



Chapitre de livre

2017

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Dans la jungle de l'entraide internationale en matière pénale

Ludwiczak, Maria

How to cite

LUDWICZAK, Maria. Dans la jungle de l'entraide internationale en matière pénale. In: Dodécaphonie pénale : Liber discipulorum en l'honneur du Professeur Robert Roth. Sévane Garibian et Yvan Jeanneret (Ed.). Genève : Schulthess, 2017. p. 117–130.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:101316>

MARIA LUDWICZAK*

Dans la jungle de l'entraide internationale en matière pénale

Sommaire	Page
I. Une jungle sauvage	118
A. Une demande d'entraide « retour »	119
B. Une transmission (non) spontanée	120
II. Une jungle d'apparences	123
A. Une délégation de la poursuite	124
B. L'Etat requérant – partie dans la procédure pénale suisse	125
III. Un terrain de chasse	125
IV. En guise de conclusion : l'entraide dans la jungle	127
Bibliographie	129

* Docteure en droit, chargée d'enseignement aux Universités de Genève et de Neuchâtel, chargée de cours à l'Université de Genève.

« La Suisse est la plaque tournante de l'entraide. »

C'est par ces mots, prononcés par le Professeur Robert ROTH un mardi 23 novembre 2004¹, que s'est levé pour moi le rideau sur le droit de la coopération internationale en matière pénale.

D'après les récentes statistiques de l'Office fédéral de la justice (ci-après : « OFJ »), l'entraide représente quelque 7'600 cas en 2015 dont quelque 3'200 cas de demandes de coopération adressées à la Suisse par un Etat étranger (demandes dites entrantes, coopération passive). Ces chiffres sont évidemment à mettre en lien avec l'importance de la place bancaire suisse. La coopération est principalement régie par la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale². L'abondante jurisprudence y relative n'a de cesse de répéter que son but est de favoriser la procédure pénale conduite par les autorités étrangères. Toutefois, un constat s'impose : la procédure décrite par l'EIMP est complexe, les mécanismes de recours sont chronophages et les conditions quant au contenu des demandes adressées à la Suisse sont strictes. Malgré une très nette tendance au rejet des recours interjetés contre les décisions accordant l'entraide, il n'en demeure pas moins que le principal obstacle à une coopération rapide et efficace s'avère souvent être... l'EIMP elle-même.

Dans ces conditions, la tentation peut parfois être forte d'appliquer la loi de la jungle plutôt que celle de l'Assemblée fédérale. Cela est vrai pour tous les domaines de coopération³. Les pages qui suivent s'intéresseront en particulier à l'entraide (ou petite entraide, entraide accessoire, entraide *stricto sensu*), sous sa forme passive, à savoir lorsque la Suisse est l'Etat requis.

I. Une jungle sauvage

Loin de la tendance actuelle suivie par l'entraide administrative, l'entraide en matière pénale est caractérisée par des possibilités de recours qui peuvent paralyser pendant de longs mois⁴ la transmission de pièces et informations demandées par l'Etat étranger.

¹ Dans le cadre de l'enseignement de *Droit pénal international et entraide internationale en matière pénale*, dispensé à la Faculté de droit de l'Université de Genève par le Professeur Robert ROTH depuis 1995.

² Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP ; RS 351.1).

³ Voir notamment les travaux du Conseil de l'Europe en matière d'extradition déguisée (CDPC, *L'extradition déguisée*).

⁴ A titre illustratif, 240 des 350 plaintes (soit quelques 68 %) en matière d'entraide introduites en 2015 au Tribunal pénal fédéral ont nécessité entre 4 et 12 mois pour être traitées (*Rapport de gestion TF/TPF*, p. 48).

Face à une demande étrangère, l'on perçoit aisément les avantages de l'emprunt d'une voie « sauvage » (*wilde Rechtshilfe*), évitant ces obstacles : la présentation, en retour, d'une demande d'entraide sortante contenant les éléments initialement requis par l'Etat étranger (A) ou encore la transmission (non) spontanée de moyens de preuve et d'informations (B).

A. Une demande d'entraide « retour »

Les demandes d'entraide adressées par la Suisse à l'étranger échappent à tout contrôle juridictionnel aux termes de l'EIMP (art. 25 al. 2 EIMP). Aussi, la forme la plus évidente de l'entraide sauvage est celle consistant à adresser aux autorités étrangères requérantes une demande d'entraide, que j'appellerai demande « retour », contenant les éléments demandés et contournant ainsi les règles de l'EIMP.

Le cas de figure visé principalement est celui où l'autorité suisse requise ouvre une procédure pénale pour pouvoir adresser à l'Etat étranger la demande d'entraide « retour »⁵. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue, surtout s'agissant du chef de blanchiment d'argent, que des procédures pénales sont souvent ouvertes suite à la réception d'une demande d'entraide étrangère⁶. De plus, lorsque des procédures portant sur le même complexe de faits sont conduites dans les Etats requérant et requis, il est inévitable que les faits à l'appui de la demande d'entraide viennent compléter ceux déjà connus de l'autorité requise⁷. La jurisprudence ne qualifie pas un tel procédé d'entraide sauvage : l'interdiction de cette dernière ne doit pas avoir pour conséquence d'entraver les autorités pénales suisses dans la présentation de demandes d'entraide suffisamment étayées et motivées⁸.

En définitive, cette forme d'entraide sauvage vise essentiellement le cas où l'ouverture de la procédure pénale suisse « ne repose sur aucun élément concret »⁹ et n'est que le prétexte pour contourner les règles applicables à l'entraide entrante. Un recours est alors ouvert contre la demande d'entraide active, assimilée à une décision de clôture de l'entraide passive¹⁰. Quand bien même un cas d'entraide sauvage est constaté, les docu-

⁵ Arrêts du TPF, RR.2013.7-8 du 7 mai 2013, c. 4.1 ; RR.2015.241 du 18 mars 2016, c. 4.3 et 4.5.1 ; GSTÖHL, p. 356 ss. ; ARZT, § 3 ; ZIMMERMANN, *Coopération*, N 418 et note 1641.

⁶ ZIMMERMANN, *Coopération*, N 418 ; ANTENEN, pp. 46 et 48.

⁷ Arrêt du TPF, RR.2013.7-8 du 7 mai 2013, c. 2.2.

⁸ Voir *Ibid.*, c. 4.1.

⁹ ZIMMERMANN, *Coopération*, N 418 ; GSTÖHL, pp. 357-358.

¹⁰ Arrêt du TF, SJ 1997 193, c. 3b. Le recours au TF n'est toutefois pas ouvert si l'instance précédente a ordonné au magistrat en charge du dossier de s'assurer que les pièces seraient restituées après exécution de la demande d'entraide (arrêt du TF, 1A.107/2002 du 8 juillet 2002, c. 1.3 ; voir aussi HARARI, p. 107).

ments et informations transmis n'auront pas nécessairement à être restitués : cela dépendra de la question de savoir s'ils auraient pu être transmis suivant une procédure d'entraide entrante régulière¹¹.

Il y a lieu de signaler encore que, dans une récente affaire d'entraide sauvage – la demande d'entraide « retour » adressée au Brésil visait une audition portant sur différents mouvements bancaires et contenait une liste de questions et, en annexe, la documentation bancaire pertinente – le Tribunal pénal fédéral a enjoint au Ministère public de la Confédération de ne plus procéder de la sorte et se conformer, à l'avenir, aux règles de l'entraide¹².

B. Une transmission (non) spontanée

Parmi les formes de coopération prévues par l'EIMP figure la transmission spontanée d'informations et moyens de preuve (art. 67a EIMP)¹³. Ayant pour but de favoriser la poursuite à l'étranger et éviter que des éléments pénalement pertinents ne demeurent inexploités parce qu'inconnus de l'Etat qui pourrait/voudrait poursuivre, cette forme particulière de coopération consiste en un envoi, par l'autorité de poursuite suisse, d'informations ou de moyens de preuve sans que l'Etat destinataire ne les ait requis.

Afin de ne pas vider les règles de l'entraide de leur substance, l'EIMP prévoit que, s'agissant du domaine secret, seules des informations de nature à permettre la présentation d'une demande d'entraide, et non des moyens de preuve, peuvent être transmises. La transmission vise ainsi à anticiper une demande d'entraide¹⁴ : l'Etat étranger intéressé par l'obtention de moyens de preuve correspondants adressera à l'autorité suisse une telle demande, dont l'exécution sera soumise aux règles strictes de l'entraide passive.

Le point névralgique réside dans la distinction entre simple information et véritable moyen de preuve. A ce titre, il ne faut pas perdre de vue que ce n'est pas tant au regard du droit suisse que cette distinction doit être opérée, qu'en prévision du sort qui sera réservé à l'objet de la transmission spontanée dans l'Etat étranger : elle ne doit pas aboutir à fournir à cet Etat des éléments qui pourront servir directement à la mise en accusa-

¹¹ Arrêt du TF, SJ 1997 193, c. 3d/cc ; arrêt du TPF, RR.2015.241 du 18 mars 2016, c. 7.2-7.3, appliquant par analogie la solution retenue s'agissant de la transmission spontanée, voir *infra*.

¹² Arrêt du TPF, RR.2015.241 du 18 mars 2016, c. 8 et point 1 du dispositif.

¹³ L'entraide judiciaire spontanée de la Suisse vers l'étranger représente quelque 105 cas en 2015 (88 cas en 2014), selon les statistiques de l'OFJ (OFJ, *Rapport 2015*, p. 35).

¹⁴ Arrêt du TPF, RR.2009.190 du 26 août 2009, c. 2 ; OFJ, *Directives*, p. 7 ; DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, p. 57 ; HAFETER, p. 116 ; HARARI/CORMINBOEUF HARARI, p. 86. GLESS parle d'*invitatio ad offerendum* (N 263 et référence citée).

tion. Le cas échéant, il s'agirait d'une transmission sauvage, éludant l'entraide¹⁵. La casuistique montre que le magistrat suisse peut communiquer l'existence de comptes bancaires et les références de ceux-ci¹⁶, les montants saisis dans la procédure pénale suisse¹⁷, les références de sociétés *offshore* aux noms desquelles des comptes sont ouverts et dont le prévenu est l'ayant droit économique¹⁸ ou encore l'existence d'un contrat, le rôle du prévenu dans le schéma criminel et l'existence de comptes détenus par le prévenu et sa famille auprès de banques expressément nommées¹⁹.

En revanche, la documentation bancaire, sous forme de pièces originales ou de copies, comprenant « des documents et correspondances bancaires et autres pièces y relatives »²⁰, n'a pas à être fournie par le biais de la transmission spontanée en tant qu'il s'agit de moyens de preuve.

Longtemps laissée ouverte²¹, la question de savoir si un tableau synoptique pourvu du sceau officiel du Ministère public de la Confédération mentionnant des comptes découverts en Suisse, leurs références, leurs détenteurs, ayants droit économiques et fondés de procuration, les dates d'ouverture et de clôture, la monnaie et le solde disponible, doit être considéré comme un moyen de preuve a été tranchée positivement : vu son caractère officiel, un tel document peut servir directement à l'Etat étranger à des fins de preuve²². Toutefois, conscient des limites de cette distinction, le Tribunal fédéral précise que la qualification doit s'opérer « au cas par cas » et qu'elle est susceptible de varier d'un Etat à l'autre, l'autorité suisse devant en tout état de cause informer l'Etat étranger de la « finalité particulière des informations transmises »²³.

La transmission spontanée peut se présenter sous deux formes. Selon le vocabulaire consacré par le Tribunal fédéral²⁴ et repris par le Tribunal pénal fédéral²⁵, elle peut être anticipée ou complémentaire. Dans le premier cas, elle intervient en l'absence d'une

¹⁵ Voir ZIMMERMANN, *Coopération*, N 415 p. 418 ; GLUTZ, N 8 ; GSTÖHL, pp. 358-359. Le TF utilise parfois les termes « transmission spontanée déguisée » (arrêt du TF, 1A.338/2005 du 20 février 2006, c. 3.1). Dans l'ATF 139 IV 137 c. 4.6.1, le TF considère toutefois qu'en l'absence d'une demande d'entraide pendante, la transmission spontanée de moyens de preuve relevant du domaine secret ne doit pas être désignée par les termes « transmission sauvage ».

¹⁶ ATF 139 IV 137 c. 4.6.2 ; HARARI/CORMINBOEUF HARARI, p. 86.

¹⁷ ATF 125 II 356, Faits p. 359.

¹⁸ ATF 125 II 238 ; ATF 125 II 356, Faits p. 359 et c. 12c.

¹⁹ ATF 130 II 236 c. 6.2.

²⁰ ATF 139 IV 137 c. 4.6.2. Voir aussi SCHUPP, p. 194.

²¹ Question laissée ouverte par l'ATF 129 II 544 c. 3.4.

²² ATF 139 IV 137 c. 4.6.2 ; ZIMMERMANN, *Coopération*, N 415 p. 420.

²³ ATF 139 IV 137 c. 4.6.2.

²⁴ ATF 125 II 238 c. 4a ; ATF 125 II 356 c. 12b ; ATF 129 II 544 c. 3.2 ; ATF 139 IV 137 c. 4.4 ; GLUTZ, N 36. Critique sur ce point, ZIMMERMANN, *Coopération*, N 415 p. 421.

²⁵ Arrêts du TPF, RR.2010.252 du 27 janvier 2011, c. 4.1.2 ; RR.2014.103 du 9 octobre 2014, c. 2.1.

procédure d'entraide passive, dans le but de permettre à l'Etat étranger de formuler une demande.

Dans le second, la transmission perd quelque peu son caractère spontané – quand bien même le Tribunal fédéral estime qu'il s'agit là d'un jeu sur le sens des mots²⁶ – dans la mesure où elle intervient alors qu'une demande d'entraide a été formulée mais ne porte pas sur l'intégralité des pièces que l'autorité suisse pourrait (voudrait pouvoir ?) transmettre. La transmission (non) spontanée complémentaire sert à encourager l'autorité étrangère à compléter sa demande. A nouveau, si le magistrat étranger utilise directement les informations transmises (non) spontanément comme moyens de preuve, les règles de l'entraide s'en voient contournées.

Finalement, la transmission spontanée portant sur de simples informations peut, elle aussi, être sauvage. Tel est le cas lorsque la demande d'entraide porte par exemple sur l'identification et le blocage de comptes, sans viser expressément la documentation bancaire y relative. La fourniture des informations concernant les comptes bancaires par transmission spontanée contourne les règles de l'entraide²⁷.

Que faire face à une transmission sauvage (plus ou moins) spontanée ? En l'état, de jurisprudence constante, la transmission n'a pas à être communiquée aux personnes concernées²⁸ et ne peut, en elle-même, faire l'objet d'un recours²⁹. Si l'Etat étranger adresse une demande d'entraide à la Suisse ou complète sa demande préexistante, le recours contre la transmission spontanée pourra intervenir conjointement à celui dirigé contre la décision de clôture de l'entraide³⁰. Même si une transmission sauvage est constatée, l'issue du recours n'en sera pas automatiquement favorable³¹. La question sera analysée sous l'angle des règles de l'entraide : si les informations/moyens de preuve peuvent être fournis à l'Etat étranger suite à la décision de clôture, la transmission sauvage sera « guérie » et le recours rejeté³². Dans le cas contraire, l'autorité d'exécution

²⁶ ATF 125 II 238 c. 4b. Pour une critique de cette forme de transmission spontanée, voir ZIMMERMANN, *Paradigme*, p. 66 et la discussion de BEGLINGER, p. 918 ss.

²⁷ ATF 129 II 544 c. 3.3.

²⁸ ATF 125 II 238 c. 6d. Elle doit toutefois être consignée au dossier de la procédure pénale sous forme de procès-verbal (art. 67a al. 6 EIMP). Voir arrêts du TPF, RR.2009.190 du 26 août 2009, c. 2.3 ; RR.2010.252 du 27 janvier 2011, c. 4.2.2 ; RR.2014.190-193 du 12 mai 2015, c. 2.2.2-2.2.3.

²⁹ ATF 125 II 238 c. 5d ; arrêts du TPF, RR.2009.190 du 26 août 2009, c. 2.3.1. ; RR.2010.252 du 27 janvier 2011, c. 4.1.2 ; RR.2014.190-193 du 12 mai 2015, c. 2.2.2.

³⁰ Arrêts du TF, 1A.94/2001 du 25 juin 2001, c. 2b ; 1A.29/2002 du 17 mai 2002, c. 2.2 ; 1A.33/2003 du 20 mai 2003, c. 2.2 non publié à l'ATF 129 II 384.

³¹ Voir par exemple arrêt du TF, 1A.333/2005 du 20 février 2006, c. 4, où le TF constate que les informations transmises ont été utilisées comme moyens de preuve mais rejette le recours.

³² Pour un exemple de réparation, voir arrêt du TPF, RR.2010.252 du 27 janvier 2011, c. 4.2.3 *in fine*.

pourra être invitée à rendre une nouvelle décision de clôture portant sur ces informations/moyens de preuve qui sera, à son tour, sujette à recours³³.

Quant aux pièces en mains de l'autorité étrangère, leur restitution ou la garantie de ne pas les utiliser dans sa procédure pénale n'auront à être demandées que très exceptionnellement, à savoir uniquement s'il apparaît en définitive qu'elles n'auraient pas pu être transmises conformément aux règles de l'entraide³⁴, l'autorité étrangère ne devant pas « pâtir d'éventuelles informations transmises indûment ou prématurément par la Suisse »³⁵, selon les termes utilisés par le Tribunal fédéral.

Dans le cas où l'Etat étranger ne donne pas suite à la transmission et ne requiert pas l'entraide, « la personne touchée ne pourra faire valoir aucun intérêt juridique (...) justifiant l'intervention du juge suisse de l'entraide »³⁶. Il faut comprendre là que si les informations sont utilisées dans la procédure pénale étrangère comme moyens de preuve, la personne concernée n'a aucun moyen de saisir le juge suisse quand bien même il s'agirait d'un cas d'entraide sauvage dans son résultat.

En définitive, la préservation des règles de l'entraide en cas de transmission spontanée dépend dans une large mesure de l'Etat étranger et repose sur la confiance qui lui est accordée.

II. Une jungle d'apparences

Lorsqu'il présente une demande d'entraide, l'Etat étranger peut avoir accès aux pièces requises sans pour autant que la procédure d'entraide passive ne soit menée à son terme ni que l'autorité d'exécution procède par demande « retour » ou transmissions (non) spontanée. L'entraide dite déguisée peut prendre deux apparences : il peut s'agir d'entraide déguisée en délégation de la poursuite (A) ou en accès au dossier de la procédure pénale suisse par l'Etat étranger requérant l'entraide, auquel on a, au préalable, accordé la qualité de partie plaignante (B).

³³ Pour un exemple, voir ATF 129 II 544 c. 3.6.

³⁴ ATF 125 II 238 c. 6a ; ATF 129 II 544 c. 3.6 ; arrêts du TF, 1A.94/2001 du 25 juin 2001, c. 3c ; 1A.333/2005 du 20 février 2006, c. 4 ; arrêts du TPF, RR.2009.190 du 26 août 2009, c. 2.3.1 ; RR.2010.252 du 27 janvier 2011, c. 4.1.2 ; RR.2014.190-193 du 12 mai 2015, c. 2.2.2 ; RR.2015.241, 18 mars 2016, c. 7.2.

³⁵ Arrêt du TF, 1A.338/2005 du 20 février 2006, c. 3.2. Voir aussi arrêt du TF, 1A.94/2001 du 25 juin 2001, c. 3c ; arrêt du TPF, RR.2015.241 du 18 mars 2016, c. 7.2.

³⁶ ATF 125 II 238 c. 6b.

A. Une délégation de la poursuite

La délégation de la poursuite pénale à l'étranger est l'une des quatre formes de coopération prévues par l'EIMP (art. 88 ss EIMP). Elle consiste en un dessaisissement de la poursuite pénale au profit d'une autorité étrangère afin qu'elle instruisse et juge à la place des autorités suisses. La remise de l'intégralité du dossier pénal avec ses annexes, donc de toutes les pièces présentant un « rapport » avec la procédure déléguée³⁷, est un corollaire de la délégation. Dans le cas contraire, celle-ci ne serait, pour reprendre les termes du Tribunal fédéral, « d'aucune utilité »³⁸. La décision de délégation à l'étranger n'est sujette à recours que de façon très limitée : seule la personne poursuivie résidant habituellement en Suisse³⁹ dispose de la qualité pour recourir (art. 25 al. 2 EIMP).

L'on parle d'entraide déguisée⁴⁰ en délégation de la poursuite lorsque la délégation est la réponse à une demande d'entraide étrangère, permettant d'éviter les règles de l'entraide. Pour que l'entraide soit qualifiée de déguisée, trois conditions sont nécessaires : une demande d'entraide doit avoir été présentée par l'Etat auquel la demande de délégation est adressée⁴¹, la procédure pénale suisse doit avoir été ouverte postérieurement à la réception de ladite demande d'entraide et doit dépendre de celle-ci⁴². En tous les cas, relèvera de l'entraide déguisée une procédure pénale suisse ouverte dans le seul but d'être déléguée et répondant ainsi à la demande d'entraide étrangère.

Le remède prévu par la jurisprudence en cas d'entraide déguisée consiste en une exception à l'art. 25 al. 2 EIMP : une personne résidant habituellement à l'étranger peut recourir contre la demande de délégation si celle-ci s'accompagne de la transmission d'« objets ou valeurs sur lesquels un tiers pourrait faire valoir des droits, et dont la remise reviendrait à éviter les règles des art. 74 et 74a EIMP »⁴³. Ainsi, l'entraide déguisée en demande de délégation est traitée comme une décision de clôture de l'entraide passive.

³⁷ Arrêt du TF, 1A.117/2000 du 26 avril 2000, c. 2d, SJ 2000 I 501.

³⁸ Arrêt du TF, 1A.153/2002 du 10 septembre 2002, c. 2.4.

³⁹ Sur la notion de résidence habituelle, voir LUDWICZAK, *Domicile*, en particulier pp. 14-15.

⁴⁰ Arrêts du TF, 1A.117/2000 du 26 avril 2000, c. 1c ; 1A.153/2002 du 10 septembre 2002, c. 2.2 ; 1A.252/2006 du 6 février 2007, c. 2.5 ; arrêt du TPF, RR.2015.275-277 du 29 octobre 2015, c. 3.2 ; ZIMMERMANN, *Coopération*, N 749, ne semble pas faire de distinction entre entraide sauvage et déguisée.

⁴¹ Arrêt du TF, 1C_595/2015 du 19 novembre 2015, c. 1.1, SJ 2016 I 121.

⁴² Arrêt du TF, 1A.117/2000 du 26 avril 2000, c. 2e : la délégation d'une procédure ouverte postérieurement à la réception de la demande d'entraide mais indépendamment de celle-ci n'a pas été qualifiée d'entraide déguisée par le TF.

⁴³ Arrêt du TF, 1A.252/2006 du 6 février 2007, c. 2.5 ; v. également arrêt du TF, 1A.153/2002 du 10 septembre 2002, c. 2.2-2.4 ; arrêts du TPF, RR.2008.250-251 du 13 octobre 2008, p. 4 et RR.2015.275-277 du 29 octobre 2015, c. 3.2.

B. L'Etat requérant – partie dans la procédure pénale suisse

Suite aux événements du printemps arabe, le spectre d'une nouvelle forme d'entraide déguisée s'est accentué. Il s'agit du cas dans lequel l'Etat requérant l'entraide demande à être partie plaignante dans la procédure pénale menée par les autorités suisses pour des faits connexes à ceux sur lesquels il enquête⁴⁴. Le risque pour les règles de l'entraide découle du droit de toute partie plaignante de consulter le dossier de la procédure⁴⁵. Dans cette configuration particulière, une telle consultation aurait pour conséquence une transmission dite « prématurée »⁴⁶, pour autant que l'on parte du principe que l'entraide sera accordée, ou, en tous les cas, une transmission édulcorant les règles de l'entraide.

Il n'y a pas lieu d'entrer ici dans les détails de l'évolution jurisprudentielle sur ce sujet. En l'état actuel, le recours contre la décision accordant l'accès au dossier est traité sous l'angle de l'EIMP et non du CPP⁴⁷. Sur le fond, afin de ne pas paralyser complètement le déroulement de la procédure pénale suisse, l'Etat étranger doit, pour autant qu'il soit en mesure de le faire⁴⁸, garantir qu'il n'utilisera pas les informations qu'il aura obtenues et ne peut consulter le dossier qu'en adoptant une attitude passive. La solution n'est que peu satisfaisante, comme j'ai pu le soutenir ailleurs⁴⁹, mais elle a le mérite de préserver le processus de l'entraide.

III. Un terrain de chasse

C'est le propre de toute enquête pénale que d'avancer à tâtons, de chercher à élucider des faits inconnus de l'autorité. Or, comme l'a souligné le Professeur Robert ROTH, « [l]a lutte contre la montre et contre la prescription est le pain quotidien des autorités de poursuite et d'instruction »⁵⁰. Le temps joue donc en défaveur des autorités. Lorsqu'un élément d'extranéité apparaît dans l'enquête, un ralentissement supplémentaire de la procé-

⁴⁴ Voir p. ex. les affaires égyptienne (TPF 2012 155 ; décision du TPF, BB.2015.68 du 7 juillet 2016) et tunisienne (TPF 2012 48), mais également l'affaire *Abacha*, plus ancienne (arrêt du TF, 1A.157/2001 du 7 décembre 2001) ou encore l'affaire kenyane (décision du TPF, BB.2014.188-190 du 24 juin 2015).

⁴⁵ Art. 101 al. 1 CPP. Voir GSTÖHL, p. 358.

⁴⁶ ZIMMERMANN, *Coopération*, N 277. Le TPF utilise le terme « entraide sauvage » pour désigner une telle constellation (arrêt du TPF, RR.2015.241 du 18 mars 2016, c. 4.6).

⁴⁷ ATF 139 IV 294 c. 1 ; LUDWICZAK, *Croisée*, p. 312 ss. La Cour des plaintes du TPF est compétente lorsque la procédure pénale est menée par le MPC. Lorsqu'il s'agit d'une procédure cantonale, le recours doit être soumis à l'autorité cantonale de recours, ATF 139 IV 301 c. 2.

⁴⁸ Voir le cas de l'Egypte, TPF 2012 155 c. 1.6.4.

⁴⁹ LUDWICZAK, *Croisée*, p. 315 ss ; LUDWICZAK, *Remarques*, p. 111 ss.

⁵⁰ ROTH, p. 272.

dures est à craindre. Il faudra emprunter la voie de l'entraide internationale, demander le soutien de l'Etat étranger et compter sur sa bienveillance, sa célérité et son exhaustivité.

Moins elle dispose d'éléments, plus l'autorité requérante aura tendance à formuler des demandes larges visant à obtenir un maximum d'informations, afin non seulement de confirmer ce qu'elle sait déjà, mais également lui permettre de faire le « prochain pas » dans son enquête. L'amplitude de ce « prochain pas » dépendra de l'Etat requis, qui devra décider dans quelle mesure il accorde l'entraide. En droit suisse, il est indéniable, car régulièrement rappelé par la jurisprudence, que l'entraide vise à faire progresser l'enquête étrangère⁵¹. Toutefois, cette même jurisprudence rappelle qu'il ne s'agit pas de participer à une recherche indéterminée (ou indiscriminée) de moyens de preuve, une recherche à l'aveuglette, une pêche aux renseignements, une *fishing expedition*⁵², autant de termes pour désigner la chasse aux informations à laquelle peuvent se livrer les Etats lorsque leur enquête est confrontée à l'obstacle de la souveraineté étrangère.

A titre d'exemple, l'on peut citer le cas de la Tanzanie qui, après avoir appris des statistiques annuelles de la Banque nationale suisse (ci-après : « BNS ») pour 2012 que des fonds tanzaniens se montant à quelques CHF 221 millions étaient déposés sur des comptes suisses, a ouvert une procédure puis, l'enquête ne progressant pas, a souhaité obtenir l'aide de la Suisse. Toutefois, la Tanzanie ne disposait d'aucune information plus précise que les seuls chiffres de la BNS, en particulier aucun nom du détenteur, numéro d'un compte bancaire ou encore nom d'une banque où les fonds seraient déposés. La voie de l'entraide était, partant, exclue en tant qu'elle aurait équivalu à une *fishing expedition*. En mars 2015, la Suisse a signé un *Memorandum of Understanding* avec la Tanzanie, prévoyant un échange entre les autorités à propos des règles applicables à l'entraide⁵³. Cet accord informel n'a ainsi pas directement fait progresser l'enquête tanzanienne, mais a permis d'éviter que cet Etat ne présente des demandes d'entraide auxquelles il ne pourrait être donné suite.

Une autre illustration est apportée par la célèbre et délicate affaire *Yukos*. Face à une demande d'entraide qualifiée de confuse, lacunaire, où les faits, d'une grande complexi-

⁵¹ ATF 117 Ib 64 c. 5c et les arrêts cités.

⁵² ATF 125 II 65 c. 6b/aa et les références citées ; ATF 113 Ib 257 c. 5c ; arrêt du TPF, RR.2015.73 du 11 juin 2015, c. 4.1 *in fine* ; ENGLER, N 11 et 15. A propos des *fishing expeditions* en général, voir BERNASCONI/SCHÜRCH, p. 19 note 21 ; DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, p. 93 ss ; GLESS, N 378 ss.

⁵³ Voir à ce propos OFJ, *Rapport 2015*, p. 29 et communiqué de presse OFJ du 21 octobre 2016, « La Suisse et la Tanzanie veulent renforcer leur coopération ». A noter encore qu'un accord similaire a été conclu avec le Qatar en 2016 également, voir communiqué de presse OFJ du 16 juin 2016, « Entraide judiciaire internationale en matière pénale : le nombre de dossiers reste élevé ».

té, étaient exposés de manière abondante et « pêle-mêle »⁵⁴, le Tribunal fédéral a constaté un cas de *fishing expedition*⁵⁵. L'autorité requérante avait, à de multiples reprises, été invitée à compléter sa demande, sans pour autant parvenir à clarifier la situation, en particulier s'agissant des infractions reprochées aux prévenus. Non sans signaler le « contexte tout à fait particulier » dans lequel s'inscrit l'entraide en lien avec l'affaire *Yukos*, le Tribunal fédéral a ainsi conclu que l'autorité en charge de l'exécution de la demande n'était « pas (...) en mesure de contrôler l'utilité et la pertinence des renseignements requis »⁵⁶.

Quand bien même la Suisse est indéniablement une plaque tournante de l'entraide, elle n'a pas à devenir le terrain de chasse des autorités pénales étrangères qui ne disposent d'aucun élément concret permettant d'appuyer leur demande, ni de celles qui fournissent une pléthore d'éléments au point qu'il devient douteux de savoir si l'entraide peut être accordée conformément à l'EIMP. Ces cas restent toutefois rares et marginaux.

IV. En guise de conclusion : l'entraide dans la jungle

Les règles strictes de l'EIMP ne s'accordent que mal avec le but incessamment réaffirmé par les tribunaux de l'entraide. Ces règles sont vraisemblablement trop strictes et ne correspondent pas aux besoins des autorités de poursuite. La jurisprudence tente de les assouplir autant que possible, tout en s'en tenant aux limites posées par l'EIMP. A ce propos, les chiffres sont explicites : sur 141 arrêts rendus par la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral en 2015 en matière d'entraide, seuls 15 recours ont été admis en tout ou en partie. 89 ont été rejetés et 31 déclarés irrecevables⁵⁷. Quant au Tribunal fédéral, celui-ci déclare irrecevable la très grande majorité des recours qui lui sont adressés⁵⁸.

L'enjeu tant pour les autorités d'exécution des demandes étrangères que pour les autorités judiciaires semble ainsi consister à accorder l'entraide le plus largement possible malgré la jungle d'obstacles posés par le législateur.

⁵⁴ Arrêt du TF, 1A.215/2005 du 4 janvier 2006, c. 3.6 ss, en particulier c. 3.8 ; ZIMMERMANN, *Coopération*, N 300.

⁵⁵ Arrêt du TF, 1A.215/2005 du 4 janvier 2006, c. 3.9.

⁵⁶ *Ibid.*, c. 3.2, 3.6 et 3.8.

⁵⁷ OFJ, *Statistiques 2015*. Etant précisé que 6 recours ont été retirés.

⁵⁸ Sur 39 recours interjetés au TF en matière d'entraide pénale en 2015 (32 en 2014), 36 ont été déclarés irrecevables, 2 ont été admis et 1 rejeté (OFJ, *Statistiques 2015*), étant précisé que les recours adressés au TF se heurtent le plus souvent à l'exigence du « cas particulièrement important » posée par l'art. 84 LTF.

C'est à travers cette jungle que le Professeur Robert ROTH a été mon guide, me fournissant les outils pour en apprivoiser les méandres.

Bibliographie

- J. ANTENEN, *Problématique nouvelle relative à la poursuite pénale du blanchissage d'argent, à la confiscation et au sort des avoirs confisqués*, RPS 1996, p. 42 ss.
- G. ARZT, *Geldwäscherei : komplexe Fragen*, recht 1995, p. 131.
- F. BEGLINGER, *Rechtshilfeverfahren : Anwesenheit, spontane Übermittlung und Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen*, PJA 2007, p. 916 ss.
- P. BERNASCONI/S. SCHÜRCH, *Fishing expedition et demandes groupées. L'interdiction de la fishing expedition dans la coopération internationale en matière fiscale*, in : A. EIGENMANN/C. PONCET/B. ZIEGLER (édit.), *Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller*, Bâle 2016, p. 13 ss.
- COMITE EUROPEEN POUR LES PROBLEMES CRIMINELS (CDPC), *L'extradition déguisée, ou la restitution par d'autres moyens. Quelques idées pour lancer le débat*, 16 mai 2011, PC-OC (2011) 09rev (cité : CDPC, *L'extradition déguisée*).
- A. DONATSCH/S. HEIMGARTNER/F. MEYER/M. SIMONEK, *Internationales Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2015.
- M. ENGLER in : S. HEIMGARTNER/M. A. NIGGLI (édit.), *Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, ad art. 28 EIMP*, Bâle 2015.
- S. GLESS, *Internationales Strafrecht. Grundriss für Studium und Praxis*, 2^e éd., Bâle 2015.
- A. M. GLUTZ in : S. HEIMGARTNER/M. A. NIGGLI (édit.), *Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, ad art. 67a EIMP*, Bâle 2015.
- C. GSTÖHL, *Geheimnisschutz im Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, Berne 2008.
- A. HAFFTER, *Internationale Zusammenarbeit in Strafsachen im Spannungsfeld zwischen Denunziation und Verbrechensbekämpfung : Zur Problematik der spontanen Rechtshilfe (Art. 67a IRSG)*, PJA 1999, p. 116 ss.
- M. HARARI, *L'évolution récente en matière d'entraide pénale : des interrogations demeurent*, in : R. GANI (édit.), *Récents développements en matière d'entraide civile, pénale et administrative*, Lausanne 2004.
- M. HARARI/C. CORMINBOEUF HARARI, *Entraide internationale en matière pénale et transmission anticipée à l'Etat requérant*, in : A. EIGENMANN/C. PONCET/B. ZIEGLER (édit.), *Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller*, Bâle 2016, p. 77 ss.
- M. LUDWICZAK, *A la croisée des chemins du CPP et de l'EIMP – la problématique de l'accès au dossier*, RPS 2015, p. 295 ss (cité : LUDWICZAK, *Croisée*).
- M. LUDWICZAK, *Une compétence pénale fondée sur le critère du domicile : analyse de lege lata et réflexions de lege ferenda*, RDS 2/2017, p. 3 ss (cité : LUDWICZAK, *Domicile*).
- M. LUDWICZAK, *Quelques remarques à propos de la décision du Tribunal pénal fédéral TPF 2015 55*, forumpoenale 2017, p. 111 ss (cité : LUDWICZAK, *Remarques*).
- F. R. MICHEL, *L'entraide spontanée (art. 67a EIMP). Le contrôle de la transmission spontanée d'informations*, PJA 2002, p. 156 ss.
- OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, *L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives*, 9^e éd., 2009 (cité : OFJ, *Directives*).

- OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, *Rapport d'activité 2015. Entraide judiciaire internationale*, juin 2016 (cité : OFJ, *Rapport 2015*).
- OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, *Internationale Rechtshilfe – Statistik 2015*, disponible sur www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/rechtshilfe/rhf-statistik-d.pdf (cité : OFJ, *Statistiques 2015*).
- RAPPORT DE GESTION 2015 DES TRIBUNAUX FEDERAUX, disponible sur www.eidgenoessischegerichte.ch/fr/files/geschaeftsberichte/GB_2015_f.pdf (cité : *Rapport de gestion TF/TPF*).
- R. ROTH, *Le principe de l'opportunité de la poursuite*, RDS 1989, p. 169 ss.
- P.-D. SCHUPP, *La révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)*, RPS 1997, p. 180 ss.
- R. ZIMMERMANN, *Communication d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale : un paradigme perdu ?*, PJA 2007, p. 62 ss (cité : ZIMMERMANN, *Paradigme*).
- R. ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 4^e éd., Berne 2014 (cité : ZIMMERMANN, *Coopération*).