

## A. 2 Pistes de réflexion

A notre avis, en entraide pénale, l'autorité requise ne devrait pas être en mesure de coopérer lorsque l'état requérant fonde sa demande d'entraide sur la base d'une pièce qui a été obtenue illicitement. Cependant, pour arriver à cette conclusion, il nous paraît pertinent de procéder de la manière suivante. Premièrement, le juge du fond de l'autorité requérante ne doit pas être le seul à pouvoir se prononcer sur l'origine de la preuve fondant la demande d'entraide pénale. Cette compétence doit également être octroyée à l'autorité requise. Deuxièmement, l'Etat requis ne doit plus pouvoir se fier presque sans réserve à l'Etat requérant. Il ne peut plus attendre d'avoir un doute par rapport à la licéité de la preuve fondant la demande d'entraide de l'autorité requérante pour vérifier la validité de cette dernière. Pour pallier à cette problématique, une première solution serait de lier l'existence de ce doute à la théorie des trois cercles<sup>191</sup> développée en matière d'entraide. Lorsque l'Etat requérant se trouve dans le premier cercle, étant donné que c'est un Etat dit « à tradition démocratique »<sup>192</sup>, l'Etat requis n'a pas besoin de douter de la validité de la preuve fondant la demande de coopération et peut accorder l'entraide sans aucune restriction. A partir du moment où l'Etat requérant se trouve dans la deuxième catégorie, il existe un risque de violation des droits humains ou des principes fondamentaux<sup>193</sup>. Partant, l'Etat requis peut douter de l'origine licite de l'élément fondant la demande d'entraide. Cependant, pour apporter la preuve du contraire et obtenir l'entraide de la Suisse, l'Etat requérant est en droit de fournir des garanties diplomatiques et de démontrer qu'il a obtenu légalement ses preuves<sup>194</sup>. Pour finir, l'entraide ne pourra jamais être octroyée à un Etat qui se trouve dans le troisième cercle<sup>195</sup>. En effet, dans cette dernière catégorie, le risque de violation des droits de l'homme est élevé<sup>196</sup>. Par conséquent, le doute de l'Etat requis concernant la licéité des méthodes utilisées par l'autorité requérante pour administrer ses preuves ne pourra être éliminé par le biais de l'octroi de garanties. Une deuxième solution serait d'obliger l'Etat requis à systématiquement vérifier la validité de la pièce sur laquelle l'Etat requérant base sa demande. Troisièmement et dans le but de mettre en œuvre plus aisément cette seconde idée, l'Etat requérant doit apporter son aide. Il devra, au moment où il rassemble les différents éléments devant figurer dans sa demande de coopération, démontrer également la licéité des moyens de preuve qui lui ont permis de fonder sa demande. Cette approche permettra d'octroyer à la preuve une place plus importante en matière d'entraide pénale. En effet, sur la base de cette deuxième idée, un travail autour de cet élément devra être réalisé, par l'Etat requérant et l'Etat requis, dès

---

<sup>191</sup> Concernant la théorie des trois cercles, voir LUDWICZAK GLASSEY, N 492 ; TPF, RR.2010.56, du 23 février 2010, c. 6.3.2 ; TPF, RR.2017.204-206, du 7 novembre 2017, c. 4.4.1.

<sup>192</sup> TPF, RR.2017.204-206, du 7 novembre 2017, c. 4.4.1.

<sup>193</sup> TPF, RR.2008.180, du 2 octobre 2008, c. 2.3 ; TPF, RR.2017.204-206, du 7 novembre 2017, c. 4.4.1.

<sup>194</sup> TPF, RR.2010.56, du 23 février 2010, c. 6.3.2.

<sup>195</sup> ATF 134 IV 156, c. 6.7 ; TPF, RR.2010.56, du 23 février 2010, c. 6.3.2.

<sup>196</sup> ATF 134 IV 156, c. 6.7.

l'introduction d'une demande de coopération. Cela est légitime. La preuve est en effet l'élément sur la base duquel l'Etat requérant fonde sa demande. C'est aussi grâce à elle que l'autorité requérante sait que la Suisse peut être en possession d'éléments pertinents pour sa procédure pénale. Ainsi, elle mérite sa juste place. Cependant sur la base de quelle législation l'autorité requérante et l'autorité requise devront procéder à l'analyse de la validité du moyen de preuve fondant la demande d'entraide pénale ? Devons-nous seulement appliquer le droit suisse ou est-il plus pertinent de prendre en compte également le droit de l'Etat requérant ?

## **B. Droit applicable à la notion de preuve illicite**

### **B. 1 Problématique**

A teneur de l'art. 12 al. 1 EIMP, les actes, que la Suisse réalise lors d'une entraide passive en tant qu'Etat requis, relèvent du droit pénal et sont donc exécutés selon le code de procédure pénale suisse<sup>197</sup>. A notre connaissance, il n'existe aucune base légale et aucune jurisprudence prévoyant que c'est également au regard du CPP que s'analyse la question de la licéité des preuves étrangères. Cependant, les tribunaux semblent évaluer, sur la base de cette loi et sans prendre en compte ce que prévoit le droit de l'autorité requérante, les griefs relatifs à la validité des preuves recueillies par l'Etat requérant<sup>198</sup>.

Dès lors, il nous paraît pertinent de remettre en cause cette pratique. En effet, il est possible que le moyen utilisé par une autorité requérante pour obtenir une preuve soit, d'après son propre droit, licite mais, au regard du droit de l'Etat requis, illicite. Tel est le cas, par exemple, d'une preuve récoltée grâce à la déclaration d'un « témoin de la Couronne ». Cette méthode permet de « punir moins sévèrement, voire d'exempter de toute poursuite et de toute peine, l'auteur d'une infraction qui collabore en tant que témoin dans le cadre d'une procédure pour infraction pénale grave ou qui empêche la commission d'une telle infraction »<sup>199</sup>. En droit suisse, même si certaines jurisprudences prévoient que l'administration d'une preuve par le biais de cette méthode est licite<sup>200</sup>, cette institution est majoritairement rejetée<sup>201</sup>. En effet, il ne fait aucun doute que le recours aux « témoins de la Couronne » peut permettre de résoudre plus aisément et plus rapidement des formes de délits complexes et hautement organisés<sup>202</sup>. Néanmoins, différentes objections peuvent être formulées pour démontrer que son utilisation va à l'encontre

---

<sup>197</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 32 ; ZIMMERMANN, Rapports, N 3.

<sup>198</sup> TPF, RR.2012.82-83, du 26 février 2013 ; TPF, RR.2018.285-286, du 5 juin 2019 ; TPF, RR.2013.203, du 28 février 2014 ; TPF, RR.2012.23, du 2 août 2012.

<sup>199</sup> Message modification militaire, p. 707 ; OFJ, Rapport, p. 29 ; OFJ, Commission d'experts, p. 56 ; SENAT, p. 5 ; SEIDLER, p. 14.

<sup>200</sup> TPF, RR.2011.254, du 15 novembre 2011, c. 8 ; TF 6B\_360/2008, du 12 novembre 2008, c. 3.1 ; ATF 117 Ia 401, c. 1c.

<sup>201</sup> CR CPP-BÉNÉDICT, art. 140 N 18 ; Message modification militaire, p. 703 ; Message unification CPP, p. 1086 ; OFJ, Rapport, p. 30 ; SENAT, p. 6.

<sup>202</sup> MÜLLER, p 280 ; OFJ, Commission d'experts, p. 61 ; Message unification CPP, p. 1086 ; OFJ, Rapport, p. 29.

de notre conception du droit pénal<sup>203</sup>. Premièrement, dans la tradition juridique suisse, le prévenu a un rôle qui est incompatible avec celui d'un témoin<sup>204</sup>. En effet, le suspect ne peut être témoin dans sa propre cause<sup>205</sup>. Deuxièmement, le « témoin de la Couronne » n'est pas interrogé en tant que témoin assermenté mais en qualité de personnes entendues à titre de renseignements<sup>206</sup>. Partant, contrairement au témoin, une personne entendue à titre de renseignements ne se doit pas d'être sincère et ne peut pas être poursuivie pour faux témoignage en cas de déposition mensongère<sup>207</sup>. Par conséquent, il est raisonnable de douter de la crédibilité systématique des déclarations à charges obtenues grâce à un « témoin de la Couronne »<sup>208</sup>. Troisièmement, cette institution viole le principe de l'égalité devant la loi, consacré par l'art. 8 al. 1 Cst, ainsi que le principe de la légalité qui en découle, « dans la mesure ou certains prévenus se voient accorder des avantages procéduraux au détriment d'autres participants à l'infraction considérée »<sup>209</sup>. En droit américain, la déclaration d'un « témoin de la Couronne » est licite et a gagné une importance pratique considérable<sup>210</sup>. En effet, le cinquième amendement de la Constitution des États-Unis permet à tout citoyen américain de refuser de témoigner contre lui-même dans une affaire pénale<sup>211</sup>. Dans le but d'éviter que ce privilège constitutionnel ne soit constamment invoqué, un accord de renonciation aux poursuites peut être passé entre l'accusation et le suspect disposé à collaborer<sup>212</sup>. Néanmoins, trois conditions doivent préalablement être remplies pour que cette négociation soit valable<sup>213</sup>. Tout d'abord, il faut que tous les autres moyens utilisables pour obtenir la coopération souhaitée soient inefficaces. Ensuite, la coopération doit s'avérer être nécessaire pour préserver l'intérêt public. Pour finir, un fonctionnaire de contrôle officiel doit approuver l'accord passé entre l'accusation et le suspect. Dès l'instant où ces trois exigences sont respectées, l'administration d'une preuve par le biais d'un « témoin de la Couronne » est licite.

En raison de ces points de vue divergents, il est envisageable que l'Etat requis refuse de coopérer au motif que la demande d'entraide se fonde sur une preuve obtenue illicitement alors que l'Etat requérant est persuadé d'avoir agi de manière légale pour obtenir cette dernière. Par conséquent, est-il légitime de n'appliquer que le droit de l'Etat requis au moment d'analyser la validité de la preuve ?

---

<sup>203</sup> OFJ, Rapport, p. 29 ; Message unification CPP, p. 1086 ; Message modification militaire, p. 707.

<sup>204</sup> Message unification CPP, p. 1086 ; OFJ, Rapport, p. 29.

<sup>205</sup> OFJ, Rapport, p. 29 ; Message unification CPP, p. 1086.

<sup>206</sup> TPF, RR.2011.254, du 15 novembre 2011, c. 8. 2 ; TF 6B\_360/2008, du 12 novembre 2008, c. 3.1.

<sup>207</sup> TF 6B\_360/2008, du 12 novembre 2008, c. 3.1.

<sup>208</sup> OFJ, Rapport, p. 30 ; Message unification CPP, p. 1086 ; OFJ, Commission d'experts, p. 61.

<sup>209</sup> Message modification militaire, p. 707 ; Message unification CPP, p. 1086 ; OFJ, Commission d'experts, p. 61.

<sup>210</sup> OFJ, Commission d'experts, p. 57 ; SEIDLER, p. 14.

<sup>211</sup> SENAT, p. 52 ; SEIDLER, p. 14.

<sup>212</sup> SENAT, p. 52.

<sup>213</sup> Pour une explication plus détaillée de ces trois conditions, voir Manuel de justice des procureurs des États-Unis, Titre 9, Section 9-27.600 ; SENAT, p. 52.

## B. 2 Pistes de réflexion

Afin d'étudier cette question tout en prenant en compte la contradiction découlant du contenu de la demande, nous nous sommes intéressés au principe de la reconnaissance mutuelle<sup>214</sup>. Ce principe, existant au sein de l'Union Européenne, s'est imposé comme la « pierre angulaire »<sup>215</sup> de la coopération judiciaire<sup>216</sup>. Il permet de remédier aux obstacles émanant des différences existantes entre les systèmes légaux des Etats<sup>217</sup>. Pour ce faire, le principe de la reconnaissance mutuelle prévoit qu'à partir du moment où « une décision est prise par une autorité judiciaire qui est compétente en vertu du droit de l'Etat membre dont elle relève, en conformité avec le droit de cet Etat, cette décision doit avoir un effet plein et direct sur l'ensemble du territoire de l'Union »<sup>218</sup>. Partant, l'Etat membre qui reçoit ladite décision doit s'y fier et ne peut procéder à aucun contrôle<sup>219</sup>. Au premier abord, dans le but d'accorder une juste place à la preuve, il nous semblait pertinent d'appliquer ce système de la reconnaissance mutuelle à une relation entre la Suisse et un Etat requérant. Nous pensions que l'Etat requérant pouvait être tenu de demander à une autorité judiciaire compétente de rendre une décision démontrant qu'il fondait sa demande d'entraide sur une preuve obtenue conformément à sa législation. Cette décision devait ensuite faire partie des éléments devant figurer dans la demande d'entraide de l'Etat requérant et ne pouvait pas être contrôlée par l'Etat requis. Cependant, nous sommes d'avis qu'il existe en réalité des limites non-négligeables à cette manière de procéder. On ne peut nier le fait que la reconnaissance mutuelle permet de simplifier et d'accélérer la coopération judiciaire<sup>220</sup>. Néanmoins, le degré de confiance octroyé à l'Etat étranger est trop important. L'Etat requis doit également être en mesure de se prononcer sur la licéité de la méthode préconisée par l'autorité requérante pour obtenir la preuve fondant sa demande d'entraide. Cela est légitime. En effet, il est possible que deux Etats aient une perception différente de la validité d'un même moyen de preuve<sup>221</sup>. Partant, une prise en compte des deux législations est nécessaire. De plus, à teneur de la théorie des trois cercles, il existe aujourd'hui des Etats dans lesquels un risque de violation des droits humains ou des principes fondamentaux est avéré<sup>222</sup>. La confiance mutuelle entre les Etats ne peut donc être absolue. Par conséquent, une seconde vérification par l'Etat requis de la licéité du moyen de preuve fondant la demande d'entraide de l'Etat requérant est nécessaire.

En raison de ces limites du principe de la reconnaissance mutuelle, nous avons réfléchi à une seconde solution pour remédier à la contradiction découlant du contenu de la demande d'entraide et à la lacune émanant du droit applicable à la notion de preuve illicite. Partant, il

---

<sup>214</sup> Pour une explication plus détaillée de ce principe, voir KANOFF, p. 3 ss.

<sup>215</sup> Conseil de Tampere, par. 33.

<sup>216</sup> MITSILEGAS, p. 117 ; KANOFF, p. 4 ; DANIELE/CALVANESE, p. 358 ; KLIP, p. 400.

<sup>217</sup> KANOFF, p. 4.

<sup>218</sup> FLORE, p. 75.

<sup>219</sup> KLIP, p. 410 ; FLORE, p. 76.

<sup>220</sup> BALLEGOOIJ, p. 142 ; KANOFF, p. 5.

<sup>221</sup> Pour un exemple résultant du « témoin de la Couronne », voir *supra* IV. B. 1.

<sup>222</sup> Concernant la théorie des trois cercles, voir *supra* IV. A. 2.

nous est venu l'idée de créer un principe de double incrimination<sup>223</sup> adapté à la preuve. Premièrement, l'Etat requérant devra, dès le moment où il rassemble les différents éléments devant figurer dans sa demande de coopération, démontrer également la licéité des moyens de preuve qui lui ont permis de fonder sa demande. En raison d'un point de vue potentiellement divergeant des Etats quant à la validité du moyen préconisé pour obtenir une preuve, l'analyse de l'autorité requérante se fera sur la base de son propre droit. L'Etat requis procédera, ensuite, au même travail. Il devra vérifier, à teneur de sa législation, si l'administration de la preuve effectuée par l'Etat requérant est licite. Puis, en fonction de ces deux analyses, une décision quant à l'octroi de l'entraide pourra être prise. Lorsque la validité du moyen de preuve est donnée par les deux Etats, la coopération devra être accordée sans aucune restriction. A partir du moment où les avis s'opposent, il sied de ne pas systématiquement refuser la coopération de la Suisse. En effet, nous pensons qu'il est préférable de mettre en balance, d'une part, l'intérêt de l'Etat requérant à obtenir l'entraide et, d'autre part, l'intérêt des prévenus dans la procédure étrangère à éviter que la Suisse ne coopère. Dans cette pesée des intérêts, deux éléments doivent notamment être pris en considération. Premièrement, il convient d'être attentif à la mesure que l'Etat requis doit accomplir envers l'autorité requérante. Lorsque celle-ci n'implique pas une contrainte, nous pensons qu'il est pertinent de suivre ce qui est prévu en matière de double incrimination<sup>224</sup>. Partant, l'intérêt de l'Etat requérant devra primer et l'entraide pourra lui être accordée même si la preuve fondant sa demande a été obtenue illicitement en vertu du droit suisse. Deuxièmement, comme il a été démontré préalablement<sup>225</sup>, il existe différents moyens permettant d'obtenir illicitement une preuve. Par conséquent, lors de la pesée des intérêts, il nous semble important de prendre en compte la méthode illicite préconisée par l'Etat requérant. En effet, nous devons juger différemment un Etat requérant qui obtient une preuve illicitement grâce à la menace ou à la force, d'un autre qui est en possession d'une pièce non valable car il a simplement omis de respecter certaines règles de validité lors de l'administration de cette dernière.

## V. Conclusion

À teneur de notre écrit, il a été démontré qu'une réelle place est octroyée à la preuve en entraide pénale. En effet, l'Etat requis, sur la base du principe de la bonne foi et de l'exigence du respect des garanties procédurales, a la possibilité d'analyser la licéité de cet élément fondant la demande de coopération de l'Etat requérant. Cependant, en raison d'une contradiction découlant du contenu de la demande d'entraide et d'une lacune émanant du droit applicable à la notion de preuve illicite, un questionnement quant à la justesse de cette place est légitime. Partant, ne devrions-nous pas, en entraide pénale, travailler différemment autour de la preuve

---

<sup>223</sup> MOREILLON, Introduction générale N 588 : A teneur de la condition de double incrimination, l'entraide pénale ne peut être accordée à l'Etat requérant que lorsque le fait reproché à l'individu dans la procédure pénale étrangère est punissable tant dans la loi de l'Etat requérant que dans celle de l'Etat requis.

<sup>224</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 564 ; Message Europe, p. 488 : En entraide pénale, on peut renoncer à la condition de la double incrimination et accorder l'entraide quand bien même l'infraction poursuivie dans l'Etat requérant n'est pas punissable selon le droit suisse, lorsqu'il est demandé à l'Etat requis d'exécuter une mesure ne nécessitant pas l'usage de la contrainte.

<sup>225</sup> Concernant les différents moyens permettant d'obtenir illicitement une preuve, voir *supra* II. A.

fondant la demande de coopération de l'Etat requérant ? Nous aurions tendance à répondre positivement à cette question. Dès lors, il nous semble qu'un changement de considération est nécessaire. La preuve est en effet l'élément sur la base duquel l'Etat requérant fonde sa demande. C'est aussi grâce à elle que l'autorité requérante sait que l'Etat requis peut être en possession d'éléments pertinents pour sa procédure pénale. Ainsi, elle mérite une juste place.

Pourtant, notre réflexion ne peut selon nous se restreindre à l'entraide au sens strict. Elle devrait aussi s'élargir au domaine de l'extradition. Cette dernière consiste en une procédure internationale par laquelle un Etat requiert le retour d'un individu qu'il poursuit ou qu'il a condamné dans le but de le juger ou de lui faire purger sa peine<sup>226</sup>. Or, dans un arrêt du 30 juin 2017, le TPF devait se prononcer sur un recours ayant trait à une demande d'extradition espagnole qui se fondait sur le jugement d'une personne membre de l'ETA<sup>227</sup>. Cette dernière s'opposait à son extradition. Pour ce faire, elle invoquait, entre autres, une violation lors de la procédure étrangère de l'art. 3 CEDH<sup>228</sup>. Elle prétendait que sa condamnation reposait exclusivement sur des aveux qu'elle avait décidé de passer après avoir été torturée<sup>229</sup>. Cependant, au motif que ce grief avait été examiné par les instances espagnoles lors du jugement de la recourante et que l'Espagne fait partie des Etats à tradition démocratique, le TPF a décidé de ne pas se prononcer sur cette problématique<sup>230</sup>.

Cette décision nous interroge. En acceptant d'octroyer l'extradition à un Etat qui fonde sa demande sur une condamnation basée essentiellement sur des éléments obtenus par le biais de la torture, l'autorité suisse ne va-t-elle pas à l'encontre des principes et des valeurs prônés par son pays en matière de droits fondamentaux ?

---

<sup>226</sup> ONUDC, p. 19.

<sup>227</sup> TPF, RR.2017.97, du 30 juin 2017.

<sup>228</sup> TPF, RR.2017.97, du 30 juin 2017, c. 5.

<sup>229</sup> TPF, RR.2017.97, du 30 juin 2017, c. 6.1.

<sup>230</sup> TPF, RR.2017.97, du 30 juin 2017, c. 7.2.

## Références

Les sites internet ont été consultés pour la dernière fois le 9 décembre 2020.

### Doctrine

ALBERTINI Gianfranco/FEHR Bruno/VOSER Beat, *Enquêtes de police*, Genève/Zurich/Bâle 2009.

BALLEGOOIJ Wouter van, *The nature of mutual recognition in European law : Re-examining the notion from an individual rights perspective with a view to its further development in the criminal justice area*, Cambridge 2015.

BONZANIGO Francesca Elisa Maria, *Données bancaires volées : étude comparative en entraide pénale et en entraide administrative*, Genève 2020.

CHAPPUIS Benoît, *Les moyens de preuve collectés de façon illicite ou produits de façon irrégulière*, in WERRO Franz/PICHONNAZ Pascal (édit.), *Le procès en responsabilité civile*, Berne 2011, p. 107 ss.

CORBOZ Bernard, *Les infractions en droit suisse*, Volume I, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2010.

DANIELE Marcello/CALVANESE Ersilia, *Evidence gathering*, in KOSTORIOS Roberto E. (édit.), *Handbook of European criminal procedure*, Cham 2018, p. 353 ss.

DONATSCH Andreas, *Konventionsrecht in Verfahren der kleinen Rechtshilfe*, in RPS 1996, p. 277 ss.

DONATSCH Andreas *et al.* (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (art. 1-195 StPO)*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2020 (cité : *Kommentar-AUTEUR*).

FLORE Daniel, *Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité*, in DE KERCHOVE Gilles *et al.* (édit.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles 2001, p. 65 ss.

GLESS Sabine, *Beweisverbote und Fernwirkung*, in RPS 2010, p. 146 ss.

JEANNERET Yvan/KUHN André, *Précis de procédure pénale*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2018.

JEANNERET Yvan/KUHN André/PERRIER DEPEURSINGE Camille (édit.), *Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : *CR CPP-AUTEUR*).

KANOFF Sacha, *Décision d'enquête européenne et droit suisse de l'entraide – Une approche comparative*, Genève 2018.

KLIP André, *European criminal law : an integrative approach*, 3<sup>e</sup> éd., Cambridge 2016.

KOLB Robert, *Good faith in international law*, Oxford/Portland 2017 (cité : KOLB, Good faith).

KOLB Robert, *La bonne foi en droit international public, contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Genève 2000 (cité : KOLB, Bonne foi).

KOLB Robert, *Theory of international law*, Oxford/Portland 2016 (cité : KOLB, Theory).

LUDWICZAK GLASSEY Maria, *Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse*, Bâle 2018.

LUGENTZ Frédéric/RAYROUD Jacques/TURK Michel, *L'entraide pénale internationale en Suisse, en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg*, Bruxelles 2014.

MACALUSO Alain/MOREILLON Laurent/QUELOZ Nicolas (édit.), *Commentaire romand, Code pénal II*, Bâle 2017 (cité : CR CP II-AUTEUR).

MICHELI François-Roger/ROBERT Christian-Nils, *Documents volés et dénonciations fiscales*, *in Jusletter* du 19 novembre 2012.

MITSILEGAS Valsamis, *EU criminal law*, Oxford 2009.

MOREILLON Laurent (édit.), *Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale – EIMP/TEJUS/LTEJUS/TEXUS*, Bâle 2004.

MOREILLON Laurent/PAREIN-REYMOND Aude, *Petit commentaire, Code de procédure pénale*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2016.

MÜLLER Peter, *Effektivität und Effizienz in der Strafverfolgung – Ansätze, Chancen, Risiken*, *in RPS* 1998, p. 273 ss.

NAEF Francesco, *L'échange de renseignements fiscaux en cas de données volées à l'aune du droit international*, *in ASA* 2016/2017, p. 258 ss.

NIGGLI Marcel Alexander/HEIMGARTNER Stefan (édit.), *Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ*, Bâle 2015 (cité : BSK IRSG-AUTEUR).

NIGGLI Marcel Alexander/WIPRÄCHTIGER Hans (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : BSK StGB-AUTEUR).

NIGGLI Marcel Alexander/WIPRÄCHTIGER Hans/HEER Marianne (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2014 (cité : BSK StPO-AUTEUR).

OBERHOLZER Niklaus, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2020.

OBERSON Xavier, Précis de droit fiscal international, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2014.

OPEL Andrea, Wieder die Amtshilfe bei Datenklau : Gestohlene Daten sind gestohlene Daten, *in* Jusletter du 23 novembre 2015.

PAPADOPOULOS Lysandre, « Données volées » et assistance administrative internationale en matière fiscale : un rempart contre l'échange de renseignements ?, *in* ASA 2017/2018, p. 711 ss.

PERRIER DEPEURSINGE Camille, Code de procédure pénale suisse annoté, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2020.

PIQUEREZ Gérard/MACALUSO Alain, Procédure pénale suisse, 3<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2011.

PROST Kimberly, Pratique et nouvelles tendances de l'entraide judiciaire : l'avenir de la coopération internationale, Ottawa 1998.

SCHAFFNER Daniel, Das Individuum im internationalen Rechtshilferecht in Strafsachen, Bâle 2013.

SCHMID Niklaus/JOSITSCH Daniel, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Saint-Gall 2017 (cité : SCHMID/JOSITSCH, Handbuch).

SCHMID Niklaus/JOSITSCH Daniel, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Saint-Gall 2018 (cité : SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar).

SEIDLER Pierre, L'évaluation de l'efficacité du juge, *in* RJJ 2000, p. 1 ss.

ZIEGLER Andreas, Introduction au droit international public, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2020.

ZIMMERMANN Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5<sup>e</sup> éd., Berne 2019 (cité : ZIMMERMANN, Coopération).

ZIMMERMANN Robert, Les rapports entre l'entraide judiciaire internationale et la procédure pénale nationale, *in* SJ 2018 II, p. 1 ss (cité : ZIMMERMANN, Rapports).

## **Documents officiels**

### **Messages du Conseil fédéral**

Message à l'Assemblée fédérale concernant l'adoption d'une loi sur l'assistance administrative fiscale, juillet 2011, FF 2011 5771 (cité : Message LAAF).

Message à l'Assemblée fédérale relatif à l'approbation de six conventions du Conseil de l'Europe, mars 1966, FF 1966 465 (cité : Message Europe).

Message concernant la modification de la procédure pénale militaire (Protection des témoins), janvier 2003, FF 2003 693 (cité : Message modification militaire).

Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, décembre 2005, FF 2006 1057 (cité : Message unification CPP).

### **Autres documents officiels**

CONSEIL EUROPEEN DE TAMPERE, Conclusions de la Présidence, octobre 1999, disponible sur [https://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_fr.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm) (cité : Conseil de Tampere).

OFJ, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale – Directives, 9<sup>e</sup> éd., mai 2009, disponible sur <https://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/strafrecht/wegleitungen/wegleitung-straftsachenf.pdf> (cité : OFJ, Directives).

OFJ, Rapport de la Commission d'experts « Unification de la procédure pénale » - Concept d'un code de procédure pénale fédéral, décembre 1997, disponible sur <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/sicherheit/gesetzgebung/archiv/strafprozessrecht/a29m1-f.pdf.download.pdf/a29m1-f.pdf> (cité : OFJ, Commission d'experts).

OFJ, Rapport explicatif relatif à l'avant-projet d'un code de procédure pénale suisse, juin 2001, disponible sur <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/sicherheit/gesetzgebung/archiv/strafprozessrecht/vn-ber-1-f.pdf.download.pdf/vn-ber-1-f.pdf> (cité : OFJ, Rapport).

ONUUDC, Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition, octobre 2012, disponible sur [https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual\\_Legal\\_Assistance\\_Ebook\\_F.pdf](https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_F.pdf) (cité : ONUUDC).

SENAT, Les repentis face à la justice pénale, juin 2003, disponible sur <https://www.senat.fr/lc/lc124/lc124.pdf> (cité : SENAT).

### **Emission télévisée**

RADIO TÉLÉVISION SUISSE, Conférence de presse du Conseil fédéral, avril 2020, disponible sur <https://www.rts.ch/play/tv/rts-info/video/alain-beret-nous-souhaitons-agir-aussi-vite-que-possible-mais-aussi-lentement-que-necessaire?urn=urn:rts:video:11252684> (cité : RTS).