



Article scientifique

Article

2021

Published version

Open Access

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

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2020) =
Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2020)

Ludwiczak, Maria; Wahl, Thomas

How to cite

LUDWICZAK, Maria, WAHL, Thomas. Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2020) = Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2020). In: Swiss Review of International and European Law, 2021, vol. 31, n° 4, p. 641–684.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:154736>

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2020)

Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2020)

Maria Ludwiczak Glassey* & Thomas Wahl**

Table des matières

- I. Les instruments internationaux en matière pénale et leur transposition (par Maria Ludwiczak Glassey)
 - A. Protocole portant amendement de la Convention de Tokyo relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs
 - B. Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme
 - C. Douzième rapport sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe
- II. L'entraide judiciaire internationale en matière pénale de la Suisse (par Maria Ludwiczak Glassey)
 - A. Actualité législative
 - B. Actualité judiciaire
- III. Le droit pénal international de la Suisse (par Maria Ludwiczak Glassey)
 - A. Actualité législative
 - B. Actualité judiciaire
 - C. Divers
- IV. Die Schweiz und das Europäische Strafrecht (von Thomas Wahl)
 - A. Perspektiven des Europäischen Strafrechts in einzelnen Politikbereichen
 - B. Auslieferungsrecht: Die Schweiz und die Petruhhin-Rechtsprechung des EuGH
 - C. Ausblick

* Dr iur., chargée de cours à l'Université de Genève, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel, chargée de cours HES à la Haute école de gestion Arc, Neuchâtel. L'auteure remercie Madame Amal Ounali, stagiaire académique au Département de droit pénal (UNIGE), pour ses repérages d'actualités et sa relecture attentive.

** Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, Freiburg i.Br.

I. Les instruments internationaux en matière pénale et leur transposition (par Maria Ludwiczak Glassey)

A. Protocole portant amendement de la Convention de Tokyo relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs

En mai 2020, le Conseil fédéral a soumis aux Chambres l'Arrêté fédéral¹ portant approbation du Protocole conclu à Montréal (Protocole de Montréal) le 4 avril 2014 portant amendement de la Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs conclue à Tokyo le 14 septembre 1963 (Convention de Tokyo) accompagné du Message². Les Chambres ont adopté l'Arrêté en décembre 2020 à l'unanimité³. Le délai référendaire est échu en avril 2021 sans avoir été utilisé.

La mise en œuvre du Protocole de Montréal implique une modification de la Loi fédérale sur l'aviation (LA)⁴ consistant en l'insertion, à l'art. 97, d'un alinéa 1^{bis} ayant la teneur suivante: « [Le droit pénal suisse] s'applique également aux crimes et aux délits ainsi qu'aux contraventions visées à l'art. 91, al. 1, let. g, commis à bord d'un aéronef étranger en dehors de la Suisse lorsque l'aéronef atterrit en Suisse et que l'auteur est toujours à bord ». En d'autres termes, cette modification a pour conséquence que les autorités pénales suisses seront compétentes pour connaître de crimes, délits et certaines contraventions commis à bord d'un aéronef étranger en vol hors de l'espace aérien suisse, si l'aéronef atterrit en Suisse avec l'auteur à son bord.

La compétence de l'Etat d'atterrissage a été pensée pour permettre aux Etats parties à la Convention de Tokyo de ne pas laisser impunis des actes commis par des « *unruly passengers* »⁵ qui ne pourraient être appréhendés à la sortie de l'avion en raison de l'absence de compétence des autorités pénales. Elle aura cependant pour conséquence que le droit pénal suisse s'appliquera rétroactivement pour des faits s'étant produits avant ledit atterrissage, y compris en cas d'atterrissage fortuit et sans qu'il ne soit tenu compte d'un droit plus prévisible pour les passagers, que ce soit par l'application du principe de la double incrimination ou de celui de la *lex mitior*⁶.

1 Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre (modification de la loi sur l'aviation) du protocole portant amendement de la convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, FF 2020 4993.

2 Message concernant l'approbation et la mise en œuvre (modification de la loi sur l'aviation) du protocole portant amendement de la convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs du 27 mai 2020, FF 2020 4981.

3 Objet parlementaire 20.054.

4 RS 748.0.

5 BO CN 2020 1698 (Sommaruga).

6 En général sur cette nouvelle disposition et ses conséquences, voir MARIA LUDWICZAK GLASSEY, « Vol en vol et compétence en chute libre », dans: Y. Jeanneret & B. Sträuli (eds.), *Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal. Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani*, Genève/Zurich/Bâle 2021, p. 245 ss.

B. Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme

En septembre 2020, les Chambres ont adopté la Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme (MPT)⁷. L'Avant-projet et le Projet ont déjà été commentés dans une précédente Chronique⁸, et ne feront pas l'objet de développements ici. Devant le Conseil des Etats, lors de la session de printemps 2020, les sénateurs ont suivi le Conseil fédéral concernant la limitation du prolongement des assignations à résidence à deux fois trois mois au maximum, contre l'avis de la majorité de la Commission. De plus, la proposition de la majorité de la Commission de limiter les dérogations aux assignations à résidence aux seules raisons de santé n'a pas été suivie. La question de l'âge à partir duquel les nouvelles mesures policières préventives en matière de terrorisme s'appliqueraient a été débattue. Alors qu'une minorité de la Commission préconisait de le fixer à 18 ans, les sénateurs ont suivi le Conseil fédéral et la majorité de la Commission, en le fixant à 12 ans, respectivement 15 ans pour l'assignation à résidence ; le projet de loi a été adopté par une large majorité.

Le sujet a été traité devant le Conseil national à la session d'été 2020. La problématique liée aux libertés et aux droits de l'Homme était au cœur du débat, les députés discutant de la question de savoir jusqu'où il était souhaitable, voire nécessaire, d'aller en matière de prévention du terrorisme. Un point central était la proposition de la Commission de sécurité du Conseil national d'introduire une mesure de placement sécurisé pour les personnes potentiellement dangereuses. Les députés ne l'ont toutefois pas acceptée, décidant à une faible majorité (113 voix contre 78 et 2 abstentions) de suivre l'avis du Conseil fédéral et celui de la minorité de la Commission. L'âge à partir duquel les mesures policières pourront s'appliquer a également été débattu devant le Conseil national. La position du Conseil fédéral et du Conseil des Etats a finalement été suivie, à une faible majorité (111 voix contre 85 et aucune abstention).

Lors de la session d'automne 2020, le Conseil des Etats s'est rallié sans opposition au projet adopté par le Conseil national. Un référendum a été lancé et l'objet a été soumis au peuple lors de la votation du 13 juin 2021. Il a été accepté à la majorité du peuple et des cantons.

7 Loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme (MPT), FF 2020 7499.

8 URSULA CASSANI, SABINE GLESS, MARIA LUDWICZAK GLASSEY & THOMAS WAHL, « Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2018), Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2018) », 29 *Swiss Rev. Int'l & Eur. L.* (2019), 419–459, 426 s.

C. Douzième rapport sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe

En septembre 2020, le Conseil fédéral a présenté aux Chambres le Douzième rapport sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe⁹, portant sur la législature 2019 à 2023. Il s'agit du dernier rapport établi à la suite du postulat du 6 octobre 1976¹⁰ du conseiller national Reiniger. A l'avenir, le Conseil fédéral annonce qu'il « rendra compte de manière ponctuelle des développements importants » en la matière¹¹.

Le rapport énumère en particulier les conventions ratifiées et celles qui ont été signées par la Suisse durant la période en question, mais présente également les conventions auxquelles notre Etat n'est pas partie en expliquant brièvement les raisons.

Parmi ces dernières, nous signalons la Convention du 19 mai 2017 sur les infractions visant des biens culturels¹², dite Convention de Nicosie. Elle s'inscrit dans le cadre de l'action du Conseil de l'Europe pour lutter contre le terrorisme et la criminalité organisée et a pour but de prévenir et de combattre le trafic illicite et la destruction de biens culturels. Il s'agit du premier instrument international portant spécifiquement sur l'incrimination du trafic illicite de biens culturels. Plusieurs infractions sont définies, parmi lesquelles le vol, le recel, les fouilles illégales, ou encore l'importation et l'exportation illégales. Sont aussi érigées en infraction la falsification de documents et la destruction intentionnelle de biens culturels. Le Conseil fédéral indique que la Suisse est favorable à « tout instrument international qui renforce la protection du patrimoine culturel et la lutte contre le trafic illicite de biens culturels »¹³. Cependant, avant qu'une signature de la Convention de Nicosie soit envisagée, il prévoit d'examiner sa compatibilité avec la législation suisse et les conséquences de sa mise en œuvre.

Parmi les traités du Conseil de l'Europe auxquels la Suisse n'est pas partie, nous signalons encore le Premier Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire (CEEJ)¹⁴, dont il sera question *infra*¹⁵.

9 CONSEIL FÉDÉRAL, Douzième rapport sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe du 11 septembre 2020, FF 2020 7827.

10 Objet parlementaire 76.454.

11 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport, supra n. 9, 7827.

12 Convention du Conseil de l'Europe sur les infractions visant des biens culturels du 19 mai 2017, STCE 221.

13 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport, supra n. 9, 7845.

14 RS 0.351.1.

15 Infra Sect. II.3.

II. L'entraide judiciaire internationale en matière pénale de la Suisse (par Maria Ludwiczak Glassey)

A. Actualité législative

1. Mesures d'entraide dynamique et équipes communes d'enquête

Les modifications de la Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)¹⁶ proposées par le Conseil fédéral portant sur l'entraide dynamique et les équipes communes d'enquête et liées à la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel du 22 octobre 2015 ont été discutées par les Chambres fédérales en 2020. Le Projet a déjà été commenté dans une précédente Chronique¹⁷. Alors que les dispositions sur les équipes communes d'enquêtes (art. 80^{d^{ter}}–80^{d^{duodecies}} P-EIMP) n'ont pas suscité de discussions particulières¹⁸, celle portant sur l'entraide dynamique (art. 80^{bis} P-EIMP) a fait l'objet de longs débats lors des sessions de printemps, d'été et d'automne. Les Chambres ont trouvé un compromis consistant à limiter le champ de la transmission anticipée au terrorisme et la criminalité organisée. La modification de l'EIMP est ainsi bien moins ambitieuse que ne le proposait le Conseil fédéral¹⁹. Le délai référendaire est échu le 14 janvier 2021 sans avoir été utilisé.

2. Coopération avec des organismes internationaux

La Suisse pourra désormais coopérer sur la base de l'EIMP avec certains organismes internationaux, tels des tribunaux mis en place par les Nations Unies et qui ne sont pas visés par la Loi fédérale relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire²⁰ ou encore des « tribunaux internationaux ou d'autres institutions interétatiques ou supranationales exerçant des fonctions d'autorités pénales », pour autant que certaines conditions soient remplies, qui seront désignés par le Conseil fédéral²¹. La modification de l'art. 1 EIMP est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2021. Demeure la question de savoir quels organismes internationaux seront concrètement visés. Selon l'Office fédéral de la justice (OFJ), « un exemple serait la » commission Marty «, qui a enquêté

16 RS 351.1.

17 CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, supra n. 8, 429 s.

18 A propos de ces dispositions, voir PASCAL DE PREUX & DANIEL TRAJILOVIC, « L'équipe commune d'enquête : instrument de lutte contre la criminalité ou simple canal privilégié de transmission de moyens de preuves à l'étranger ? », 139 Revue Pénale Suisse (2021), 90–124.

19 Sur ce sujet, voir MARIA LUDWICZAK GLASSEY, « L'entraide pénale < dynamique > en bref. Le projet, les débats, le compromis », 30 Pratique Juridique Actuelle (2021), 71–75.

20 RS 351.20.

21 Voir CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, supra n. 8, 431.

sur le trafic d'organes et d'êtres humains au Kosovo »²². Le Parquet européen, organe de poursuite de l'Union européenne nouvellement en place, devrait, selon nous, également faire partie de ces organismes²³.

3. Divers

1. En l'absence de traité international liant les Etats requérant et requis, l'entraide est accordée en principe uniquement si la réciprocité est garantie. Le Conseil fédéral a délégué au Département fédéral de justice et police sa compétence de garantir la réciprocité aux Etats étrangers. Le nouvel art. 1a de l'Ordonnance sur l'entraide internationale en matière pénale (OEIMP)²⁴ est entré en vigueur le 1^{er} novembre 2020²⁵.

2. Le Parlement a accepté la plupart des propositions du Conseil fédéral en vue de mettre en œuvre les réformes relatives au Système d'information Schengen (SIS) fondé désormais sur trois règlements de l'Union européenne, dont le Règlement (UE) 2018/1862²⁶ qui concerne le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Ce Règlement vise à harmoniser les procédures nationales relatives à l'utilisation du SIS, en particulier concernant les infractions ayant un lien avec le terrorisme, et contient des possibilités de signalement nouvelles. Pour rappel, le SIS est un système électronique de recherches de personnes et d'objets commun aux Etats Schengen. Il contient des informations sur des personnes disparues, recherchées par les autorités pénales ou frappées d'une interdiction d'entrée ainsi que sur des objets volés, comme des automobiles ou des armes. En Suisse, entre 300 000 et 350 000 recherches sont effectuées chaque jour dans la base de données²⁷. Le délai référendaire est échu au 10 avril 2021 sans avoir été utilisé.

3. Dans son rapport annuel sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe²⁸, le Conseil fédéral a rappelé les raisons pour lesquelles la Suisse n'est pas partie au (premier) Protocole additionnel à la CEEJ. Ce Protocole étend l'entraide à la noti-

22 OFJ, Rapport d'activité 2020, Entraide judiciaire internationale, mai 2021, 24.

23 MARIA LUDWICZAK GLASSEY, « La coopération en matière pénale entre le Parquet européen et la Suisse comme État tiers », *eucrim* (2019), 205–209.

24 RS 351.11.

25 RO 2020 3669.

26 Règlement (UE) 2018/1862 du Parlement européen et du Conseil du 28 novembre 2018 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen (SIS) dans le domaine de la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale, modifiant et abrogeant la décision 2007/533/JAI du Conseil, et abrogeant le règlement (CE) n° 1986/2006 du Parlement européen et du Conseil et la décision 2010/261/UE de la Commission.

27 Message relatif à l'approbation et à la mise en œuvre des échanges de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise des bases légales concernant l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen (SIS) (développements de l'acquis de Schengen) et à la modification de la loi fédérale sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile du 6 mars 2020, FF 2020 3361, 3368.

28 OFJ, Rapport, supra n. 22, 7843 s.

fication des actes visant l'exécution d'une peine et à des mesures analogues, et complète l'échange de renseignements relatifs au casier judiciaire, mais il supprime aussi la possibilité prévue à l'art. 2 let. a CEEJ de refuser l'entraide pour des infractions fiscales. Les Chambres fédérales ont approuvé le Protocole en 1985 tout en émettant une réserve sur ce dernier point. Le Conseil fédéral a alors décidé de renoncer à ratifier cet instrument, la réserve le vidant pratiquement de sa substance. Lorsque la révision du droit pénal fiscal a été abandonnée par le Conseil fédéral en 2017²⁹, il a également été renoncé à l'extension de l'entraide aux infractions fiscales et, par voie de conséquence, à la ratification du Protocole additionnel.

4. Nous signalons encore que la Loi fédérale sur le transfert international de biens culturels (LTBC)³⁰ a été modifiée en ce sens qu'une lettre c^{bis} a été ajoutée à l'art. 24 al. 1. Ainsi, commet désormais une infraction celui qui, « lors de l'importation, du transit ou de l'exportation de biens culturels, omet de fournir des informations ou fournit de fausses informations au moment de la déclaration en douane ». Cette modification intervient après que le Tribunal fédéral (TF) a refusé à l'Italie, en 2019, la restitution aux fins de confiscation d'un tableau, attribué à Leonard de Vinci et exporté d'Italie par sa propriétaire légitime en violation des règles italiennes en la matière³¹. La demande avait été rejetée au motif que le comportement en question n'était pas une infraction en droit suisse, la condition de la double incrimination (art. 5 par. 1 let. a CEEJ et déclaration de la Suisse y relative ; art. 64 al. 1 EIMP) faisant ainsi défaut.

B. Actualité judiciaire

1. Quelques chiffres

5424 cas d'entraide (au sens large, demandes entrantes et sortantes confondues) ont été traités en 2020 par les autorités suisses. 83% étaient des cas d'entraide au sens strict (4505 cas), 9% des extraditions (489 cas), 7% des délégations de la poursuite (359 cas) et 1% des délégations de l'exécution de la décision pénale (71 cas), dont 52 transfèrements de personnes condamnées³². En matière d'entraide au sens strict, les chiffres sont stables par rapport à l'année 2019. Le nombre d'extraditions a quant à lui baissé (204 demandes d'extradition à l'étranger, pour 272 en 2019 ; 285 demandes

29 Voir CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, supra n. 8, 432.

30 RS 444.1.

31 A ce propos, voir URSULA CASSANI, SABINE GLESS, MARIA LUDWICZAK GLASSEY & THOMAS WAHL, « Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2019), Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2019) », 30 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (2020), 535–575, 554 ; MARIA LUDWICZAK GLASSEY, « Entraide internationale en matière d'exportation de biens culturels : l'obstacle de la double incrimination. Remarques à propos de l'ATF 145 IV 294 », *forumpoenale* (2020), 149–154.

32 Ces chiffres sont basés sur ceux fournis par l'OFJ, Rapport, supra n. 22, 29 s.

d'extradition à la Suisse, pour 321 en 2019), la tendance à la baisse se confirmant cette année encore, bien qu'elle soit accentuée par la crise sanitaire³³. Le nombre de transfère-
ments de personnes condamnées a lui aussi diminué (37 transfère-
ments depuis la Suisse, pour 55 en 2019; 15 transfère-
ments vers la Suisse, pour 24 en 2019). Par ail-
leurs, 7 cas de coopération avec la Cour pénale internationale sont à signaler en
2020. Finalement, la transmission spontanée d'informations et de moyens de preuve
(art. 67a EIMP) a été davantage utilisée par nos autorités (168 cas, pour 127 en 2019),
alors que les transmissions spontanées à la Suisse stagnent, elles, toujours à un niveau
très bas (3 cas en 2020, 3 en 2019).

2. Aspects transversaux

a) COVID-19, délais et formalisme excessif

Le TF a été appelé à se prononcer sur la tardiveté du paiement de l'avance de frais et
de l'envoi d'une procuration requise par le Tribunal pénal fédéral (TPF) dans un cas
de recours contre une décision de clôture de la procédure l'entraide³⁴. Le recourant
arguait du fait que ce retard, d'un jour seulement, était dû à la crise sanitaire liée au
COVID-19 et à l'état de nécessité ordonné à Genève qui ont généré une réduction du
temps de travail dans l'étude d'avocats qui le représentait. L'assistant de son avocat
avait vu son horaire réduit et la réorganisation des horaires de travail avait causé un
dysfonctionnement exceptionnel, qui justifiait qu'il soit, malgré tout, tenu compte
des actes en question. Le TF n'est pas entré en matière sur le recours, confirmant ainsi
la décision d'irrecevabilité rendue par la Cour des plaintes du TPF qui ne constituait
pas un cas de formalisme excessif³⁵.

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

Dans un arrêt portant sur un cas d'entraide au sens strict au Brésil, le TF a rappelé la
portée de l'art. 1a EIMP (intérêts essentiels de la Suisse pouvant constituer un obsta-
cle à l'octroi de la coopération) ainsi que le caractère politique de cette disposition,
mis en lumière notamment par le fait que la décision appartient au Département fédé-
ral de justice et police (art. 17 al. 1 EIMP) et peut être attaquée devant le Conseil
fédéral (art. 26 EIMP)³⁶.

Le TF rappelle que l'art. 1a EIMP doit être appliqué exceptionnellement et que
tel peut être le cas pour protéger l'économie suisse. En même temps, la Suisse ne doit
pas favoriser la criminalité économique. L'octroi de l'entraide qui se limite à fournir
des informations et pièces relatives à des relations bancaires déterminées ne porte pas

33 OFJ, Rapport, supra n. 22, 9.

34 TF 1C_673/2020 et 1C_717/2020 du 30 décembre 2020.

35 TF 1C_673/2020 et 1C_717/2020 du 30 décembre 2020, c. 3.1 et 4.3.

36 TF 1C_259/2020 du 19 juin 2020, c. 3.

atteinte au secret bancaire, la condition de l'art. 1a EIMP n'étant partant pas remplie. La limite nous semble toutefois délicate et son appréciation doit dépendre d'une analyse au cas par cas : il n'est pas exclu qu'une transmission massive de renseignements bancaires soit susceptible de porter atteinte au secret bancaire suisse.

3. Extradition

a) Respect de la vie familiale (art. 8 CEDH)

Dans un cas d'extradition au Portugal³⁷, le TPF a décidé que la remise de la personne violerait l'art. 8 CEDH sous l'angle du respect de la vie familiale. Nous rappelons que la jurisprudence est très restrictive à cet égard³⁸, mais dans le cas d'espèce le TPF a retenu en substance que la situation familiale de l'extradable devait être considérée comme tout à fait exceptionnelle. En effet, d'après le TPF, nonobstant sa précarité financière, ses limites éducatives et une certaine fragilité, l'extradable, mère de quatre enfants, était leur point de repère. Les juges ont considéré que l'extradition aurait pour conséquence « l'éclatement de la famille et [...] la destruction des liens familiaux », étant précisé que le maintien de relations par voie téléphonique ou épistolaire s'avérait particulièrement difficile, voire impossible, en particulier pour celui des enfants souffrant d'un lourd handicap³⁹.

b) Inaptitude à subir une incarcération, application réciproque d'une réserve étrangère

Dans un cas d'extradition demandée par la Russie, le TPF a fait une application réciproque de la réserve formulée par l'Etat requérant en lien avec l'art. 1 de la Convention européenne d'extradition (CEEextr)⁴⁰, et d'après laquelle la Russie se réserve le droit de refuser l'extradition « pour des considérations humanitaires, s'il y a des raisons de penser que l'extradition de la personne risque d'avoir pour elle des conséquences graves en raison de son grand âge ou de son état de santé ». Il a été constaté que l'extradable souffrait notamment d'un problème neuropsychiatrique complexe dû à la maladie de Parkinson et n'était pas apte à être transporté, jugé ni détenu. Le TPF a précisé que l'extradition aurait été refusée même en l'absence de la réserve russe, en application des droits fondamentaux. La décision d'extradition rendue par l'OFJ a été annulée et l'extradition refusée⁴¹.

37 TPF 2020 81.

38 TPF 2020 81, c. 2.2 et les références citées.

39 TPF 2020 81, c. 2.5 et 2.6.

40 RS 0.353.1.

41 TPF 2020 143. Le TF n'est pas entré en matière sur le recours (TF 1C_456/2020 du 26 novembre 2020).

c) Droits humains et garanties internationales

i. Teneur des garanties requises de la Russie

La pratique des garanties dans le cadre de la coopération avec les Etats dits du deuxième cercle, dans lesquels des violations des droits humains sont constatées mais peuvent être palliées moyennant des assurances obtenues préalablement⁴², rencontre depuis de nombreuses années des critiques de la part de la doctrine et des ONG. Le TF a constaté que la situation en Russie, notamment du fait de réformes législatives menées dernièrement, s'est dégradée, justifiant ainsi une entrée en matière sur le recours interjeté contre l'arrêt du TPF⁴³ confirmant l'extradition à cet Etat. Dans son arrêt⁴⁴, le TF rappelle les raisons d'être, les modalités d'octroi et la teneur des garanties internationales généralement demandées à la Russie, avant de constater que le TPF aurait dû vérifier si, concrètement, lesdites garanties sont toujours aptes à pallier le risque de violations conformément aux exigences posées par la CEDH et envisager des mesures permettant un suivi de leur mise en œuvre. La cause a fait l'objet d'un nouvel arrêt du TPF rendu en juin 2021, qui sera commenté dans la prochaine Chronique.

ii. Extradition aux Etats membres de l'Union européenne :
status quo maintenu

Dans un cas d'extradition à la France⁴⁵, le TPF a réaffirmé que des garanties internationales n'ont pas à être demandées à cet Etat. Tel est le cas malgré les conditions de détention déficientes et la surpopulation carcérale notoires que connaissent les établissements pénitentiaires français, en particulier celui vers lequel le recourant pensait être transféré en cas d'extradition. D'après le TPF en effet, « [a]ucun élément ne permet de considérer que l'Etat français ne prendra pas les mesures nécessaires afin de réabsorber le problème structurel de surpopulation carcérale auquel il est confronté. La volonté du gouvernement français de se conformer aux standards requis découle, par exemple, des diverses modifications légales ayant pour objectif de simplifier et renforcer l'efficacité des procédures pénales et de favoriser la construction d'établissements pénitentiaires »⁴⁶.

42 A propos de la pratique actuelle des garanties internationales, voir MARIA LUDWICZAK GLASSEY, « Extradition vers les Etats » à tradition démocratique «, *quo vadis?* Etat des lieux en droits suisse et de l'Union européenne », Jusletter 30 novembre 2020.

43 TPF RR.2019.325 + RR.2020.4 du 10 août 2020.

44 TF 1C_444/2020 du 23 décembre 2020.

45 TPF 2020 64.

46 TPF 2020 64, c. 4.4.

À la suite d'une demande d'extradition à la Pologne, le TPF a dû se prononcer sur la situation dans cet Etat, en particulier le respect de l'Etat de droit et l'indépendance du pouvoir judiciaire depuis les réformes menées par le parti au pouvoir. Après une analyse détaillée, le Tribunal est arrivé à la conclusion que rien n'indiquait que les juges ou les procureurs chargés de la procédure pénale à l'encontre de l'extradable seraient influencés politiquement ou intimidés, tout en rappelant que la Pologne est partie à la CEDH et, à ce titre, doit bénéficier de la confiance que la Suisse accorde traditionnellement à ses partenaires conventionnels⁴⁷. Aucune garantie n'a ainsi été requise de la Pologne. Nous rappelons ici que, entre les Etats membres de l'Union européenne, la confiance mutuelle, principe essentiel applicable au Mandat d'arrêt européen (MAE), a subi des évolutions importantes ces dernières années au gré des arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne s'agissant en particulier de remises vers la Roumanie, la Hongrie et la Pologne⁴⁸. L'exécution du MAE n'est plus automatique : un contrôle de la situation dans l'Etat d'émission est opéré par l'Etat d'exécution avant la remise et des assurances préalables peuvent être requises. La confiance accordée par la Suisse semble ainsi aller désormais au-delà de celle que s'accordent entre eux les Etats membres de l'Union européenne.

d) Convention d'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne et prescription

Dans un cas d'extradition au Portugal⁴⁹, les tribunaux ont eu à se pencher sur l'application en Suisse de la Convention de 1996 relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne⁵⁰, entrée en vigueur en novembre 2019, et faisant partie des développements de l'acquis de Schengen. La question était particulièrement pertinente dans ce cas, puisque la Convention supprime le motif de refus lié à la prescription d'après le droit de l'Etat requis, soit le droit suisse, motif qui aurait été un obstacle à l'extradition en l'espèce⁵¹. Le problème des effets en Suisse était dû au fait que la Convention avait été publiée au Journal officiel de l'Union européenne, mais pas au Recueil officiel du droit fédéral suisse, au moment où la demande portugaise d'extradition avait été présentée. Le TF est arrivé à la conclusion que la publica-

47 TPF RR.2020.23 + RR.2020.49 du 7 avril 2020, c. 9, en particulier c. 9.4.

48 CJUE, C-404/15 et C-659/15 PPU du 5 avril 2016 (affaire Pal Aranyosi et Robert Caldaru), EU:C:2016:198; CJUE, C-220/18 PPU du 25 juillet 2018 (affaire ML/Generalstaatsanwaltschaft), EU:C:2018:589; CJUE, C-216/18 PPU du 25 juillet 2018 (affaire LM), EU:C:2018:586. A ce propos, voir LUDWICZAK GLASSEY, supra n. 42, et les références citées.

49 TPF RR.2020.124 du 16 juin 2020 et TF 1C_379/2020 du 27 juillet 2020.

50 Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne, JO C 313 du 23.10.1996, p. 12.

51 En général, voir MARIA LUDWICZAK GLASSEY, « Extradition vers les Etats membres de l'Union européenne : nouvelle convention, astérisque et prescription. Remarques à propos de l'arrêt du TF 1C_379/2020 du 27 juillet 2020, destiné à la publication », *forumpenale* (2021), 137–141.

tion au RO aurait dû avoir lieu, mais que la Suisse est liée par ses obligations conventionnelles et ne peut opposer son droit interne au Portugal pour rejeter la demande.

Nous signalons encore que cette Convention abaisse le seuil de la peine menace minimale selon le droit de l'Etat requis à une peine privative de liberté de six mois (art. 2 par. 1). Le seuil « classique » d'un an de peine privative de liberté (art. 2 par. 1 CEEextr; art. 35 al. 1 let. a EIMP) est en revanche maintenu pour ce qui est du droit de l'Etat requérant. Cet abaissement n'a toutefois pas de réel impact pratique en cas de demande d'extradition adressée à la Suisse, les infractions pour lesquelles une peine menace de six mois est prévue étant très rares dans notre droit.

e) Organisation criminelle et objection de délit politique

Dans un cas d'extradition à l'Allemagne⁵², le TF a rappelé que la notion d'organisation criminelle au sens de l'art. 260^{ter} CP comprend aussi les groupements terroristes et jugé que les Forces de défense du peuple (HPG), branche armée du PKK, doivent *prima facie* être qualifiées d'organisation criminelle. Afin de distinguer le terrorisme du combat de résistance légitime, il sied de prendre en compte l'activité concrète de l'organisation concernée au moment des faits poursuivis. Un critère essentiel est la place de l'usage de la violence dans l'action du groupement et, cas échéant, la mesure dans laquelle les civils ou les installations civiles sont visés. L'objection de délit politique (art. 55 al. 2 EIMP) a été rejetée, le TF précisant qu'est pertinente à cet égard la même distinction entre terrorisme et résistance légitime que celle qui vaut pour la punissabilité selon l'art. 260^{ter} CP.

4. Entraide au sens strict

a) Distinction entre entraide judiciaire et coopération policière

Dans un cas d'entraide avec l'Allemagne⁵³, le TPF s'est penché sur la distinction entre coopérations judiciaire et policière. En substance, à la différence de la première, la seconde est une forme de coopération administrative et repose sur l'art. 75a EIMP. Elle est possible lorsqu'aucune mesure de contrainte n'est nécessaire pour exécuter la demande. En d'autres termes, « seules les informations et les mesures qu'un policier peut obtenir ou accomplir de manière autonome et dans le cadre des compétences propres à sa fonction, à savoir sans qu'une mesure coercitive – non encore réalisée – ne soit requise, peuvent être transmises ou effectuées à l'attention d'un autre corps de police suisse ou étranger par le biais de la coopération policière »⁵⁴. Par ailleurs, elle se caractérise par l'absence de voie de recours contre la transmission à l'étranger.

52 ATF 146 IV 338.

53 TPF 2020 39.

54 TPF 2020 39, c. 2.1.1.

En l'espèce, le recours visait le transfert en Allemagne de matériel informatique saisi lors d'une perquisition en Suisse dans le but de permettre aux autorités suisses d'accéder aux données stockées sur ledit matériel alors que le recourant refusait d'en dévoiler le code d'accès. Le TPF a décidé qu'il s'agissait de coopération policière, l'autorité allemande n'étant pas appelée à perquisitionner ou trier les informations, mais uniquement à fournir une assistance technique, consistant à briser le code d'accès. Les données n'étaient donc à proprement parler pas transmises à l'Etat étranger, la demande relevant ainsi de l'entraide active et non passive.

La distinction entre coopérations judiciaire et policière peut s'avérer ténue, mais elle nous paraît fondamentale puisque, comme en l'espèce, elle représente le critère permettant d'ouvrir ou non la voie de recours contre la transmission à l'étranger. Le TPF s'est prononcé en faveur d'une coopération internationale efficace. Il nous semble toutefois que la solution opposée était également soutenable. En effet, en transmettant le support à l'Allemagne, ont *de facto* été transmises également les données s'y trouvant, cet Etat pouvant au demeurant y accéder librement une fois le code d'accès brisé.

b) Qualité pour recourir

i. Contre la transmission de documentation bancaire, en cas de décès du titulaire du compte

De jurisprudence constante⁵⁵, la qualité pour recourir contre la transmission de la documentation bancaire revient en principe exclusivement au titulaire du compte. Lorsque le titulaire est décédé, ce droit passe à l'ensemble des héritiers. Le TPF a précisé que, dans le cas où le titulaire décède pendant la procédure de recours, l'autorité doit interpellier l'ensemble des héritiers afin qu'ils puissent se constituer parties à la procédure⁵⁶.

ii. Contre la transmission de procès-verbaux provenant d'une procédure pénale nationale suisse

Dans un cas d'entraide avec les Pays-Bas⁵⁷, le TPF a rappelé sa jurisprudence en matière de recours contre la transmission de procès-verbaux d'auditions faites dans le cadre d'une procédure pénale nationale suisse, y compris sous l'angle de la transmission spontanée (art. 67a EIMP) et celui de la coopération policière (art. 75a EIMP), où une décision de clôture n'est pas nécessaire, et partant, la possibilité de recourir n'est pas donnée. Il en ressort en substance que la personne entendue dans une procédure pénale interne est personnellement concernée et bénéficie de la qualité pour re-

⁵⁵ Voir notamment ATF 137 IV 134; ATF 130 II 162.

⁵⁶ TPF 2020 20.

⁵⁷ TPF 2020 180.

courir s'il existe un lien étroit entre les faits relevant de la procédure pénale suisse et ceux de la procédure d'entraide. L'ordre chronologique exact dans lequel se sont déroulés les actes de procédure, en particulier le fait de savoir si la demande d'entraide est intervenue avant ou après l'audition, n'est pas déterminant⁵⁸.

iii. Contre la remise aux fins de confiscation, en cas de perquisition dans les ports francs

Afin de déterminer la qualité pour recourir au sens de l'art. 9a OEIMP en cas de saisie intervenue dans le cadre d'une perquisition dans les dépôts francs, la forme concrète de la relation contractuelle (contrat de stockage, contrat de location, etc.) est pertinente pour statuer sur le fait de savoir qui est personnellement et directement concerné (art. 80b let. b EIMP) par la mesure d'entraide⁵⁹. Au demeurant, lorsque la décision porte sur une remise des objets saisis à l'Etat requérant aux fins de confiscation, les tiers visés à l'art. 74a al. 4 EIMP ont également la qualité pour recourir afin de faire valoir leurs droits de rétention en Suisse⁶⁰.

iv. Qualité de partie à la procédure et accès au dossier, en cas de saisie de pièces électroniques dans le cadre d'une perquisition

En cas de saisie, dans le cadre d'une perquisition, de données stockées sous format électronique, seul le dépositaire des pièces, et non celui qui dispose d'un accès à distance même exclusif aux dites pièces dispose de la qualité de partie à la procédure d'entraide, et partant, bénéficie du droit d'accès au dossier de la procédure. Le TPF⁶¹, suivi par le TF⁶², a ainsi appliqué par analogie la jurisprudence constante applicable s'agissant de documents physiques saisis dans le cadre d'une perquisition et a estimé que le pouvoir de disposition effectif sur le support contenant les données est déterminant.

c) Condition de la double incrimination

i. Blanchiment d'argent

Dans un cas d'entraide avec l'Italie⁶³, le TF a confirmé la jurisprudence applicable à la condition de la double incrimination lorsque les faits sont constitutifs de blanchiment d'argent. En particulier, l'autorité requérante n'a pas à indiquer en quoi consisterait l'infraction préalable: il suffit que la demande s'appuie sur des « soupçons ob-

58 TPF 2020 180, c. 2.4.5.

59 Voir aussi TPF 2014 113, c. 3.2.3.

60 TPF RR.2020.110 du 18 novembre 2020, c. 3.3.2.

61 TPF 2020 129.

62 TF 1C_423/2020 du 5 août 2020.

63 TF 1C_354/2020 du 21 juillet 2020.

jectifs et relevant de l'ensemble des circonstances »⁶⁴. L'examen doit avoir lieu *prima facie*. Des critères comme le mode opératoire utilisé, l'existence de transactions sans justification apparente, l'ampleur des montants ou encore l'utilisation de différentes sociétés disséminées dans le monde sont pertinents⁶⁵.

ii. Discrimination raciale

À la suite d'une demande d'entraide de l'Allemagne⁶⁶, le TPF s'est prononcé sur la condition de la double incrimination en lien avec des faits pouvant tomber dans le champ de l'art. 261^{bis} CP (discrimination et incitation à la haine). La procédure allemande portait sur l'envoi, depuis la Suisse vers l'Allemagne, d'un colis contenant un CD avec un enregistrement glorifiant le massacre perpétré dans le camp de concentration nazi d'Auschwitz. Selon le recourant, l'envoi avait lieu entre deux collectionneurs, aussi la condition de la publicité, élément constitutif objectif de l'infraction prévue à l'art. 261^{bis} CP, faisait défaut. Le TPF a retenu, d'une part, que les autorités allemandes considéraient que l'auteur voulait que les propos soient diffusés en public et que la demande d'entraide avait précisément pour but de clarifier ce point. Les arguments du recourant à ce propos n'étaient pas recevables dans le cadre de la procédure d'entraide mais devaient être présentés dans la procédure au fond ouverte dans l'Etat requérant. D'autre part, la tentative inachevée d'infraction à l'art. 261^{bis} CP remplissait la condition de la double incrimination au sens de l'art. 64 EIMP.

d) Procédure simplifiée, consentement à la remise de pièces

Le consentement à l'exécution simplifiée de la demande d'entraide est irrévocable (art. 80c al. 1 EIMP). Selon la jurisprudence, cela répond à un objectif de sécurité juridique et vise à éviter que la procédure simplifiée choisie ou la transmission de documents à l'Etat requérant ne soient remises en cause ultérieurement. La remise peut toutefois exceptionnellement être contestée si le recourant fait valoir que son consentement n'était pas valable, notamment en raison d'une erreur⁶⁷. Dans le cas soumis au TPF, le recourant était représenté par un avocat et avait signé un document par lequel il acceptait la procédure simplifiée et dans lequel les conséquences de celle-ci étaient expliquées. Devant le TPF, il arguait du fait qu'en rendant une décision de clôture avec indication des moyens de droit, l'autorité d'exécution avait fait naître des attentes et fait croire que le consentement n'était pas valable, ouvrant ainsi la voie du recours contre la transmission à l'étranger. Le TPF n'a pas suivi ce raisonnement, en expliquant que le principe de la bonne foi ne saurait être retenu,

64 TF 1C_354/2020 du 21 juillet 2020, c. 1.2. Voir aussi ATF 130 II 329, c. 5.1; ATF 129 II 97, c. 3.2 et 3.3.

65 ATF 142 IV 250, c. 5.2.

66 TPF 2020 30.

67 TF 1C_95/2011 du 6 avril 2011, c. 3; TF 1A.151/2006 du 10 août 2006, c. 2.5.2; TF 1A.64/2005 du 26 mai 2005, c. 2.3.1.

l'autorité d'exécution ayant simplement omis de tenir compte du consentement du recourant⁶⁸.

III. Le droit pénal international de la Suisse (par Maria Ludwiczak Glassey)

A. Actualité législative

En novembre 2020, le Conseil fédéral a présenté aux Chambres un rapport faisant suite au postulat Rickli⁶⁹ portant sur la situation des mutilations génitales féminines en Suisse⁷⁰. Il en ressort qu'en 2018, il y avait en Suisse 22'400 femmes et filles touchées ou exposées, dont la majorité venaient d'Érythrée, de Somalie, d'Éthiopie, d'Égypte, d'Indonésie, de Côte d'Ivoire, de Guinée et du Soudan. Le rapport présente la situation en Suisse et dans les Etats européens, notamment s'agissant du nombre de dénonciations et de condamnations et expose qu'il n'est pas établi avec certitude si des mutilations génitales féminines sont pratiquées en Suisse ni si des femmes et des filles sont emmenées hors de Suisse pour les subir dans un autre Etat. Le Conseil fédéral considère que le droit pénal « ne peut pas à lui seul provoquer de changement de mentalité ou ébranler des convictions et des systèmes de valeur profondément ancrés » et prône « une démarche intégrée et multidisciplinaire reposant sur plusieurs piliers »⁷¹, en particulier la prévention et une prise en charge médicale appropriée des filles et des femmes concernées, en plaçant le bien de l'enfant et de la victime au cœur des réflexions.

Pour rappel, la forme particulière de lésion corporelle simple et/ou grave qu'est la mutilation génitale féminine fait l'objet d'une disposition pénale spécifique depuis le 1^{er} juillet 2012 (art. 124 CP), prévoyant une compétence universelle des autorités pénales suisses (al. 2). Le TF s'est prononcé sur une affaire de mutilation génitale féminine commise à l'étranger dans un arrêt en 2019⁷².

68 TPF RR.2019.357 du 28 avril 2020, c. 2.4.

69 Postulat Nathalie Rickli du 14 juin 2018 18.3551.

70 CONSEIL FÉDÉRAL, Mesures contre les mutilations génitales féminines, Rapport du 25 novembre 2020 donnant suite au postulat 18.3551 Rickli Natalie du 14 juin 2018.

71 Rapport, supra n. 70, 6.

72 ATF 145 IV 17; CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, supra n. 31, 561.

B. Actualité judiciaire

1. Affaire Alieu Kosiah

Les débats de la procédure dirigée contre Alieu Kosiah, ressortissant libérien accusé de crimes de guerre⁷³, devaient se tenir devant la Cour des affaires pénales du TPF en avril 2020. Du fait de la crise sanitaire, et en particulier parce qu'il était prévu de faire venir 14 témoins du Libéria, les débats ont été reportés en août 2020, puis en novembre et décembre 2020. Dans l'intervalle, il a été envisagé de procéder aux auditions par vidéoconférences, mais cette voie n'a finalement pas pu être empruntée du fait de contraintes logistiques et diplomatiques, la Suisse ne disposant pas d'ambassade au Libéria et les auditions devant ainsi se tenir dans les locaux d'ambassades étrangères ce qui n'a pas été possible.

Par ailleurs, la Cour des plaintes du TPF a été appelée à se prononcer sur un recours interjeté par le prévenu contre l'ordonnance de la Cour des affaires pénales refusant le caviardage des noms de personnes appelées à témoigner à décharge⁷⁴. La Cour a nié l'existence d'un intérêt personnel et direct à l'annulation de ladite décision. D'une part, le recourant ne sollicitait pas le caviardage de son nom, mais celui de tiers. D'autre part, il s'est « content[é] d'invoquer un risque théorique que les parties plaignantes pourraient tenter d'influencer certains témoins ce qui pourrait lui porter préjudice. Ces allégations présuppos[aient] que les témoins hypothétiques circonvenus pour les parties plaignantes prennent le risque d'altérer leur témoignage en défaveur [du prévenu] et de commettre ainsi une infraction pénale »⁷⁵. Cette double supposition ne reposant sur aucun élément ni indice concret, le recours a été déclaré irrecevable.

Les débats devant la Cour des affaires pénales ont pris fin en mars 2021. Un jugement, condamnant Alieu Kosiah pour violations des lois de la guerre à une peine privative de liberté de 20 ans, a été prononcé oralement le 18 juin 2021. Il sera commenté dans la prochaine Chronique, lorsqu'une version motivée sera rendue publique.

2. Affaire Ousman Sonko

En août 2020, le TF⁷⁶ a confirmé la prolongation ordonnée par la Cour des plaintes du TPF⁷⁷ de la détention de l'ancien ministre de l'Intérieur gambien Ousman Sonko, poursuivi depuis 2017 par le Ministère public de la Confédération (MPC) pour

73 CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, supra n. 8, 560 s.

74 TPF 2020 23.

75 TPF 2020 23, c. 4.2.

76 TF 1B_375/2020 du 10 août 2020.

77 TPF BH.2020.6 du 18 juin 2020.

crimes contre l'humanité (art. 264a CP) sur la base de la compétence universelle des autorités pénales suisse (art. 264m CP)⁷⁸.

3. Diverses affaires en matière de lutte contre le terrorisme

1. Dans deux arrêts datant de février 2020⁷⁹, le TF a annulé l'acquiescement, prononcé par le TPF en 2018⁸⁰, de Nicola Blancho et Qaasim Illi, deux membres du comité du Conseil central islamique suisse (CCIS) pour propagande en faveur d'Al-Qaïda (art. 2 de la Loi Al-Qaïda⁸¹) et renvoyé la cause devant l'instance précédente. La condamnation de Naim Cherni, un troisième membre du CCIS, a été confirmée.

2. Dans une procédure ouverte contre A. notamment pour infraction à l'art. 2 de la Loi « Al-Qaïda », soutien ou participation à une organisation criminelle (art. 260^{ter} CP) et mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP) abordée dans une Chronique précédente⁸², le MPC a rendu une ordonnance de classement des chefs d'infractions aux art. 260^{ter} CP et 2 de la Loi « Al-Qaïda », allouant à A. une indemnité de CHF 81 000 à titre de réparation pour tort moral pour la détention injustifiée qu'il a subie. Suivant la demande de prononcé d'une mesure (art. 374 et s. CPP) formulée par le MPC, la Cour des affaires pénales du TPF a constaté qu'A. a commis l'infraction de mise en danger de la vie d'autrui en état d'irresponsabilité et a ordonné une mesure institutionnelle (art. 59 CP)⁸³. Le jugement est entré en force⁸⁴.

3. Dans le courant de l'année, plusieurs actes d'accusation ont été déposés par le MPC en matière de terrorisme en lien avec l'organisation « Etat islamique » (EI). Tel est le cas d'un ressortissant irakien auquel il est reproché d'avoir été actif pour cette organisation terroriste de diverses manières en opérant depuis la Suisse et d'avoir occupé une position d'autorité sur d'autres membres, également de haut rang⁸⁵. C'est aussi le cas d'un double national suisse-tunisien et d'un ressortissant suisse auxquels il est reproché d'avoir tenté de pénétrer sur le territoire de l'EI dans la zone de conflit

78 A propos de cette affaire, voir *URSULA CASSANI, SABINE GLESS, MARIA LUDWICZAK GLASSEY, CHRISTIAN SAGER & THOMAS WAHL*, « Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2017) », *Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld* (2017) », 28 *Swiss Rev. Int'l & Eur. L.* (2018), 337–369, 358 s.

79 TF 6B_114/2019 et 6B_169/2019 du 26 février 2020.

80 TPF SK.2017.49 du 15 juin 2018; voir aussi *CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL*, supra n. 8, 447.

81 Loi fédérale du 12 décembre 2014 interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées, RS 122.

82 *CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL*, supra n. 8, 562.

83 TPF SK.2019.56 du 24 février 2020.

84 TPF CA.2020.5 du 28 mai 2020.

85 MPC, Communiqué de presse du 14 avril 2020 <www.bundesanwalt.ch/mpc/fr/home/medien/archiv-medienmitteilungen/news-seite.msg-id-78776.html> (consulté le 1^{er} juillet 2021).

syro-irakienne afin de rejoindre cette organisation. Le premier des deux accusés aurait également recruté deux membres pour l'EI, dont son co-accusé⁸⁶.

4. En septembre 2020, à la suite de l'homicide survenu à Morges, le MPC a étendu la procédure pénale ouverte contre A., déjà poursuivi notamment pour incendie criminel et pour infraction à l'art. 2 de la Loi « Al-Qaida », au soutien ou à la participation à une organisation criminelle (art. 260^{ter} CP) et à la représentation de la violence (art. 135 CP). Le prévenu est connu du Service de renseignement de la Confédération depuis 2017, notamment en raison de consommation et de diffusion de propagande djihadiste, et était libéré de détention, sur demande du MPC qui s'appuyait notamment sur une expertise psychiatrique, au moment des faits survenus à Morges. Le MPC a précisé que le prévenu est en détention depuis le 13 septembre 2020 et qu'une motivation terroriste ne peut être exclue s'agissant de l'homicide qui lui est reproché.⁸⁷

C. Divers

1. Au printemps 2020, l'ONG Trial International a déposé auprès du MPC une dénonciation pénale pour complicité de pillage contre Kolmar Group AG, une société de négoce basée à Zoug, pour avoir acheté, entre 2014 et 2015, plus de 50 000 tonnes de gasoil de contrebande en provenance de Libye. Si une entreprise achète, en connaissance de cause, des matières premières volées à un Etat en une situation de conflit armé, elle peut être reconnue coupable de complicité de pillage, constitutif de crime de guerre tant selon le Statut de Rome de la Cour pénale internationale que d'après le droit pénal suisse.

2. En juillet 2020, le MPC a mené, conjointement avec la fedpol et plusieurs corps de police cantonaux, une action coordonnée avec les autorités italiennes consistant en des arrestations et perquisitions contre une organisation criminelle associée à la mafia calabraise « Ndrangheta ».

3. En décembre 2020, le MPC a déposé devant la Cour des affaires pénales du TPF un acte d'accusation contre trois membres d'une organisation criminelle bulgare active dans le trafic de cocaïne et le blanchiment d'argent et contre la banque Crédit Suisse AG. Le MPC reproche en particulier à la banque d'avoir accepté des fonds suspects entre 2004 et 2007, puis d'avoir permis des retraits jusqu'en août 2007 sans avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires visant à empêcher le blanchiment des valeurs appartenant à et contrôlées par ladite organisation.

86 MPC, Communiqué de presse du 6 juillet 2020 <www.bundesanwalt.ch/mpc/fr/home/medien/archiv-medienmitteilungen/news-seite.msg-id-79773.html> (consulté le 1^{er} juillet 2021).

87 MPC, Communiqué de presse du 16 septembre 2020 <www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-80428.html> (consulté le 1^{er} juillet 2021).

IV. Die Schweiz und das Europäische Strafrecht (von Thomas Wahl)

Das Berichtsjahr war vor allem dadurch geprägt, dass die EU-Institutionen Massnahmen im Bereich des Europäischen Strafrechts bewertet und Strategien für die Fortentwicklung der einzelnen Politikfelder auf den Weg gebracht haben (A.). Diese Entwicklungen müssen auch in der Schweiz beobachtet werden. Im Bereich des Auslieferungsrechts hat 2020 die sog. *Petruhhin*-Rechtsprechung des EuGH an Bedeutung gewonnen. Mit dieser Rechtsprechung hat der EuGH 2016 das Verhältnis zwischen dem innereuropäischen Übergabesystem mittels Europäischen Haftbefehlen und Auslieferungersuchen von Drittstaaten gegenüber Unionsbürgern determiniert. Im Berichtsjahr hat der EuGH zwei wichtige Entscheidungen getroffen. In der ersten ging es um die Frage, ob Staaten mit privilegierten Beziehungen zur EU (worunter grundsätzlich auch die Schweiz viele) EU-Mitgliedstaaten gleichzusetzen sind. In der zweiten Entscheidung nahm der EuGH Stellung zu einigen im Zusammenhang mit dem *Petruhhin*-Urteil aufgetretenen Schwierigkeiten in der Auslieferungspraxis (B.). Abschliessend wird ein kurzer Ausblick zu den 2021 zu erwartenden Entwicklungen gegeben (C.).

A. Perspektiven des Europäischen Strafrechts in einzelnen Politikbereichen

1. Schengen-Zusammenarbeit

Für die Schweiz besonders relevant sind Entwicklungen, welche die Schengen-Assoziierung betreffen; die Schweiz muss die auf Schengen-Recht basierenden Massnahmen unmittelbar übernehmen.⁸⁸ Innerhalb der engeren Zusammenarbeit von Justiz und Polizei bildet der Datenaustausch über das Schengener Informationssystem das Herzstück. Am 25. November 2020 hat die Kommission einen Bericht über den Stand der Umsetzung des Schengen-Besitzstandes auf der Grundlage der Evaluierungen in den Schengen-Staaten vorgelegt, welche zwischen 2015 und 2019 durchgeführt wurden.⁸⁹ Auf der Grundlage dieser Evaluierungen stellt die Kommission fest, dass die Mitgliedstaaten die wesentlichen Bestimmungen des Schengen-Besitzstandes einhalten. Allerdings gebe es in den Mitgliedstaaten wiederkehrende Mängel, und die Vorgehensweisen unterscheiden sich von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat, was sich letztlich auf das reibungslose Funktionieren des Schengen-Raumes auswirke.

88 SABINE GLESS, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., Basel 2015, Rn. 560.

89 Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über die Funktionsweise des Schengen-Evaluierungs- und Überwachungsmechanismus gemäss Artikel 22 der Verordnung (EU) Nr. 1053/2013 des Rates, COM(2020) 779 final.

Der Bericht weist darauf hin, dass der Rechtsrahmen für die polizeiliche Zusammenarbeit nach wie vor stark fragmentiert sei. Ein erheblicher Teil des Rahmens beruhe auf unverbindlichen Dokumenten des Rates, etwa bewährten Praktiken und Leitlinien. Der Informationsaustausch zwischen den Strafverfolgungsbehörden erweise sich als Schwachstelle. Verbesserungsbedarf sieht der Bericht unter anderem darin, die operativen Massnahmen der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit (insbesondere grenzüberschreitende Observation und Nacheile) zu erweitern und zu erleichtern. Probleme bestehen ferner bei der Nutzung des Schengener Informationssystems. Hier bemängelt der Bericht unter anderem fehlende personelle und technische Ausstattung in den SIRENE-Büros, was sich auf den effektiven Informationsaustausch auswirke. Ebenfalls werden die Schwachstellen des 2015 eingeführten Evaluierungs- und Überwachungsmechanismus bewertet.⁹⁰ In den kommenden Jahren soll vor allem ein höherer Grad an Harmonisierung erreicht werden.

Der Kommissionsbericht diene als Grundlage für die Debatte im Schengen-Forum. Das von der Kommission einberufene Schengen-Forum traf sich zum ersten Mal am 30. November 2020.⁹¹ Es soll die zukünftige Schengen-Strategie diskutieren. Das Schengen-Forum soll auch helfen, verlorengegangenes Vertrauen in den Schengen-Raum wiederherzustellen. Es fördert den Dialog zwischen Vertretern der Innenresorts der Mitgliedstaaten und Vertretern des Europäischen Parlaments auf politischer und fachlicher Ebene. Die Schweiz nimmt als Schengen-Staat an den Diskussionen zur Weiterentwicklung des Schengen-Systems aktiv teil.⁹²

2. Prüm-Zusammenarbeit

2019 hat die Schweiz mit der EU ein Abkommen zur Vertiefung der Zusammenarbeit zur Bekämpfung von Terrorismus und grenzüberschreitender Kriminalität geschlossen. Es wird der Schweiz die Möglichkeit bieten, an der sog. Prüm-Zusammenarbeit der EU-Staaten teilzunehmen.⁹³ Der Rechtsrahmen der EU zur Prüm-Zusammenarbeit sieht im Kern den automatisierten Austausch von DNA-, Fingerabdruck- und Fahrzeugregisterdaten vor.⁹⁴ In der Schweiz wird derzeit die

90 Verordnung (EU) Nr. 1053/2013 des Rates (SCH-EVAL-Verordnung), ABl. 2013 L 295, 27.

91 Pressemitteilung der Europäischen Kommission IP/20/2231 vom 30.11.2021: «Erstes Schengen-Forum: Auf dem Weg zu einem stärkeren und resilienteren Schengen-Raum».

92 Medienmitteilung «Erstes Schengen-Forum: Bundesrätin Keller-Sutter nimmt an Diskussionen über die Weiterentwicklung von Schengen teil», <www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-81404.html> (zuletzt besucht am 4.7.2021).

93 Dazu CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, supra Fn. 31, 574 f.

94 Näher: SABINE GLESS, «Kurzübersicht zu HT III B 2d», in: W. Schomburg & O. Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl., München 2020, S. 1548 ff.; DIETER KUGELMANN, «Europäische Polizeiliche Kooperation», in: M. Böse (Hg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2021, § 17, Rn. 91 ff.

parlamentarische Zustimmung zu dem Abkommen vorbereitet.⁹⁵ Derweil wird auf EU-Ebene diskutiert, inwieweit das bestehende Netzwerk effizienter genutzt und ausgeweitet werden kann. Im Zentrum der Diskussion steht vor allem die Frage, den grenzüberschreitenden Austausch von biometrischen Daten auch für Gesichtsbilder zu eröffnen. Ebenfalls steht auf der Tagesordnung, das Prüm-Netzwerk auf eine neue informationstechnische Grundlage zu stellen, die sog. Interoperabilität mit anderen EU-Systemen, welche zur Strafverfolgung genutzt werden (wie z.B. das SIS), herzustellen⁹⁶ und Europol in das Datenaustauschregime einzubinden. Entsprechende Vorschläge werden in den Ratsarbeitsgruppen diskutiert. Grundlage ist unter anderem eine von der Kommission im Mai 2020 veröffentlichte Studie, welche Vorschläge zur Entwicklung eines neuen Rechtsrahmens «Prüm Next Generation» macht.⁹⁷ Denkbar ist, dass sich die Schweiz durch ein Zusatzabkommen an diesem neuen Rechtsrahmen beteiligt.

Ob allerdings «Prüm Next Generation» wie von den Regierungen der Mitgliedstaaten befürwortet Wirklichkeit wird, erscheint fraglich. Abgeordnete des Europäischen Parlaments sehen das Vorhaben kritischer. Nach einer Expertenanhörung im September 2020 äusserten einige Parlamentarier Bedenken gegen die Schaffung einer Polizeidatenbank zur Gesichtserkennung, insbesondere vor dem Hintergrund, dass noch keine ausreichende Datenqualität garantiert werden könne und Gesichtsbilder Missbrauchspotential eröffneten.⁹⁸ Gestützt werden die Bedenken auch von einer vom Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres des Europäischen Parlaments (LIBE) in Auftrag gegebenen und im September 2020 veröffentlichten Studie von Niovi Vavoula.⁹⁹ Sie hält eine Revision des Rechtsrahmens zum gegenwärtigen Zeitpunkt für verfrüht, weil noch nicht alle Mitgliedstaaten den Datenaustausch operationalisiert haben und der Rückgriff auf die Daten im Prüm-Netzwerk unter den Staaten äusserst ungleich erfolgt. Zudem müsse zunächst eine ausführliche Folgenabschätzung (impact assessment) durchgeführt werden. Vavoula erarbeitete zahlreiche Empfehlungen an die politischen Entscheidungsträger. Sie fordert unter anderem, dass datenschutzrechtliche Garantien bei der Weiterentwicklung des Prüm-Rechtsrahmens ausreichend beachtet werden müssen.

95 Siehe Geschäft des Bundesrates 21.027, <www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20210027> (zuletzt besucht am 4.7.2021).

96 Zur Interoperabilität: CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, *supra* Fn. 31, 572; CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, *supra* Fn. 8, 459.

97 DELOITTE Consultancy & Advisory CVBA, «Study on the Feasibility of Improving Information Exchange under the Prüm Decisions», <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6c877a2a-9ef7-11ea-9d2d-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-130489216>> (zuletzt besucht am 4.7.2021).

98 THOMAS WAHL, «Debate on Broadening Prüm Data Exchange Network», eucrim (2020), 189–190.

99 NIOVI VAVOULA, «Police Information Exchange – The future developments regarding Prüm and the API Directive», <https://eurocop.org/wp-content/uploads/2020/10/IPOL_STU2020658542_EN.pdf> (zuletzt besucht am 4.7.2021).

3. EU-Sicherheitspolitik im Allgemeinen

Die EU-Verträge eröffnen weitreichende Möglichkeiten, Aspekte des Strafrechts supranational zu regeln. Entsprechende Rechtsakte werden in der Regel auf der Grundlage von Art. 82 ff. AEUV erlassen, können aber auch auf Kompetenzen zur Rechtsangleichung im Binnenmarkt beruhen. Für die Schweiz sind diese Rechtsakte, sofern sie nicht als Schengen-relevant deklariert werden, nicht direkt umsetzungspflichtig. Allerdings haben sie mittelbare Auswirkungen. Zunächst sind Schweizer Unternehmen an das Unionsrecht gebunden, sofern sie in der EU agieren. Die geopolitische wie wirtschaftliche Verflechtung der Schweiz mit der EU bedingt die Frage, inwieweit das Schweizer Recht angepasst werden muss, d.h. der EU also in strafrechtsrelevanten Ausgestaltungen Orientierungswirkung zukommt, um mit der EU weiterhin erfolgreich kooperieren zu können. Ausserdem muss die Schweiz daran denken, ob die von der EU durchgeführten (und Massnahmen hervorrufenden) Analysen zu Bedrohungslagen durch Kriminalität auch Handlungsbedarf in der Schweiz auslösen. Deshalb ist es für die Schweiz wichtig, die Pläne der EU in den einzelnen Bereichen des Europäischen Strafrechts oder Trends in der Kriminalitätsentwicklung innerhalb Europas im Auge zu behalten.

a) Strategie der Kommission

Ein wichtiger Gradmesser für das zukünftige Handeln der Union im Bereich des Europäischen Strafrechts stellen übergeordnete Politikstrategien dar. Am 24. Juli 2020 legte die Europäische Kommission ihre strategischen Prioritäten und entsprechenden Massnahmen vor, wie die EU die sog. Sicherheitsunion in den nächsten fünf Jahren unterstützen kann.¹⁰⁰ Diese «EU-Strategie für eine Sicherheitsunion» skizziert zunächst die sich rasch wandelnde Bedrohungslage in Europa, woraus vier miteinander zusammenhängende strategische Prioritäten abgeleitet werden, um sowohl digitale als auch physische Risiken zu bewältigen:

(1) «Ein zukunftsfähiges Sicherheitsumfeld schaffen»: Als zentral werden hier gesetzgeberische Massnahmen zum Schutz und zur Widerstandsfähigkeit kritischer Infrastrukturen angesehen. Vor allem die Cybersicherheit soll erhöht werden. Eine Intensivierung der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen und privaten Akteuren soll für einen stärkeren Schutz öffentlicher Räume, wie Gebetsstätten und Verkehrsknotenpunkte sorgen.

(2) «Mit sich wandelnden Bedrohungen umgehen»: Im Fokus steht hier, wirksame Instrumente zur Bekämpfung von Cyberkriminalität zu entwickeln. Ferner sollen die Strafverfolgungskapazitäten für digitale Ermittlungen ausgebaut und ein einheitliches EU-Konzept für die Abwehr hybrider Bedrohungen aufgestellt werden.

¹⁰⁰ Mitteilung der Kommission, «EU-Strategie für eine Sicherheitsunion», COM(2020) 605 final.

(3) «Europäer*innen vor Terrorismus und organisierter Kriminalität schützen»: Hier steht eine Palette von Massnahmen auf der Agenda der Kommission. Im Bereich des Terrorismus sollen vor allem die Ursachenbekämpfung durch entsprechende Massnahmen zur Verhinderung der Radikalisierung sowie eine verstärkte Zusammenarbeit mit wichtigen Drittstaaten und internationalen Organisationen im Mittelpunkt stehen.¹⁰¹ Mit neuen Agenden zur organisierten Kriminalität, zum Menschenhandel und zur Drogenbekämpfung¹⁰² sowie EU-Aktionsplänen gegen den illegalen Handel von Feuerwaffen¹⁰³ und gegen Schleusung von Migranten soll dem organisieren Verbrechen begegnet werden. Ausserdem stehen die Rechtsvorschriften über die Sicherstellung und Einziehung von Vermögenswerten sowie über Vermögensabschöpfungsstellen auf dem Prüfstand.

(4) «Eine starke europäische Sicherheitsgemeinschaft etablieren»: Zu den zentralen Massnahmen gehören die Stärkung des Mandats von Europol¹⁰⁴ sowie die Weiterentwicklung von Eurojust im Hinblick auf eine bessere Vernetzung der Justiz- und Strafverfolgungsbehörden. Der Zusammenarbeit mit Partnern ausserhalb der EU kommt ebenfalls entscheidende Bedeutung für die Sicherung von Informationen und Beweisen zu. In diesem Zusammenhang soll unter anderem die Zusammenarbeit mit Interpol intensiviert werden.

b) Leitlinien des Europäischen Parlaments und des Rats

Weiterer politischer Input zur zukünftigen EU-Sicherheitspolitik kam im Dezember 2020 vom Europäischen Parlament und dem Ministerrat. In einer Entschliessung vom 17.12.2020¹⁰⁵ fordert das Europäische Parlament, die Digitalisierung im Bereich der justiziellen Kooperation voranzutreiben. Generell könnten gesetzgeberische Massnahmen im Bereich der Sicherheitspolitik nicht ohne Beurteilung der Auswirkungen auf die Grundrechte getroffen werden. Besorgt zeigten sich die Parlamentarier über die Auslagerung bestimmter Tätigkeiten von Strafverfolgungsbehörden auf den Privatsektor; sie forderten eine bessere Aufsicht über jede öffentlich-private Zusammenarbeit im Sicherheitsbereich.

101 Siehe auch Mitteilung der Kommission vom 9. Dezember 2020, «Eine Agenda der EU zur Terrorismusbekämpfung: antizipieren, vorbeugen, schützen, reagieren», COM(2020) 795.

102 Siehe dazu Mitteilung der Kommission vom 24. Juli 2020 über die EU-Agenda zur Drogenbekämpfung und den Aktionsplan für den Zeitraum 2021–2025, COM(2020) 606 final.

103 Siehe dazu Mitteilung der Kommission vom 24. Juli 2020 über den EU-Aktionsplan gegen den unerlaubten Handel mit Feuerwaffen (2020–2025), COM(2020) 608 final.

104 Siehe dazu den am 9.12.2020 von der Kommission vorgelegten Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rats zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/794 in Bezug auf die Zusammenarbeit von Europol mit privaten Parteien, die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Europol zur Unterstützung strafrechtlicher Ermittlungen und die Rolle von Europol in Forschung und Innovation, COM(2020) 796.

105 Entschliessung des Europäischen Parlaments zur EU-Strategie für eine Sicherheitsunion, P9_TA(2020)0378.

In seinen am 14. Dezember 2020 angenommenen Schlussfolgerungen zur inneren Sicherheit und zu einer Europäischen Polizeipartnerschaft¹⁰⁶ bekräftigt der Rat verschiedene politische Prioritäten, die bis 2025 erreicht werden sollen. Dazu gehören:

- die uneingeschränkte Nutzung der Instrumente für EU-weite Ausschreibungen von Straftaten;
- eine bessere Verknüpfung bereits vorliegender Informationen, insbesondere durch Umsetzung der Interoperabilität von EU-Informationssystemen;
- Aufbau eines modernen, aktualisierten Besitzstands im Bereich der grenzüberschreitenden polizeilichen Zusammenarbeit, um beispielsweise angemessene Befugnisse für die grenzüberschreitende Observation und Nacheile zu schaffen;
- Gewährleistung, dass – vorbehaltlich klarer Sicherheitsgarantien – die Strafverfolgungsbehörden bei ihrer täglichen Arbeit Technologien der künstlichen Intelligenz nutzen können;
- Verbesserung der Kapazitäten von Strafverfolgungsbehörden und weltweite Zusammenarbeit mit Drittländern und öffentlichen und privaten Partnern;
- Stärkung von EU-Agenturen wie Europol und Frontex.

Darüber hinaus legen die Schlussfolgerungen künftiges Vorgehen in mehreren, von der Kommission in ihrer Strategie aufgegriffenen Bereichen dar, wie der Zusammenarbeit bei der Strafverfolgung, Zusammenarbeit auf internationaler Ebene, Bekämpfung der grenzüberschreitenden organisierten Kriminalität sowie Verhütung und Bekämpfung von Terrorismus. Inwieweit sich im Einzelnen divergierende Ansichten zwischen Kommission, Europäischem Parlament und Rat auf konkrete Vorhaben auswirken, wird sich bei Verhandlungen über konkrete Gesetzesvorschläge zeigen.

4. Geldwäschebekämpfung

a) Pläne der Europäischen Kommission

Nachdem die Kommission 2019 den bestehenden EU-Geldwäscherahmen einer umfassenden Bewertung unterzogen, Schwachstellen identifiziert und bereits erste Reformideen geäußert hat,¹⁰⁷ hat sie 2020 weitere Massnahmen hin zu einer umfassenderen und wirksameren Gesetzgebung gegen Geldwäsche angekündigt. In einem am 7. Mai 2020 vorgelegten Aktionsplan erläutert die Kommission, welche konkreten Massnahmen sie ergreifen will.¹⁰⁸ Ziel ist es, dass die gegenwärtigen durch EU-Vorschriften geschaffenen Standards in den EU-Mitgliedstaaten einheitlicher angewendet werden. Zu den vorgeschlagenen Massnahmen gehören:

106 Ratsdokument 13083/1/20 vom 24.11.2020.

107 Dazu sowie zur Bedeutung der EU-Geldwäschemassnahmen für die Schweiz CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, *supra* Fn. 31, 566 ff.

108 Mitteilung der Kommission zu einem Aktionsplan für eine umfassende Politik der Union zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, C(2020) 2800 final.

- Erarbeitung eines Regelwerkes, das die Bekämpfung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung noch stärker harmonisiert;
- Initiative zu einer zentralen EU-Aufsicht zur Geldwäschebekämpfung;
- Vorschlag zur Einrichtung eines Koordinierungs- und Unterstützungsmechanismus für die zentralen Meldestellen für Geldwäsche-Verdachtsanzeigen;
- Herausgabe von Leitlinien zu öffentlich-privaten Partnerschaften im Hinblick darauf, den Datenaustausch zur Durchsetzung strafrechtlicher Bestimmungen zu verbessern;
- Intensivierung der Anstrengungen auf internationaler Ebene, um die EU-Standards zur Geldwäschebekämpfung durchzusetzen.

Im Hinblick auf den zuletzt genannten Punkt legte die Kommission zusammen mit dem Aktionsplan eine verfeinerte Methodik vor, um Drittländer mit hohem Risiko zu ermitteln, deren nationale Regelungen zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung strategische Mängel aufweisen und von denen eine erhebliche Bedrohung für das EU-Finanzsystem ausgeht.¹⁰⁹ Ziel dieser neuen Methodik ist es, mehr Klarheit und Transparenz dabei zu schaffen, wie diese Drittländer ermittelt werden. Die Einstufung als «Hochrisikoland» führt dazu, dass von der Geldwäscherichtlinie erfasste Kredit- und Finanzinstitute verstärkte Sorgfaltspflichten walten lassen müssen, wenn es sich bei dem Vertragspartner oder bei einem wirtschaftlich Berechtigten um eine natürliche oder juristische Person handelt, die in diesem Drittland niedergelassen ist.¹¹⁰ Von dieser kontinuierlichen Bewertung ist die Schweiz als Nicht-EU-Staat nicht ausgenommen.¹¹¹

b) Reaktion des Europäischen Parlaments

In einer Entschliessung vom 10. Juli 2020 geht das Europäische Parlament auf den Aktionsplan der Kommission und andere aktuelle Entwicklungen im Bereich der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung ein.¹¹² Es fordert in Bezug auf die Einstufung von Drittländern mit hohem Risiko schärfere Gegenmassnahmen gegenüber unkooperativen Ländern, klare, transparente Bedingungen, wie Länder auf die Liste genommen und von ihr gestrichen werden, sowie die Erstellung einer «grauen Liste» von Drittländern mit *möglicherweise* hohem Risiko. Die im Aktionsplan der Kommission geäusserten Absichten werden grundsätzlich begrüsst, insbesondere das einheitliche Regelwerk für die Bekämpfung von Geldwäsche bzw. Terrorismusfinanzierung und die neue institutionelle Architektur, die neben einer EU-Aufsichts-

109 Commission Staff Working Document, «Methodology for identifying high-risk third countries under Directive (EU) 2015/849», SWD(2020) 99 final.

110 Art. 18 Richtlinie (EU) 2015/849, ABl. 2015 L 141, 73, in Verbindung mit Art. 1 Nr. 10 und 11 Richtlinie (EU) 2018/843, ABl. 2018 L 156, 43.

111 CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, supra Fn. 31, 567.

112 Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 10. Juli 2020 zu einer umfassenden Politik der Union zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, P9_TA(2020)0204.

behörde für die Bekämpfung der Geldwäsche auch auf einem starken Koordinierungs- und Unterstützungsmechanismus für die zentralen Verdachtsmeldestellen (Financial Intelligence Units – FIUs) aufbauen soll. Allerdings fordern die Parlamentarier, mit der Revision weitere Wirtschaftsteilnehmer in den Kreis der Verpflichteten aufzunehmen, insbesondere um Risiken von Kryptoanlagen begegnen zu können. Ausserdem wiederholen sie ihren Standpunkt, dass die Union vernetzte und hochwertige Register der wirtschaftlichen Eigentümer erhalten muss.

c) Leitlinien des Rates

Unter der deutschen Präsidentschaft hat der Rat «Wirtschaft und Finanzen» am 5. November 2020 entsprechende Leitlinien zum weiteren Vorgehen der EU im Bereich der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung verabschiedet.¹¹³ Der Rat stimmt mit Kommission und Europäischem Parlament darin überein, dass das künftige Vorgehen der EU auf drei Säulen beruhen sollte: erstens der Erarbeitung eines einheitlichen EU-Regelwerkes, zweitens der Etablierung einer EU-Überwachungsbehörde und drittens einer Stärkung des Koordinierungs- und Unterstützungsmechanismus der FIUs. Im Hinblick auf das einheitliche EU-Regelwerk geht der Rat mit dem Europäischen Parlament d'accord, den Kreis der Verpflichteten zu erweitern, wobei vor allem eine Anpassung an die Empfehlungen der FATF erfolgen soll, die auch Dienstleister für virtuelle Vermögenswerte erfassen. Ferner solle das Regelwerk einen einheitlichen und hohen Standard für die Kundensorgfaltspflicht garantieren und technologische Lösungen zur standardisierten Kundenidentifizierung mitumfassen. Im Hinblick auf die EU-Aufsichtsbehörde ist der Rat zurückhaltender als das Europäische Parlament. Die Schlussfolgerungen des Rates betonen, dass die Kommission bei Festlegung von Aufgaben und Zuständigkeiten dieser Aufsichtsstelle den Grundsatz der Subsidiarität beachten müsse und dass den nationalen Aufsichtsbehörden im europäischen Aufsichtssystem eine wichtige Rolle zukomme. Ferner solle die Kommission die Zuständigkeiten einer EU-Aufsicht zunächst auf eine ausgewählte Zahl an Verpflichteten, bei denen ein hohes, inhärentes Risiko an Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung besteht, beschränken. Im Hinblick auf das FIU-System nimmt der Rat weitergehende Forderungen des Europäischen Parlaments nach einer zentralen EU-Meldestelle sowie einer «europäischen Finanzpolizei» nicht auf. Für die Schweiz dürften insbesondere die Planungen zu einer neuen institutionellen Architektur der Geldwäschebekämpfung mit Interesse zu verfolgen sein, da dann die Frage nach Zusammenarbeitsformen beantwortet werden muss. Schweizer Unternehmen, welche Tochtergesellschaften oder Zweigstellen in der EU haben, sind direkt von den Plänen zur Ausweitung etwaiger

113 Schlussfolgerungen des Rates zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, Ratsdokument 12608/20 vom 5. November 2020, abrufbar unter: <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12608-2020-INIT/de/pdf>> (zuletzt besucht am 4.7.2021).

Sorgfaltspflichten zur Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung betroffen, denn ggf. müssen Compliance-Programme angepasst werden.

5. Opferschutz im Strafprozess

Die Geldwäsche ist darüber hinaus ein prominentes Beispiel dafür, dass immer wieder die Frage diskutiert werden muss, inwieweit EU-Recht auch in der Schweiz (autonom) nachvollzogen werden soll, obwohl dafür keine unmittelbare Verpflichtung durch die bilateralen Verträge besteht. Solche Beispiele finden sich jedoch nicht nur im materiellen (Straf-)Recht, sondern auch im Strafprozessrecht. Interessante Entwicklungen haben sich in diesem Zusammenhang im Bereich des Opferschutzes ergeben.¹¹⁴ Im Mai 2020 legte die Kommission ihren Bericht¹¹⁵ zur Umsetzung des Kernstücks des Unionsrechts für die rechtliche Stellung der Opfer im Strafverfahren vor, nämlich die «EU-Opferschutzrichtlinie»^{116,117}. Die Richtlinie nennt mehrere Ziele, mit denen die Verfügbarkeit wirksamer und zugänglicher Opferunterstützungs- bzw. -hilfsdienste in den EU-Mitgliedstaaten gewährleistet werden soll. Es werden mehrere, zum Teil neue Rechte für Opfer von Straftaten verbrieft. Besondere Aufmerksamkeit wird Opfern mit besonderen Bedürfnissen gewidmet, um sie vor sekundärer Viktimisierung, Vergeltung und Einschüchterung zu schützen. Opferunterstützungsdienste werden in den Mittelpunkt des Systems gestellt, und ihre zentrale Bedeutung wird anerkannt, da die Dienste es Opfern ermöglichen, ihre Rechte auch

114 Vgl. zum Opferschutz im Strafprozess als Beispiel für das Modell des «autonomen Nachvollzugs» UR-SULA CASSANI, SABINE GLESS, REGULA ECHLE, SÉVANE GARIBIAN & CHRISTIAN SAGER, «Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2012) – Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2012)», 23 *Swiss Rev. Int'l & Eur. L.* (2013), 467–503, 480 f.

115 Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Umsetzung der Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI, COM(2020) 188 final.

116 Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2011/220/JI, ABL. 2012 L 315, 57.

117 Daneben bestehen Regelungen zum Opferschutz in anderen Unionsrechtsakten, welche den besonderen Bedürfnissen von Opfern bestimmter Straftaten Rechnung tragen sollen, wie etwa Opfer des Terrorismus (vgl. Richtlinie [EU] 2017/541 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2017 zur Terrorismusbekämpfung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI des Rates und zur Änderung des Beschlusses 2005/671/JI des Rates, ABL. 2017 L 88, 6), Opfer von Menschenhandel (vgl. Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates, ABL. 2011 L 101, 1) oder Opfer des sexuellen Missbrauchs im Kindesalter (vgl. Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates, ABL. 2011 L 335, 1).

tatsächlich wahrzunehmen.¹¹⁸ Die Richtlinie schreibt den Mitgliedstaaten nicht nur vor, gesetzgeberische Massnahmen zu ihrer Umsetzung zu ergreifen, sondern auch solche nicht legislativer Art zu implementieren, wie die Einrichtung allgemeiner und spezialisierter Unterstützungsdienste und die Schulung von Angehörigen der Rechtsberufe und anderen Personen, die mit Opfern in Kontakt kommen. Auch hierauf geht der von der Kommission vorgelegte Umsetzungsbericht ein.

Insgesamt lässt die Bewertung durch die Kommission den Schluss zu, dass sich die EU-Mitgliedstaaten bei der vollständigen und ordnungsgemässen Umsetzung ehrgeiziger supranationaler Vorgaben schwertun. Laut Bericht sei «das volle Potenzial der Richtlinie noch nicht ausgeschöpft». Defizite bestehen vor allem in der praktischen Durchführung. In den meisten Mitgliedstaaten wurden Mängel bei der Umsetzung einiger wichtiger Bestimmungen festgestellt, wie etwa beim Zugang zu Informationen, Unterstützungsdiensten und Schutz im Einklang mit den individuellen Bedürfnissen der Opfer. Die Bestimmungen über die Verfahrensrechte und die Wiedergutmachung scheinen weniger problematisch gewesen zu sein.

Die recht enttäuschende Umsetzung der Opferschutzvorgaben¹¹⁹ gab Anlass für die Kommission, im Juni 2020 eine Strategie vorzulegen, wie das Portfolio des Unionsrechts zum Opferschutz in den kommenden fünf Jahren erweitert werden kann, um sicherzustellen, dass alle Opfer von Straftaten ihre Rechte in vollem Umfang wahrnehmen können, unabhängig davon, wo in der EU die Straftat begangen wurde. Die Strategie sieht ein Massnahmepaket in fünf Schwerpunktbereichen vor:

- wirksame Kommunikation mit den Opfern und Schaffung eines sicheren Umfelds, in dem die Opfer Straftaten anzeigen können;
- Verbesserung des Schutzes und der Unterstützung der schutzbedürftigsten Opfer;
- Erleichterung des Zugangs der Opfer zu Entschädigungsleistungen;
- Ausbau der Zusammenarbeit und Koordinierung zwischen den Akteuren im Bereich der Opferrechte;
- Stärkung der internationalen Dimension der Opferrechte.

118 Zu den Vorgaben der Richtlinie STEFANIE BOCK, «Das europäische Opferrechtspaket: zwischen substanziellem Fortschritt und blindem Aktionismus», 8 Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (2013), 201–211.

119 Vgl. ferner Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Umsetzung der Richtlinie 2011/99/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über die Europäische Schutzanordnung, COM(2020) 187. Zusammenfassend THOMAS WAHL, «Commission: Directive on European Protection Order Underused in Practice», eucrim (2020), 105. Zu den Differenzen im Bereich Opferschutz auch ELODIE SELLIER & ANNE WEYEMBERGH, «Criminal procedural laws across the European Union – A comparative analysis of selected main differences and the impact they have over the development of EU legislation», 2018, S. 159 ff., abrufbar unter: <[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604977/IPOL_STU\(2018\)604977_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604977/IPOL_STU(2018)604977_EN.pdf)> (zuletzt besucht am 12.7.2021).

Als konkrete Massnahmen erwägt die Kommission unter anderem, die Mindestvorschriften für den physischen Schutz von Opfern zu stärken. Ausserdem wird eine Plattform für Opferrechte eingerichtet, die alle für Opferrechte zuständigen Akteure auf europäischer Ebene zusammenführt.

6. PNR-Datenaustausch

Ein weiteres aktuelles Gebiet des autonomen Nachvollzugs ist der Austausch und die Verarbeitung von Fluggastdatensätzen (aufgrund des englischen Begriffs «Passenger Name Record» kurz PNR-Daten genannt). Die EU hat mit einer 2016 erlassenen Richtlinie¹²⁰ seit 2018 ein System in Betrieb, das Luftfahrtunternehmen verpflichtet, die von ihnen für die Abwicklung der Reise erhobenen Fluggastdaten an eine Fluggastdatenzentralstelle, übermitteln, die in jedem Mitgliedstaat einzurichten ist. Die Fluggastdatenzentralstelle gleicht die Fluggastdaten mit bestimmten Datenbanken und Kriterien ab, um Personen zu identifizieren, die mit einer terroristischen Straftat oder einer Straftat der schweren Kriminalität in Zusammenhang stehen könnten. Strafverfolgungsbehörden erachten diese Massnahmen als wichtig, um die Sicherheit gefährdende Personen zu identifizieren, Beweismittel zusammenzutragen, Komplizen von Straftätern aufzuspüren oder kriminelle Netzwerke auszuheben.¹²¹ Unter die Verpflichtung der Übermittlung fallen z.B. alle Luftfahrtunternehmen, die Flüge von der Schweiz in Destinationen der EU oder umgekehrt aus einem EU-Mitgliedstaat in die Schweiz durchführen.¹²²

a) PNR-Vorhaben der Schweiz

Die Schweiz hat bisher kein nationales Fluggastdatensystem. Schweizer Behörden können deshalb nicht auf die PNR-Daten zugreifen. Am 12. Februar 2020 hat der Bundesrat beschlossen, ein Bundesgesetz über die Erhebung und Nutzung von PNR-Daten durch die Schweiz vorzubereiten, um das Informationsdefizit zu behe-

120 Richtlinie (EU) 2016/681 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 über die Verwendung von Fluggastdatensätzen (PNR-Daten) zur Verhütung, Aufdeckung, Ermittlung und Verfolgung von terroristischen Straftaten und schwerer Kriminalität, ABl. 2016 L 119, 132. Vgl. dazu UR-SULA CASSANI, SÉVANE GARIBIAN, SABINE GLESS, CHRISTIAN SAGER & THOMAS WAHL, «Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international – Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2016)», 27 *Swiss Rev. Int'l & Eur. L.* (2017), 415–446, 437 f.

121 Vgl. dazu Drucksache des deutschen Bundestages 18/11501, S. 19.

122 Ganz allgemein gilt die Richtlinie primär für alle Flüge in und aus Drittländern. Die Mitgliedstaaten können bei Umsetzung allerdings beschliessen, dass sie die Richtlinie auch auf alle Flüge innerhalb der EU anwenden werden. Von dieser Öffnungsklausel haben ausser einem 23 Mitgliedstaaten Gebrauch gemacht. 2 Mitgliedstaaten hatten die Richtlinie 2020 nur teilweise (Slowenien) oder gar nicht umgesetzt (Spanien).

ben.¹²³ Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) wurde zusammen mit dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) beauftragt, eine Vernehmlassungsvorlage zu erarbeiten. Darin soll auch der Schutz dieser Daten und deren Übermittlung an andere Länder geregelt werden. Wie das EU-System soll es auf die Verhinderung, Aufdeckung und Verfolgung von Terrorismus und schwerstkrimineller Tätigkeit beschränkt werden. Für diese Vorlage kann daher die besagte EU-Richtlinie als Modell dienen. Der Vorstoss des Schweizer Bundesrates ist jedoch auch deshalb ein wichtiger Schritt, um die Grundlage für ein späteres bilaterales Abkommen mit der EU zum Austausch von PNR-Daten zu schliessen. Entsprechende Abkommen zu Drittstaaten hat die EU bereits mit Australien und den Vereinigten Staaten von Amerika geschlossen.¹²⁴ Ein älteres Konstrukt ermöglicht auch den Austausch von Fluggastdaten mit Kanada.¹²⁵

b) Erkenntnisse aus der Bewertung der EU-PNR-Richtlinie durch die Europäische Kommission und anhängige Gerichtsverfahren

Vor diesem Hintergrund sind für die Schweiz Erkenntnisse über den Erfolg und die Handhabung der EU-Vorschriften zum Sammeln, dem Austausch und der Verarbeitung von PNR-Daten von grossem Interesse. Zur Anwendung der EU-PNR-Richtlinie hat die Europäische Kommission am 24. Juli 2020 einen Bericht¹²⁶ vorgelegt.¹²⁷ Darin zieht sie ein insgesamt positives Fazit. Das Hauptziel der Richtlinie, nämlich die Einrichtung wirksamer PNR-Systeme in den Mitgliedstaaten als Instrument zur Bekämpfung von Terrorismus und schwerer Kriminalität sei erreicht worden. Auch die Datenschutzerfordernisse der PNR-Richtlinie seien insgesamt eingehalten worden, was insbesondere auch auf die Verhältnismässigkeit der Datenverarbeitung zutreffe. Ebenso habe sich erwiesen, dass das Instrument erforderlich sei, denn die

123 Medienmitteilung «Für mehr Sicherheit: Auch die Schweiz soll Flugpassagierdaten nutzen können», <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78069.html>> (zuletzt besucht am 4.7.2021).

124 Siehe die Kurzübersichten von SABINE GLESS & THOMAS WAHL, in: Schomburg & Lagodny, *supra* Fn. 94, III B 4aa (S. 1655 ff.) und III B 4b (S. 1678 f.).

125 THOMAS WAHL, «Kurzübersicht» in: Schomburg & Lagodny, *supra* Fn. 94, III B 4c (S. 1691 ff.). Ein den Abkommen mit Australien und den USA vergleichbares Abkommen zwischen der EU und Kanada hat der EuGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2017 für mit dem EU-Recht unvereinbar erklärt (Gutachten 1/15 vom 26.7.2017). Verhandlungen mit Kanada über ein neues Abkommen, das den Vorgaben des EuGH entspricht, laufen. Innerhalb der EU stellt sich jedoch die Frage, inwieweit nun auch die bestehenden Abkommen mit den USA und Australien eine Revision bedingen.

126 Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Überprüfung der Richtlinie (EU) 2016/681 über die Verwendung von Fluggastdatensätzen (PNR-Daten) zur Verhütung, Aufdeckung, Ermittlung und Verfolgung von terroristischen Straftaten und schwerer Kriminalität, COM(2020) 305 final. Der Bericht wird ergänzt durch ein Arbeitspapier der Kommission (nur auf Englisch), welches eine eingehendere Analyse der Anwendung aller Elemente der Richtlinie beinhaltet (Commission Staff Working Document, SWD(2020) 128 final).

127 Dieser Bericht ist nach Art. 19 RL 2016/681 (*supra* Fn. 120) gefordert.

PNR-Datenverarbeitung habe in den Mitgliedstaaten spürbare Ergebnisse bei der Bekämpfung des Terrorismus und der Kriminalität geliefert. Dabei sei beachtet worden, dass sich die Eingriffe in die Grundrechte auf Schutz der Privatsphäre und den Schutz personenbezogener Daten auf ein Minimum begrenzen. In diesem Zusammenhang hebt die Kommission hervor, dass Garantien in der EU-Richtlinie gewährleisten, dass nur die personenbezogenen Daten einer sehr begrenzten Anzahl von Fluggästen zur Weiterverarbeitung an die zuständigen Behörden übermittelt und PNR-Daten nicht zur individuellen Profilerstellung verwendet werden. Schliesslich hält die Kommission auch die relativ lange fünfjährige Speicherdauer der PNR-Daten für alle Fluggäste für erforderlich. Die Notwendigkeit ergebe sich erstens aus dem Wesen des PNR-Systems als ein Analyseinstrument, das nicht nur auf die Identifizierung bekannter Bedrohungen, sondern auch auf die Aufdeckung unbekannter Risiken abzielt. Zweitens sei die Speicherung über einen Zeitraum von fünf Jahren erforderlich, um die wirksame Untersuchung und Verfolgung von terroristischen Straftaten und schwerer Kriminalität zu gewährleisten, denn solche Ermittlungen erfordern in der Regel monate- und oft jahrelange Arbeit.

Dennoch bleibt das EU-PNR-Datensystem in der Kritik. Aus datenschutzrechtlicher Sicht bedenklich ist, dass es sich hier um eine Form der anlasslosen Vorratspeicherung von Massendaten handelt.¹²⁸ Der belgische Verfassungsgerichtshof und das Amtsgericht Köln haben dem EuGH Fragen vorgelegt, in denen Bedenken gegen die Vereinbarkeit der EU-PNR-Richtlinie mit der EU-Grundrechtecharta und dem Vertrag über die Europäische Union geäussert werden.¹²⁹ Indes beraten die Mitgliedstaaten auf EU-Ebene bereits, ob das PNR-System auf andere Beförderungsarten (Beförderungen auf See, Schiene und Strasse) durch verbindliche, unionsweit geltende Regelungen ausgedehnt werden soll. Ferner werden Überlegungen angestellt, PNR-Daten ausserhalb der Strafverfolgung zum Schutz öffentlicher Gesundheit und zur Verhinderung der Ausbreitung von Infektionskrankheiten nutzen zu können.¹³⁰

B. Auslieferungsrecht: Die Schweiz und die *Petruhhin*-Rechtsprechung des EuGH

2016 hat der EuGH eine wegweisende Entscheidung zur Auslieferung von Unionsbürgern an Drittstaaten getroffen. In der Rechtssache *Petruhhin*¹³¹ leitete der EuGH aus dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV und Art. 21

128 Zur Kritik: SABINE GLESS & THOMAS WAHL, «Kurzübersicht», in: Schomburg & Lagodny, supra Fn. 94, III B 2e, Rn. 17–21.

129 Vorabentscheidungsersuchen in der Rechtssache C-817/19, *Ligue des droits humains*, und Vorabentscheidungsersuchen in den verbundenen Rechtssachen C-148/20, C-149/20 und C-150/20, *Deutsche Lufthansa* (beide anhängig).

130 Vgl. Kommissionsbericht, supra Fn. 126, S. 12.

131 EuGH, Urteil vom 6.9.2016, Rs. C-182/15, EU:C:2016:630 (*Aleksei Petruhhin*).

Abs. 2 EUGrCh) und dem Recht auf Freizügigkeit (Art. 21 Abs. 1 AEUV) bei Auslieferungsersuchen, die gegen nicht ständig im ersuchten EU-Mitgliedstaat lebende Unionsbürger gerichtet sind, einen Vorrang der Auslieferung in den zugehörigen EU-Staat, dessen Staatsangehörigkeit der Betroffene besitzt (als Heimat-/Herkunftsstaat bezeichnet), gegenüber dem Drittstaat ab. Den ersuchten EU-Mitgliedstaat treffen folgende Verpflichtungen: erstens, den Herkunftsstaat des Verfolgten von dem Auslieferungsersuchen des Drittstaates zu unterrichten, zweitens dem Herkunftsstaat die Gelegenheit zu geben, ein Verfahren gegen dessen Staatsangehörigen einzuleiten (z.B. aufgrund des aktiven Personalitätsprinzips), und drittens einem etwaigen Europäischen Haftbefehl aus dem Herkunftsstaat Vorrang gegenüber dem Auslieferungsersuchen des Drittstaates einzuräumen.¹³² In der Rechtssache *Raugevicius* hat der EuGH 2018 klargestellt, dass eine Gleichbehandlung des Unionsbürgers mit eigenen Staatsangehörigen des ersuchten EU-Mitgliedstaates geboten ist, sofern die Auslieferung nicht zum Zwecke der Strafverfolgung, sondern zum Zwecke der Strafvollstreckung durch den Drittstaat ersucht worden ist.¹³³ Im Berichtsjahr 2020 hat der EuGH diese Linien in weiteren Entscheidungen präzisiert.

1. Gleichsetzung von EU- und EFTA-Staaten? – Das EuGH-Urteil *I.N./Ruska Federacija*

Es stellt sich die Frage, ob wegen der privilegierten Beziehung der Schweiz zur EU auch der Schweiz das Recht eingeräumt werden könnte, gegenüber Schweizern, die in EU-Staaten aufgegriffen werden, vorrangig die Auslieferung in die Schweiz zu verlangen, sodass sie nicht an einen Drittstaat (z.B. USA, Russland) ausgeliefert werden müssen. Im Urteil vom 2. April 2020 in der Rechtssache *I.N./Ruska Federacija* übertrug der EuGH den im Urteil *Petruhhin* etablierten Mechanismus der Zusammenarbeit und gegenseitigen Hilfe analog auf Staatsangehörige von EFTA-Staaten.¹³⁴ Konkret ging es in dem Verfahren um ein Auslieferungsersuchen Russlands an Kroatien gegenüber einem dort eingereisten isländischen Staatsbürger. Zwar ist auch die Schweiz EFTA-Mitglied, allerdings rekurrierte der EuGH in der Begründung entscheidend auf das EWR-Abkommen, das ähnliche Rechte wie Art. 18 und 21 AEUV garantiert, sowie auf das zwischen der EU einerseits und Island und Norwegen andererseits geschlossene Übereinkommen über das Übergabeverfahren, das quasi eine «Lightversion» des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl dar-

132 Vgl. auch THOMAS WAHL, «CJEU Ruling »Petruhhin«: Extradition of EU Citizens to third Countries», *eucri* (2016), 131; ALLA POZDŃAKOVA, «Aleksi Petruhhin: Extradition of EU Citizens to Third States», 2 *European Papers* (2017), 209–222.

133 EuGH, Urteil vom 13.11.2018, Rs. C-247/17, EU:C:2018:898 (*Denis Raugevicius*).

134 EuGH, Urteil vom 2.4.2020, Rs. 897/19 PPU, EU:C:2020:262 (*I.N./Ruska Federacija*), insbes. Rn. 69 u. 75.

stellt.¹³⁵ Die Schweiz ist aber nicht an das EWR-Abkommen gebunden, ferner besteht zwischen der Schweiz und der EU bisher kein besonderes Auslieferungsregime; die Beziehungen zwischen der Schweiz und EU-Staaten bauen auf dem konventionellen Auslieferungsrecht auf. Deshalb erscheint es sehr fraglich, ob der EuGH der Schweiz eine ähnliche Privilegierung einräumen würde, wie er es gegenüber Island (und Norwegen) getan hat.¹³⁶

2. Die Folgen der EuGH-Linie für die Schweiz als Drittstaat – rechtliche und praktische Probleme

Die Schweiz sieht sich deshalb als Drittstaat grundsätzlich dem durch das Urteil *Petrubhin* geprägten Richterrecht ausgesetzt. Es kann also passieren, dass dann, wenn die Schweizer Behörden nach Unionsbürgern im Ausland fahnden, eine Auslieferung an die Schweiz von einem EU-Mitgliedstaat nicht bewilligt wird, weil ein anderer EU-Staat – der Heimatstaat des Verfolgten – das Strafverfahren an sich gezogen hat. Einwirkungsmöglichkeiten der Schweiz als Drittstaat bleiben in dem vom EuGH etablierten «Konsultations- und Abgabeverfahren» gering. In letzter Konsequenz erkennt der EuGH in dem die Auslieferung innerhalb der Union regelnden Regime – nämlich dem Europäischen Haftbefehl – eine Schutzwirkung gegenüber der Auslieferung an Drittstaaten an, um dem Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit Rechnung zu tragen. Den Schritt dahin, die Bürger anderer EU-Staaten aufgrund des Instituts der Unionsbürgerschaft¹³⁷ mit eigenen Staatsangehörigen des ersuchten Mitgliedstaates gleichzusetzen, geht der EuGH nicht. Denn dies würde bedeuten, dass Unionsbürger unter das – in den meisten Mitgliedstaaten verankerte – Verbot der Auslieferung eigener Staatsangehöriger an Nicht-EU-Staaten fielen. Grundsätzlich hält der EuGH hingegen wegen des legitimen Zwecks der Verhinderung von Strafflosigkeit Auslieferungen von Unionsbürgern an Staaten ausserhalb der EU für möglich.

Das *Petrubhin*-Urteil des EuGH hat die Auslieferungspraxis einschneidend verändert. Inwieweit der eingeführte Mechanismus jedoch tatsächlich Unionsbürger vor der Auslieferung in Staaten ausserhalb der Europäischen Union bewahrt, lässt sich bisher mangels systematisch erfasster Daten nicht abschliessend sagen. Einer Analyse von bei Eurojust registrierten Fällen und den Erfahrungen des Europäischen

135 Übereinkommen zwischen der Europäischen Union und der Republik Island und dem Königreich Norwegen über das Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und Island und Norwegen, ABl. 2006 L 292, 2. Das Abkommen ist am 1.11.2019 in Kraft getreten.

136 BENEDIKT PIRKER & LIVIA MATTER, «Europarecht: Schweiz–Europäische Union», 31 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (2021), 123–161, 134; vgl. auch die Analyse des EuGH-Urteils von HALVARD HAUKELAND FREDERIKSEN, «A <special relationship> built on a patchwork – How the CJEU sees the EEA EFTA states», 2020, [Anaylsis, efta-studies.org](https://www.efta-studies.org/).

137 Art. 20 AEUV.

Justiziellen Netzes (EJN) zufolge hat in der ganz überwiegenden Mehrheit der Fälle das vom ersuchten Mitgliedstaat eingeleitete Konsultationsverfahren nicht zur Strafverfolgung des Unionsbürgers im Mitgliedstaat, dessen Nationalität er besitzt, geführt.¹³⁸ Allenfalls wenn bereits ein paralleles Verfahren gegen die gesuchte Person im Mitgliedstaat der Nationalität läuft, käme die Möglichkeit, dass die Auslieferung an den Drittstaat nicht erfolgt, zum Tragen.¹³⁹ Der gemeinsame Bericht von Eurojust und dem EJN zählt eine Reihe weiterer praktischer und rechtlicher Probleme infolge der *Petruhhin*-Rechtsprechung auf.

3. Bestätigung der *Petruhhin*-Entscheidung im Vorabentscheidungsverfahren *BY*

Diese Probleme wurden auch im Vorabentscheidungsverfahren *BY/Generalstaatsanwaltschaft Berlin* vor dem EuGH offenbar. In diesem Fall erhielt Deutschland ein Auslieferungsersuchen von der Ukraine mit der Bitte um Festnahme und Auslieferung des 2012 nach Deutschland eingewanderten Verfolgten zum Zwecke der Strafverfolgung wegen der Veruntreuung von Geldern eines ukrainischen Unternehmens. Die Besonderheit des Falles lag darin, dass der Verfolgte zum Tatzeitpunkt (2010–2011) nur die ukrainische Staatsbürgerschaft hatte und dass er erst nach der Migration nach Deutschland auch die rumänische Staatsbürgerschaft erlangte (2014), gleichwohl hatte er nie einen Lebensmittelpunkt in Rumänien. Die deutschen Behörden leiteten das nach der *Petruhhin*-Rechtsprechung geforderte Konsultationsverfahren ein, erhielten aber von rumänischer Seite keine klare Antwort. Die Staatsanwaltschaft in Rumänien wies unter anderem darauf hin, dass zur Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls ein nationaler Haftbefehl notwendig sei, der aber nur erlassen werden könne, wenn hinreichende Beweise der Tatbegehung im Ausland vorlägen. Die rumänische Staatsanwaltschaft bat deshalb die deutschen Behörden, von der Ukraine die entsprechenden Unterlagen beizubringen. Das zur Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung berufene Kammergericht Berlin legte dem EuGH mehrere Fragen zum Umfang der Verpflichtungen aus dem *Petruhhin*-Urteil vor.¹⁴⁰

In seinen bemerkenswerten Schlussanträgen zu diesem Fall riet Generalanwalt Gerard Hogan den Kollegen auf der Luxemburger Richterbank sogar, die *Petruhhin*-

138 Joint report of Eurojust and the European Judicial Network on the extradition of EU citizens to third countries, November 2020, S. 21, abrufbar unter: <www.eurojust.europa.eu/joint-report-eurojust-and-ejn-extradition-eu-citizens-third-countries> (zuletzt besucht am 4.7.2021). Eine Zusammenfassung des Berichts ist unter der angegebenen Internetadresse unter anderem auch auf Deutsch, Französisch und Italienisch verfügbar.

139 Eurojust/EJN-Bericht, a.a.O.

140 KG Berlin, Beschluss vom 14.5.2019 – 4 AusLA 151/16, ABl. 2019 C 288, 24.

hin-Rechtsprechung aufzugeben.¹⁴¹ Die aufgetretenen praktischen und rechtlichen Probleme seien weder durch den Rahmenbeschluss 2002/584 über den Europäischen Haftbefehl noch das Europäische Auslieferungsabkommen von 1957 (EuAlÜbk) zu lösen.¹⁴² So stelle sich z.B. die Frage, wie viel Zeit der Aufnahmemitgliedstaat dem Herkunftsmitgliedstaat für dessen Entscheidung geben muss, was besonders problematisch ist, wenn sich die gesuchte Person in Auslieferungshaft befindet. Unbestritten sei auch das Informationsdefizit, dem der Herkunftsmitgliedstaat ausgesetzt sei. Rechtlich problematisch sei insbesondere, dass der Aufnahmemitgliedstaat (hier: Deutschland) seine völkerrechtlich eingegangenen Verpflichtungen (hier: aus dem EuAlÜbk) gegenüber dem Drittstaat (hier: Ukraine) nicht erfülle und ungeklärt sei, wie zu verfahren ist, wenn die gesuchte Person die Übernahme durch den Herkunftsstaat gar nicht möchte. Im Ergebnis schliesst sich Generalanwalt Hogan den bereits von seinem Kollegen Yves Bot in der Rechtssache *Petruhhin* dargelegten Argument an,¹⁴³ dass nach dem Unionsrecht gar keine Ungleichbehandlung zwischen eigenen Staatsangehörigen und Unionsbürgern vorliege. Denn im Falle der Nichtauslieferung eigener Staatsangehöriger ist der ersuchte Staat verpflichtet, nach der *Maxime* «aut dedere aut judicare» selbst zu verfolgen. Letzteres sei bei anderen Unionsbürgern nach dem nationalen Strafanwendungsrecht nicht möglich, weshalb grundlegende Unterschiede der Fallkonstellationen gegeben sind.¹⁴⁴

In seinem Urteil vom 17.12.2020 folgte der EuGH diesen Argumenten nicht.¹⁴⁵ Grundsätzlich bedurfte es auch im Fall *BY*, dass der EU-Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt, über sämtliche rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte informiert wird. Diesem kann zum Erlass eines Europäischen Haftbefehls eine Frist gesetzt werden; nach fruchtlosem Fristablauf kann der Verfolgte aber an den Drittstaat ausgeliefert werden. Anders als bei eigenen Staatsangehörigen bestehe keine Verpflichtung zur Übernahme der Strafverfolgung, wenn ausnahmsweise die Straftat auch im ersuchten Staat verfolgt werden kann.

4. Entscheidungen nationaler Gerichte im Zusammenhang mit der *Petruhhin*-Doktrin

Die Folgen des *Petruhhin*-Urteils werden damit die Auslieferungspraxis weiter beschäftigen.¹⁴⁶ Die Fallkonstellationen sind sehr vielgestaltig. So hat die spanische

141 Schlussanträge vom 24.9.2020, Rs. C-398/19, EU:C:2020:748 (*BY/Generalstaatsanwaltschaft Berlin*), Rn. 66.

142 Hierzu sowie zu den folgenden Argumenten, Schlussanträge, supra Fn. 141, Rn. 59–65.

143 Schlussanträge vom 10.5.2016, Rs. C-182/15, EU:C:2016:330 (*Aleksei Petruhhin*), Rn. 49–70.

144 Schlussanträge, supra Fn. 141, Rn. 51.

145 EuGH, Urteil vom 17.12.2020, Rs. C-398/19, EU:C:2020:1032 (*BY/Generalstaatsanwaltschaft Berlin*).

146 Vgl. auch KLAUS MICHAEL BÖHM, «Aktuelle Entwicklungen im Auslieferungsrecht», 41 *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2021), 209–216, 215 f.

Audiencia Nacional der Auslieferung nach Deutschland auch dann absoluten Vorrang vor einer Auslieferung in die USA eingeräumt, obwohl im Hinblick auf die Schwere der Straftat aus Verhältnismässigkeitsgründen rein rechtlich kein nationaler Haftbefehl als Grundlage für einen Europäischen Haftbefehl ausgestellt werden und die Tat wegen Verfolgungsverjährung in Deutschland nicht mehr geahndet werden konnte.¹⁴⁷ Das OLG Frankfurt a.M. hat die *Petruhhin*-Doktrin dahingehend weiterentwickelt, dass die Auslieferung an die USA versagt werden muss, weil der italienische Verfolgte schon in Italien wegen derselben Tat bestraft worden war.¹⁴⁸ Damit dehnte das Gericht ein eigentlich nur für deutsche Verfahren im Auslieferungsvertrag zwischen Deutschland und den USA vorgesehenes Auslieferungshindernis des *ne bis in idem* auf in anderen EU-Staaten geführte Ermittlungsverfahren aus.¹⁴⁹ In den kommenden Jahren sind weitere grundlegende Gerichtsentscheidungen auf nationaler und europäischer Ebene zu diesem Themenkomplex zu erwarten, und ggf. kann bei geeigneter Fallgestaltung auch die Position der Schweiz in diesem vom EuGH geschaffenen Parallelsystem geklärt werden.

C. Ausblick

Im Berichtsjahr 2020 wurden die Grundlagen für die Weiterentwicklung des Europäischen Strafrechts in vielen Politikbereichen gelegt. Im Jahr 2021 ist mit konkreten Umsetzungsmassnahmen durch die Europäische Kommission zu rechnen. Dies betrifft insbesondere das für die Schweiz unmittelbar verpflichtende Schengen-Recht. Die Kommission wird versuchen, die in den letzten Jahren durch Krisen gefährdete Grundidee des Raumes ohne Binnengrenzen mit starken Kontrollen an den Schengen-Aussengrenzen wiederherzustellen und rechtssicherer zu machen. Ziel muss ein abgestimmter, konsensorientierter Mechanismus sein, bei dem ein Alleinhandeln der Schengen-Staaten zur Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen (wie 2020 insbesondere durch die Corona-Pandemie offenbar geworden) vermieden wird. Mit Spannung zu erwarten sind 2021 die Vorschläge der Kommission zu einer weiteren Reform des EU-Geldwäscherechts, welches für die Schweiz als wichtiger Bankenstandort und wegen ihrer wirtschaftlichen Verflechtungen zur EU relevant wird. Schliesslich werfen bedeutende Ereignisse in der Kriminalitätsbekämpfung auf supranational institutioneller Ebene ihre Schatten voraus. Heftig in Diskussion steht bereits der im Dezember 2020 vorgelegte Gesetzesentwurf der Kommission zu einer

147 Audiencia Nacional de España (Nationaler Obergerichtshof), Plenum des Gerichts Nr. 1, Beschluss v. 19.11.2019 – 75/2019, 40 Strafverteidiger (StV) (2020), 626 m. Anm. KLAUS MICHAEL BÖHM.

148 OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 19.5.2020 – 2 AusLA 3/20, 40 Strafverteidiger (StV) (2020), 620 m. Anm. NIKOLAOS GAZEAS.

149 Vgl. Art. 8 des Auslieferungsvertrages vom 20.6.1978 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, abgedruckt in: Schomburg & Lagodny, supra Fn. 94, V A.3.

Reform der Rechtsgrundlage des Europäischen Polizeiamtes Europol.¹⁵⁰ Dessen Mandat und Befugnisse sollen an die Veränderungen in der Sicherheitslandschaft und die sich wandelnden und zunehmend komplexen Bedrohungen angepasst werden. Ferner ist zum 1. Juni 2021 die Europäische Staatsanwaltschaft als zusätzlicher Akteur auf die Bühne supranationaler Strafverfolgungsinstitutionen getreten, als sie ihre operationelle Tätigkeit aufgenommen hat. Für die Schweiz bedeuten diese letzteren Entwicklungen, dass neue Kapitel der Zusammenarbeit aufgeschlagen werden müssen.¹⁵¹

150 Supra Fn. 104; vgl. auch CORNELIA RIEHLE, «Commission Proposes Europol Reform», eucrim (2020), 279 und die weiteren Berichte zum Gesetzgebungsvorschlag auf <<https://eucrim.eu/news/>> unter dem Stichwort «Europol»; WOUTER VAN BALLEGOIJ, «Revision of the Europol Regulation», Briefing January 2021, abrufbar unter: <[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/654214/EPRS_BRI\(2021\)654214_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/654214/EPRS_BRI(2021)654214_EN.pdf)> (zuletzt besucht am 12.7.2021); NIOVI VAVOULA & VALSAMIS MITSILEGAS, «Strengthening Europol's mandate A legal assessment of the Commission's proposal to amend the Europol Regulation», Study for the LIBE Committee, May 2021, abrufbar unter: <[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694200/IPOL_STU\(2021\)694200_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694200/IPOL_STU(2021)694200_EN.pdf)> (zuletzt besucht am 12.7.2021).

151 Zur Zusammenarbeit mit der EUStA, siehe CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, supra Fn. 31, 563f.; LUDWICZAK GLASSEY, supra Fn. 23. Zur Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und Europol, siehe GLESS, supra Fn. 88, Rn. 621 ff.