



Article scientifique

Article

2020

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 (2019) =  
Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2019)

---

Cassani, Ursula; Gless, Sabine; Ludwiczak, Maria; Wahl, Thomas

#### How to cite

CASSANI, Ursula et al. Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2019) = Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2019). In: Swiss Review of International and European Law, 2020, vol. 30, n° 4, p. 535–575.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:140823>

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2019)  
Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2019)

Ursula Cassani\*, Sabine Gless\*\*, Maria Ludwiczak Glassey\*\*\* & Thomas Wahl\*\*\*\*

Table des matières

- I. Les instruments internationaux en matière pénale et leur transposition en droit suisse (par Ursula Cassani)
  - A. La poursuite des procédures de mise en œuvre dans le domaine du blanchiment et du terrorisme
  - B. La ratification de la Convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains
- 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
- IV. Die Schweiz und das Europäische Strafrecht (von Sabine Gless und Thomas Wahl)
  - A. Schutz des EU-Budgets
  - B. Schutz des EU-Binnenmarktes
  - C. Schutz der Sicherheit

\* Professeure de droit pénal, Université de Genève, membre du comité de rédaction de la SRIEL.

\*\* Professorin für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Basel.

\*\*\* Chargée de cours à l'Université de Genève, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel, enseignante à la Haute école de gestion Arc, Neuchâtel.

\*\*\*\* 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 en droit suisse (par Ursula Cassani)

### A. La poursuite des procédures de mise en œuvre dans le domaine du blanchiment et du terrorisme

Les évolutions législatives ayant marqué 2019 se situent dans le prolongement de celles de l'année 2018 et ont dès lors déjà fait l'objet d'une analyse dans notre précédente chronique. Nous ne reviendrons donc pas sur les modifications proposées pour adapter le droit suisse en matière de blanchiment d'argent aux exigences du GAFI<sup>1</sup>, thème amplement traité l'année passée<sup>2</sup> et que nous reprendrons dans notre prochaine chronique<sup>3</sup>.

Il en va de même de la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel lancée en 2018<sup>4</sup> qui n'a, quant à elle, que peu progressé lors de l'année 2019, puisque le Conseil des Etats, prioritaire, a voté l'entrée en matière, puis renvoyé le projet à sa commission de la politique de sécurité le 9 décembre 2019, avec mandat de le réexaminer en tenant compte d'un corapport de sa commission des affaires juridiques<sup>5</sup>.

### B. La ratification de la Convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains

La Convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains (ci-après, Convention) a été conclue à Saint Jacques de Compostelle le 25 mars 2015<sup>6</sup>. Sa ratification a été soumise aux Chambres fédérales le 28 août 2019<sup>7</sup>, avec un projet de mo-

1 Message du 26 juin 2019 concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent, FF 2019 5237.

2 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, 420 ss.

3 La destinée parlementaire du projet s'annonce mouvementée, la pierre d'achoppement étant la soumission des conseillers, y compris des avocats et notaires, aux devoirs préventifs en matière de lutte contre le blanchiment. Le 2 mars 2020, le Conseil national a refusé l'entrée en matière (BO CN 2020 19). La commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, lors de sa session du 26 mai 2020, a chargé l'administration de lui soumettre trois options, qui seront discutées lors d'une session à venir (communiqué de presse, cf. Curia Vista 19.044).

4 Message du 14 septembre 2018 relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé, FF 2018 6469. Cf. CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, supra n. 2, 426 s.

5 BO CE 2019 1103 ss.

6 STCE 216 (en vig. depuis le 1<sup>er</sup> mars 2018); FF 2019 5723.

7 Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains (modification de la loi sur la transplantation et de la loi relative à la recherche sur

dification de la loi sur la transplantation<sup>8</sup> et de la loi relative à la recherche sur l'être humain (LRH)<sup>9</sup>. Ces propositions gouvernementales ont été approuvées par le Conseil national le 10 décembre 2019<sup>10</sup>, avec quelques retouches. Les débats ont été brefs, et la nécessité de la lutte contre le trafic international d'organes a fait l'unanimité. Toutefois, une forte minorité menée par le conseiller national Aeschi s'est opposée à l'approbation de la Convention au nom de la protection de la souveraineté suisse, en faisant valoir qu'il en découlerait « ein weiteres Mal die Gefahr, dass sich solche Übereinkommen dynamisch entwickeln »<sup>11</sup>. Relevant de la pure gesticulation politique, cette expression de défiance envers le droit international n'a pas empêché la minorité de voter en faveur des modifications du droit suisse découlant de la Convention. Le Conseil des Etats a adhéré aux décisions du Conseil national le 2 mars 2020<sup>12</sup>, et les deux Chambres fédérales ont adopté l'ensemble à l'unanimité lors du vote final intervenu le 19 juin 2020<sup>13</sup>.

Le Conseil fédéral relève dans son Message que le droit suisse est *déjà largement conforme* aux exigences découlant de la Convention, seules des adaptations ponctuelles étant nécessaires. Ainsi, l'art. 69 al. 1 lit. a de l'actuelle loi sur la transplantation sera élargi de manière à réprimer, en amont de l'octroi et de la perception d'un avantage pour un don d'organe, qui sont d'ores et déjà punissables, l'offre et la demande d'un tel avantage. L'achat et la vente d'organes réprimés à l'art. 62 al. 1 lit. c LRH subissent la même extension. La transplantation d'organes prélevés sans le consentement du donneur sera incriminée à l'art. 69 al. 1 lit. c<sup>bis</sup> de la loi sur la transplantation, à côté du prélèvement, qui est déjà punissable. Lorsque l'organe est celui d'une personne mineure, le délit réprimé à l'art. 69 al. 1 devient un crime, comme c'est déjà le cas pour l'infraction par métier (art. 69 al. 2). Enfin, la recherche sur des organes prélevés de manière illicite devient punissable (art. 62 al. 1 lit. c<sup>bis</sup> LRH).

Nous renonçons à revenir ici sur le problème de l'*insuffisance du modèle suisse de la responsabilité de l'entreprise* par rapport aux exigences découlant des conventions du Conseil de l'Europe en matière pénale (en l'occurrence, art. 11 Convention). Les

l'être humain) (Projet), FF 2019 5719; Message concernant l'approbation et la mise en œuvre de la convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains (modification de la loi sur la transplantation et de la loi relative à la recherche sur l'être humain) du 28 août 2019, FF 2019 5673; Curia Vista 19.047.

8 Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (Loi sur la transplantation), RS 810.21.

9 Loi fédérale du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain (Loi relative à la recherche sur l'être humain, LRH), RS 810.30.

10 BO CN 2019 2213 ss, 2215.

11 BO CN 2019 2214 s. (Aeschi).

12 BO CE 2020 5 ss, 7.

13 Pour mémoire, la session de printemps a dû être interrompue en raison de la situation sanitaire, ce qui explique le report du vote final.

art. 102 al. 1 CP<sup>14</sup> et 7 DPA<sup>15</sup> applicables aux infractions évoquées ici sont très lacunaires et ne permettent pas d'établir une responsabilité parallèle de la personne morale et physique.

La question de l'*application extraterritoriale* du droit suisse et donc de la compétence judiciaire pour les infractions liées au trafic d'organes commises à l'étranger a fait l'objet d'un traitement confus. Dans sa version datant de 2004, l'art. 69 al. 1 lit. b loi sur la transplantation déclare punissable celui qui fait le commerce d'organes « en Suisse ou à l'étranger, à partir de la Suisse ». Pour le surplus, la compétence du juge suisse est régie par les art. 3 à 8 CP, car les dispositions générales du CP s'appliquent aux infractions prévues par les autres lois fédérales, sauf si elles contiennent des dispositions sur la matière (art. 333 al. 1 CP).

La révision abandonne le lien territorial avec la Suisse comme élément constitutif de l'infraction réprimant le commerce d'organes. Pour ce qui est de la juridiction, la Convention prévoit l'*obligation* de chaque Partie d'établir sa compétence en vertu de la territorialité, du principe du pavillon et pour les infractions commises à l'étranger par l'un de ses ressortissants ou par une personne ayant sa résidence habituelle sur son territoire (art. 10 § 1)<sup>16</sup>. En outre, « [c]haque Partie s'efforce de prendre les mesures législatives ou autres nécessaires pour établir sa compétence à l'égard [des infractions commises] à l'encontre de l'un de ses ressortissants ou d'une personne ayant sa résidence habituelle sur son territoire » (art. 10 § 2).

La Suisse connaît le principe de la personnalité active et celui de la personnalité passive, régis par l'art. 7 al. 1 CP. Toutefois, cette compétence se limite aux auteurs et victimes suisses et ne s'étend pas aux résidents habituels. L'avant-projet de mise en œuvre de la Convention comportait donc une réserve pour les infractions commises par des personnes ayant leur résidence habituelle en Suisse<sup>17</sup>. Suite à la procédure de consultation<sup>18</sup>, cette réserve a été abandonnée dans le projet. Cela aurait suffi pour conférer à la justice pénale suisse la compétence de poursuivre les résidents étrangers. L'art. 6 CP permet en effet de poursuivre tout auteur pour son infraction commise à l'étranger, si une convention internationale instaure une obligation de poursuivre. Il faut pour cela que l'acte soit punissable au lieu de commission et que l'auteur se trouve en Suisse au moment de la procédure.

Toutefois, le Conseil fédéral s'est montré plus ambitieux, en proposant l'introduction, dans la loi sur la transplantation, d'un art. 69 al. 4 précisant que « [l]'auteur est également punissable s'il a commis l'acte visé à l'al. 1, let. a à c<sup>bis</sup>, ou à l'al. 2 à l'étranger. L'art. 7, al. 4 et 5, du code pénal s'applique ». La version en langue allemande, quant à elle, se réfère à l'art. 7 CP tout entier. Le Message précise que la

14 Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0.

15 Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA), RS 313.0.

16 Message, FF 2019 5673, 5685, 5698.

17 Message, FF 2019 5673, 5687.

18 Message, FF 2019 5673, 5687.

clause « établit la compétence des juridictions suisses aux fins de connaître des infractions commises par toute personne présente en Suisse »<sup>19</sup>, sans exiger qu'elle soit ressortissante suisse (ce qui aurait été inutile au regard de l'art. 7 al. 1 CP) ni résidente habituelle. Ainsi, le projet instaure la compétence universelle, non prévue par la Convention<sup>20</sup>, qui ne la proscrit pas pour autant. A la lecture de la clause proposée en version française du projet, c'est de l'universalité dans sa forme unilatérale la plus extrême qu'il s'agissait, sans exigence de punissabilité de l'acte au lieu de commission<sup>21</sup>.

Les parlementaires n'ont pas contesté la compétence universelle en tant que telle, mais l'absence de double incrimination<sup>22</sup>. Pour résoudre ce problème, ils se sont alignés sur la version allemande, sur la base du raisonnement suivant, exposé par le rapporteur de la commission : « Il faut appliquer l'article 7 du code pénal dans son ensemble, sur les crimes commis à l'étranger, et non seulement les alinéas 4 et 5 de cet article, comme le prévoyait le projet du Conseil fédéral dans la version française, auquel cas la règle aurait ouvert la punissabilité sans incrimination dans le lieu de commission des actes »<sup>23</sup>. La double incrimination est, en effet, prévue à l'art. 7 al. 1 lit. a CP. Toutefois, ce n'est pas à cette clause, mais à l'ensemble de l'art. 7 qu'il est fait référence.

Ce correctif aboutit à un non-sens législatif. L'art. 7 CP dans son ensemble est déjà applicable en vertu de l'art. 333 al. 1 CP. Or, comme déjà constaté, l'art. 7 al. 1 CP ne concerne que les citoyens suisses, auteurs ou victimes d'infractions. Quant aux hypothèses de l'art. 7 al. 2 CP, elles sont beaucoup trop étroites, puisqu'elles supposent soit que l'extradition ait été refusée pour un motif autre que la nature de l'acte (p.ex. parce que le pays requérant risque d'appliquer la peine de mort), soit que l'auteur ait commis un crime particulièrement grave proscrit par la communauté internationale, hypothèse à écarter s'agissant d'infractions qui constituent en général des délits et qui, même sous leur forme aggravée, ne paraissent pas remplir ce critère.

Dès lors, il fallait garder la version française de l'art. 69 al. 4 du projet de loi sur la transplantation, en y ajoutant l'exigence de la punissabilité au lieu de commission et de la présence de l'auteur en Suisse, ainsi que le principe de la *lex mitior* (« [I] art. 7, al. 1 lit. a et b, 3, 4 et 5, du code pénal s'applique »)<sup>24</sup>.

19 Message, FF 2019 5673, 5687 et 5699 s.

20 Message, FF 2019 5673, 5699.

21 Le Message (FF 2019 5673, 5699) semble admettre que la double incrimination est un principe inamovible du droit suisse, mais se réfère aux art. 5, 124, 181a, 185 et 185<sup>bis</sup> CP qui instaurent l'universalité unilatérale et renoncent à la double incrimination.

22 Cf. aussi la prise de position du Conseiller fédéral Berset devant le Conseil des Etats (BO CE 2020 7).

23 BO CN 2019 2213 (Nantermod).

24 On aurait aussi pu se référer, de manière plus pertinente, aux clauses analogues de l'art. 6 CP (al. 1 lit. a et b, 2, 3 et 4). Traitant des infractions poursuivies en vertu d'un accord international, l'art. 6 CP entretient des liens plus étroits que l'art. 7 CP avec la matière régie ici.

Reste à savoir s'il est néanmoins possible d'admettre la compétence universelle sur la base du texte légal absurde voté par les Chambres. Il faut avoir à l'esprit que les règles sur la compétence internationale ne relèvent pas seulement du droit formel, mais matériel. Elles déterminent le champ d'application des infractions pénales, régi par le principe *nullum crimen sine lege* (art. 1<sup>er</sup> CP). Toutefois, les pénalistes suisses appliquent le principe de la légalité avec une certaine souplesse, en admettant que le sens véritable de la loi peut parfois dépasser sa lettre, même en défaveur de l'auteur<sup>25</sup>. En l'occurrence, il paraît soutenable, sur la base d'une interprétation téléologique et historique, que le trafic d'organes est soumis en droit suisse au principe de l'universalité, assorti de la condition de la double incrimination et des autres conditions évoquées ci-dessus, qui sont d'ailleurs favorables à l'auteur.

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

### A. Actualité législative

#### 1. Protection des données

L'introduction dans l'EIMP<sup>26</sup> d'une section 1*b* (art. 11*b* à 11*b* EIMP) s'inscrit dans le cadre de la révision totale de la loi sur la protection des données (LPD)<sup>27</sup>. Afin de mettre en œuvre les exigences de la Directive (UE) 2016/680 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, une modification de l'EIMP a été nécessaire. En effet, la LPD révisée ne s'applique pas aux procédures d'entraide judiciaire (art. 2 al. 2 let. c LPD), alors que le traitement des données personnelles dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire internationale tombe dans le champ d'application de ladite Directive<sup>28</sup>. Les nouvelles dispositions portent sur le droit d'accès aux données dans le cadre d'une procédure pendante (art. 11*b* EIMP) et sa restriction en cas de demande d'arrestation aux fins d'extradition (art. 11*c* EIMP), le droit de rectification et d'effacement (art. 11*d* EIMP), l'égalité de traitement (art. 11*e* EIMP) ainsi que la communication des données à un Etat tiers ou à un orga-

25 Voir, entre autres, PHILIPPE GRAVEN & BERNHARD STRÄULI, L'infraction pénale punissable, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1995, 39 s; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht AT I: Die Straftat, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2011, § 4 N 29 ss.

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

27 Loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 19 juin 1992, RS 235.1.

28 Message du 15 septembre 2017 concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, FF 2017 6565, 6775 ss.

nisme international (art. 11*f*, 11*g* et 11*b* EIMP). La modification de l'EIMP est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2019 et les premiers arrêts y relatifs ont été rendus peu après<sup>29</sup>.

## 2. Transfèrement des personnes condamnées

A la session d'été 2019, les Chambres ont adopté à l'unanimité l'Arrêté fédéral relatif à l'approbation du Protocole portant amendement au Protocole additionnel à la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées du 21 juin 2019<sup>30</sup>. La Suisse applique cet instrument provisoirement depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020.

## 3. Entraide avec divers organismes internationaux

Le Conseil fédéral a adopté, en novembre 2019, le projet de modification de l'art. 1 EIMP<sup>31</sup> permettant la coopération avec différents organismes internationaux ainsi que le Message y relatif<sup>32</sup>. Le projet reprend le texte de l'Avant-projet, déjà présenté dans la chronique précédente<sup>33</sup>.

## 4. Traité d'entraide avec l'Indonésie

En décembre 2019, le Conseil fédéral a adopté le Message relatif à un traité d'entraide judiciaire en matière pénale avec l'Indonésie<sup>34</sup>, étendant ainsi le réseau des traités conclus avec des Etats du monde entier. Jusque-là, la Suisse n'était liée par aucun traité d'entraide avec cet Etat. Le traité s'inscrit dans la continuité de ceux déjà en place, à la différence que, pour la première fois, une disposition portant spécifiquement sur la protection des données (art. 9) a été incluse.

## 5. Echange d'empreintes digitales et de profils ADN

Bien que concernant l'entraide policière et non judiciaire, nous signalons encore qu'en décembre 2019, le Conseil fédéral a ouvert une procédure de consultation portant sur l'approbation et la mise en œuvre de trois accords internationaux (accord dit

29 TPF RR.2019.65 du 27 septembre 2019; TF 1C\_550/2019 du 26 novembre 2019, voir *infra* Sect. B.1.

30 FF 2019 4391. A propos du Protocole amendant le Protocole additionnel, voir CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, *supra* n. 2, 430.

31 FF 2019 7023.

32 Message du 6 novembre 2019 concernant la révision de l'art. 1 de la loi sur l'entraide pénale internationale, FF 2019 7007.

33 CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, *supra* n. 2, 431.

34 Message du 13 décembre 2019 relatif à l'approbation du traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et l'Indonésie, FF 2020 835.

coopération « Prüm »<sup>35</sup>, protocole Eurodac<sup>36</sup> et accord PCSC<sup>37</sup>). Ces Accords permettront à la police de déterminer rapidement quels Etats disposent d'informations et faciliteront une comparaison de profils ADN et d'empreintes digitales afin d'accélérer les investigations. En l'état actuel, la police doit interroger chaque Etat individuellement.

## B. Actualité judiciaire

### 1. Quelques chiffres

5675 cas d'entraide (au sens large, demandes entrantes et sortantes confondues) ont été traités en 2019 par les autorités suisses. 82% étaient des cas d'entraide au sens strict (4633 cas), 10% des extraditions (593 cas), 6% des délégations de la poursuite (363 cas) et 2% des délégations de l'exécution de la décision pénale (86 cas), dont 79 transfèrements de personnes condamnées<sup>38</sup>. Dans l'ensemble, les chiffres sont stables par rapport à l'année 2018. Trois points méritent néanmoins d'être relevés. Tout d'abord, la Suisse a adressé davantage de demandes d'entraide au sens strict à l'étranger (1664 cas en 2019, pour 1493 cas en 2018), en particulier en matière de récolte de preuves et de remise de valeurs. Ensuite, le nombre de demandes d'extradition adressées à la Suisse est en baisse constante depuis plusieurs années déjà (397 en 2015, 372 en 2016, 360 en 2017, 350 en 2018, 321 en 2019). Finalement, aucun cas de coopération avec la Cour pénale internationale n'a eu lieu en 2019.

La Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (TPF) a rendu 230 décisions en matière d'entraide en 2019<sup>39</sup>, dont quelques 70% en matière d'entraide au sens strict et 30% en matière d'extradition, aucune décision en matière de délégation de la pour-

35 Accord du 27 juin 2019 entre l'Union européenne et la Confédération suisse pour l'application de certaines des dispositions de la décision 2008/615/JAI du Conseil relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, de la décision 2008/616/JAI du Conseil concernant la mise en œuvre de la décision 2008/615/JAI relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, y compris son annexe, et de la décision-cadre 2009/905/JAI du Conseil relative à l'accréditation des prestataires de services de police scientifique menant des activités de laboratoire.

36 Protocole du 27 juin 2019 entre l'Union européenne, la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein à l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse, concernant l'accès à Eurodac à des fins répressives.

37 Accord du 12 décembre 2012 entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant l'approfondissement de la coopération en matière de prévention et de répression des infractions pénales graves.

38 Ces chiffres sont basés sur ceux fournis par l'OFJ, Rapport d'activité 2019, Entraide judiciaire internationale, mai 2020, 30 s.

39 OFJ, Rapport 2019, supra n. 38, 31.

suite ou d'exécution des décisions<sup>40</sup>. Deux arrêts portant sur l'entraide au sens strict ainsi qu'un arrêt en matière d'extradition ont été publiés au Recueil officiel<sup>41</sup>.

La Cour d'appel du TPF a pris ses fonctions le 1<sup>er</sup> janvier 2019<sup>42</sup>. En matière d'entraide, elle est compétente pour statuer sur les demandes de révision (art. 38a LOAP<sup>43</sup> et 19a ROTPF<sup>44</sup>). Elle a rendu quatre décisions en lien avec le domaine de l'entraide en 2019<sup>45</sup>.

Le TF a, quant à lui, rendu 66 arrêts en entraide en 2019<sup>46</sup>, dont quelques 65% en matière d'entraide au sens strict et 35% portant sur l'extradition<sup>47</sup>. Un seul, traitant de l'entraide au sens strict et plus particulièrement de la remise aux fins de confiscation (art. 74a EIMP) d'un bien culturel, a été publié au Recueil officiel<sup>48</sup>.

## 2. Aspects transversaux

### a) Reconnaissance de l'Etat requérant

Dans un cas d'entraide au sens strict avec la Libye portant sur des biens culturels<sup>49</sup>, le TPF a été amené à aborder la question de l'aptitude de la Libye à entretenir des relations d'entraide internationale. D'après le recourant, la situation en Libye et les difficultés auxquelles font face les institutions de cet Etat ne permettaient pas de retenir qu'il s'agissait d'un Etat avec lequel une relation d'entraide pénale pouvait être établie.

Le TPF a ainsi discuté la reconnaissance par la Suisse de l'Etat libyen et exposé que, depuis la chute en 2011 du régime de Mouammar Kadhafi, la Libye fait face à

40 Ces chiffres recensent les décisions rendues en 2019 et publiées dans la base de données en ligne du TPF. Les chiffres publiés par le TPF dans son rapport annuel (TPF, Rapport de gestion 2019, janvier 2020, 44) font état du nombre de causes traitées et non du nombre de décisions rendues.

41 TPF 2019.20; TPF 2019.109; TPF 2019.119. A propos de ces arrêts, voir infra, Sect. B.2.a), B.2.b) et B.3.a) respectivement.

42 Modification du 17 mars 2017 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération. Création d'une cour d'appel au Tribunal pénal fédéral, RO 2017.5769.

43 Loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP) du 19 mars 2010, RS 173.71.

44 Règlement sur l'organisation du Tribunal pénal fédéral (ROTPF) du 31 août 2010, RS 173.713.161. Voir aussi TPF CR.2019.10 du 24 février 2020, c. 1.1.

45 TPF CR.2019.5 du 2 septembre 2019; TPF CR.2019.8 du 16 septembre 2019; TPF CR.2019.11 du 20 décembre 2019; TPF CN.2019.5 du 27 décembre 2019. Une décision (TPF CR.2019.10 du 24 février 2020), bien que rendue en 2020, sera commentée dans la présente chronique puisqu'elle est liée à une décision incidente rendue en 2019 (TPF CN.2019.5 du 27 décembre 2019).

46 OFJ, Rapport 2019, supra n. 38, 31.

47 Ces chiffres portent sur les arrêts rendus en 2019 publiés dans la base de données en ligne du TF.

48 ATF 145 IV 294. A propos de cet arrêt, voir infra, Sect. B.4.d)ii. L'arrêt rendu en matière de protection des données (TF IC\_550/2019 du 26 novembre 2019) n'a, quant à lui, pas été publié au Recueil officiel.

49 TPF RR.2018.241 du 12 novembre 2019. Voir aussi infra Sect. B.4.h) pour un autre aspect intéressant de cette affaire.

d'importants problèmes internes. En particulier, deux autorités se disputent le pouvoir<sup>50</sup>. Après avoir rappelé les règles en matière de reconnaissance des Etats, le TPF a rappelé que la Suisse reconnaît, en principe, les Etats et non les gouvernements. Ainsi, l'Etat demeure reconnu même si l'effectivité du gouvernement n'est plus acquise et que le gouvernement, comme dans le cas de la Libye, est « fragilisé par des années de conflit et confronté à des problèmes institutionnels »<sup>51</sup>. Ensuite, le TPF a abordé la question de l'existence en Libye d'institutions (gouvernement, ambassades, représentations dans les organisations internationales dont l'UNESCO) opérationnelles aptes à permettre des relations d'entraide pénale, question à laquelle il a répondu positivement<sup>52</sup>.

b) Formalisme excessif et production d'une procuration

Lorsque le mémoire de recours est signé par un mandataire ne justifiant pas de ses pouvoirs, l'autorité a l'obligation d'accorder un délai convenable pour réparer le vice. Cela découle de l'interdiction du formalisme excessif<sup>53</sup> et ressort également des art. 11 al. 2, 23 et 52 al. 2 et 3 PA<sup>54</sup> applicables en entraide par renvoi des art. 37 al. 2 let. a et 39 al. 2 let. b LOAP. Dans un cas d'entraide avec les Etats-Unis d'Amérique<sup>55</sup>, aucune procuration n'avait été produite dans la procédure de recours devant le TPF. Ce dernier a avisé l'avocat par écrit et un délai a été imparti, avec la précision qu'à défaut, le recours serait déclaré irrecevable. En l'absence de réponse de la part de l'avocat, le TPF a déclaré le recours irrecevable. Sur recours, le TF a jugé que le TPF n'avait pas fait preuve de formalisme excessif, bien qu'une procuration figurât au dossier transmis par l'OFJ mais sans que cela ne ressorte du recours<sup>56</sup>. Le simple fait que l'avocat avait déjà produit un tel document devant l'OFJ ne le dispensait pas de répondre à la sollicitation du TPF.

Dans un autre cas, qui concernait une demande d'entraide espagnole, la procuration produite à la demande du TPF était encore insuffisante à justifier les pouvoirs du mandataire. Le TPF a déclaré le recours irrecevable<sup>57</sup>. Le TF a approuvé cette manière de procéder en expliquant que « ni la loi ni la constitution n'imposent la fixation d'un délai supplémentaire pour y remédier, en particulier dans une cause d'entraide judiciaire régie par le principe de célérité et lorsque la partie recourante agit par l'en-

50 TPF RR.2018.241 du 12 novembre 2019, c. 2.1.

51 TPF RR.2018.241 du 12 novembre 2019, c. 2.3.

52 TPF RR.2018.241 du 12 novembre 2019, c. 2.3.

53 Voir notamment ATF 104 Ia 403, c. 4e.

54 Loi fédérale sur la procédure administrative (PA) du 20 décembre 1968, RS 172.021.

55 TPF RR.2019.61-62 du 18 avril 2019; TF 1C\_237/2019 du 17 mai 2019.

56 TF 1C\_237/2019 du 17 mai 2019, c. 2.2.

57 TPF RR.2019.71 du 7 mai 2019.

tremise d'un mandataire professionnel censé reconnaître d'emblée la portée juridique des documents produits »<sup>58</sup>.

c) Protection des données

Dans un cas d'entraide avec la Russie<sup>59</sup>, le Ministère public genevois avait ordonné la remise à l'Etat requérant de documents qui contenaient les données personnelles de nombreuses personnes : des employés de la société titulaire des comptes mais aussi des tiers. L'un des griefs invoqués à l'appui du recours était le fait que la transmission des informations personnelles ne pouvait avoir lieu, en application de l'art. 11f EIMP, puisqu'elle risquait de menacer la personnalité des personnes concernées, notamment en raison de l'absence d'un niveau de protection adéquat en Russie.

D'après l'art. 11f EIMP, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2019, aucune donnée personnelle ne sera communiquée à l'autorité compétente d'un Etat tiers (on entend par là tout Etat qui n'est pas lié à la Suisse par l'un des accords d'association à Schengen) ou à un organisme international si la personne concernée devait s'en trouver gravement menacée, notamment en raison de l'absence d'un niveau de protection adéquat dans l'Etat tiers (al. 1). La disposition prévoit néanmoins trois conditions qui permettent de considérer qu'un Etat tiers ou un organisme international offre un niveau de protection des données adéquat (al. 2). Tel est le cas lorsque l'Union européenne l'a constaté par voie de décision, lorsque le niveau de protection des données est assuré par un traité international ou encore lorsque des garanties spécifiques sont fournies. Ces trois conditions sont exhaustives et alternatives<sup>60</sup>. En dérogation à ce qui précède, il est envisageable de communiquer des données personnelles dans d'autres cas de figure prévus à l'al. 3 de cette même disposition. Ainsi, la communication peut avoir lieu si elle est nécessaire par exemple pour protéger la vie ou l'intégrité corporelle de la personne concernée ou d'un tiers (let. a) ou encore pour prévenir un danger immédiat et sérieux pour la sécurité publique de l'État (let. b).

Dans le cas d'espèce, le TPF a considéré que la recourante n'avait pas démontré en quoi les personnes dont les noms figuraient dans les documents à transmettre à la Russie se trouveraient gravement menacées dans leur personnalité. En particulier, aucune précision quant aux noms des personnes menacées ou le risque concret qu'elles encouraient n'était fournie. Il a relevé également que la Russie avait ratifié la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1982 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel et signé le Protocole additionnel n° 181 du 8 novembre 2001 ainsi que le Protocole n° 223 du 10 octobre 2018 amendant la Convention. Finalement, il a encore ajouté qu'aucune procuration écrite permettant d'établir que le conseil de la recourante, ou cette der-

58 TF 1C\_273/2019 du 23 mai 2019, c. 2.1.

59 TPF RR.2019.65 et 66 du 27 septembre 2019.

60 Message révision LPD, supra n. 28, 6768.

nière, étaient légalement habilités à représenter les intérêts des tiers en question ne figurait dans le dossier. Le grief a ainsi été déclaré insuffisamment motivé et, partant, irrecevable<sup>61</sup>.

Saisi d'un recours, le TF est entré en matière au motif que l'application de l'art. 11<sup>f</sup> al. 1 EIMP pourrait soulever des questions nouvelles<sup>62</sup>. Il a expliqué que, « (e)n matière d'entraide judiciaire, dont l'objet même est la transmission de données à l'étranger, cette réglementation ne peut revêtir qu'une portée très restreinte ». Ainsi, cette disposition ne s'applique pas à l'égard d'Etats :

- liés avec la Suisse par une convention d'entraide judiciaire, dès lors que le droit interne ne peut, selon la pratique constante, prévoir des conditions plus restrictives que le droit conventionnel ;
- assurant un niveau de protection adéquat en matière de protection des données.

Le TF a ajouté que, même en l'absence d'un tel niveau de protection, la transmission peut avoir lieu lorsqu'il s'agit de protéger la vie ou l'intégrité corporelle de la personne concernée ou d'un tiers, de prévenir un danger immédiat pour un Etat ou de prévenir, constater ou poursuivre une infraction ou exécuter une décision pénale, pour autant qu'aucun intérêt digne de protection ne s'y oppose (art. 11<sup>f</sup> al. 3 let. a, b et c EIMP). Il en a déduit que « (c)ette dernière dérogation apparaît a priori généralement applicable lorsqu'il s'agit de donner suite à une demande d'entraide judiciaire dont le but est précisément la poursuite et la répression des infractions pénales (art. 1 EIMP) »<sup>63</sup>. La demande d'entraide émanant de la Russie, Etat partie à la Convention européenne d'entraide judiciaire (CEEJ, RS 0.351.12), les conditions particulières posées à l'art. 11<sup>f</sup> EIMP ne pouvaient donc pas trouver application. Il n'y avait ainsi pas lieu de s'interroger sur l'existence d'un niveau de protection adéquat ou sur les dérogations prévues à l'al. 3 de la disposition.

Ce faisant, le TF a exclu l'application du nouvel art. 11<sup>f</sup> EIMP pour la très grande majorité des Etats avec lesquels la Suisse coopère sur le plan pénal, puisque ces Etats sont généralement liés soit par la CEEJ, soit par des accords bilatéraux, voire encore des conventions sectorielles prévoyant des dispositions régissant l'entraide<sup>64</sup>.

#### d) Récusation

##### *i. Récusation du magistrat en charge de l'exécution de la demande*

Le Ministère public genevois avait ouvert une procédure pour blanchiment d'argent (art. 305<sup>bis</sup> CP) dans laquelle A. a été entendu en qualité de personne appelée à donner

61 TPF RR.2019.65 et 66 du 27 septembre 2019, c. 3.3.2.

62 TF 1C\_550/2019 du 26 novembre 2019, c. 2.

63 TF 1C\_550/2019 du 26 novembre 2019, c. 2.2.

64 Pour consulter l'ensemble des traités d'entraide auxquels la Suisse est partie, voir le site de l'OFJ consacré à cette thématique : <<https://www.rhf.admin.ch/thf/fr/home/strafrecht/rechtsgrundlagen/multilateral.html>> (consulté le 8 juin 2020).

des renseignements. En parallèle, les autorités pénales italiennes conduisaient une procédure pénale notamment contre A. du chef de corruption d'agents publics étrangers et sollicitaient l'entraide de la Suisse. Le même procureur genevois était en charge des deux procédures, pénale et d'entraide. A. a demandé sa récusation tant pour l'une que pour l'autre, au motif que le procureur était convaincu de la culpabilité de A. Dans la procédure d'entraide, la prévention à l'égard de A. avait, d'après lui, pour conséquence que le procureur n'aurait pas tenu compte de ses déterminations au moment de rendre la décision de clôture qui, de surcroît, était intervenue très rapidement après la réception desdites déterminations.

Après avoir rappelé les règles générales en matière de récusation des magistrats, applicables aussi dans la procédure d'entraide<sup>65</sup>, le TPF a suivi la position du procureur qui expliquait avoir tenu compte des déterminations de A. et les avoir discutées dans sa décision de clôture. Les quelques quatre jours pris pour examiner lesdites déterminations et rédiger la décision n'étaient aucunement le signe d'une prévention mais exprimaient au contraire « le souci de procéder de manière diligente et avec célérité ». Le TPF a ainsi rejeté le recours.

#### *ii. Récusation des juges de la Cour des plaintes*

Dans un cas d'entraide avec l'Italie, la Cour des plaintes du TPF avait successivement nié la qualité pour recourir de A. contre une décision levant les scellés<sup>66</sup> puis rejeté son recours contre la décision de clôture<sup>67</sup>. Pour rendre le second arrêt, la Cour était composée notamment de deux membres qui avaient déjà siégé dans la première composition : un juge ainsi que le greffier, élu juge depuis lors. A. a formé, devant la Cour d'appel, une demande de révision du second arrêt au motif que la Cour des plaintes avait violé les règles sur la récusation. La Cour s'exprime en ces termes, non sans rappeler la jurisprudence du TF allant dans le même sens<sup>68</sup> : « ne peut fonder le début d'un argument, en l'absence de toute autre circonstance particulière, le fait qu'un collègue de juges – ou une partie de celui-ci – se prononce sur un élément juridique fondamental, de manière analogue, dans une décision incidente, puis dans la décision au fond »<sup>69</sup>. La demande de révision a été rejetée.

65 TPF RR.2019.109 du 24 juillet 2019, c. 5.1.1–5.1.4.

66 TPF RR.2018.194 du 3 août 2018. A propos de cet arrêt, voir CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, supra n. 2, 442.

67 TPF RR.2019.72 du 26 août 2019, présenté infra Sect. B.4.e)i.

68 ATF 138 IV 40, c. 2.3.2.

69 TPF CR.2019.8 du 16 septembre 2019.

e) Compétence de la Cour d'appel du TPF en matière de révision

Dans un cas concernant une demande d'entraide du Brésil<sup>70</sup>, la société recourante n'avait pas fourni les documents permettant de prouver son existence effective et les pouvoirs donnés au mandataire ayant rédigé le recours, malgré les délais fixés à cette fin par le TPF. Son recours a ainsi été déclaré irrecevable en novembre 2019. Plutôt que de recourir au TF, elle s'est adressée à la Cour d'appel en formant une demande de révision. Alors que le TF statue dans les 15 jours suivant la fin de l'éventuel échange d'écritures lorsque le recours est irrecevable (art. 107 al. 3 LTF), la Cour d'appel a commencé par suspendre toute transmission à l'Etat étranger en décembre 2019<sup>71</sup>. Dans un arrêt rendu trois mois plus tard, elle a, pour la première fois depuis sa création, statué dans un tel cas, ce qui donne à cet arrêt une portée de principe. Elle a rejeté la demande en exposant que la révision est un moyen de droit extraordinaire qui ne doit pas être utilisé pour retarder inutilement le cours de la procédure, en particulier en matière d'entraide régie par le principe de la célérité<sup>72</sup>.

3. Extradition

a) Représentation dans la procédure d'extradition

En application de l'art. 21 al. 1 EIMP, l'extradable peut se faire assister d'un mandataire. S'il ne peut ou ne veut y pourvoir et que la sauvegarde de ses intérêts l'exige, un mandataire d'office lui est désigné. La disposition octroie une importante marge d'appréciation à l'autorité mais il est admis que l'assistance judiciaire doit être accordée généreusement en matière d'extradition.

Dans un cas d'extradition à la France, l'extradable avait, lors de son audition par le Ministère public genevois, indiqué vouloir être représenté par un avocat. Le Ministère public l'a aidé à trouver un mandataire, dont le nom a été communiqué à l'OFJ. L'avocat n'a pas réussi à joindre, téléphoniquement et par courriel, l'OFJ qui a rendu une décision d'extradition. Sur recours, le TPF a constaté que l'OFJ, en restant passif tout en attendant que le mandataire lui fasse – spontanément – parvenir une procuration en bonne et due forme, avait violé l'art. 21 al. 1 EIMP<sup>73</sup>. Cette violation a toutefois été réparée dans la procédure de recours devant le TPF, le recourant s'étant vu accorder la possibilité de répliquer suite à la réponse de l'OFJ et de se déterminer ainsi sur l'ensemble des faits décisifs pour le sort de la cause.

70 TPF RR.2019.260 du 27 novembre 2019.

71 TPF CN.2019.5 du 27 décembre 2019.

72 TPF CR.2019.10 du 24 février 2020, c. 5.

73 TPF RR.2019.163 du 21 août 2019, c. 2.4.

b) Libération de la détention extraditionnelle : recours de l'OFJ

Dans un cas d'extradition vers les Etats-Unis d'Amérique<sup>74</sup>, le TF a confirmé sa jurisprudence<sup>75</sup> concernant les recours de l'OFJ contre des décisions de libération de la détention extraditionnelle. Si l'OFJ entend contester la levée d'une détention extraditionnelle prononcée par le TPF, il doit immédiatement déposer un recours satisfaisant aux exigences de l'art. 42 LTF. Le recours doit être interjeté au plus tard le jour ouvrable suivant la communication de l'arrêt du TPF et doit être assorti d'une demande d'effet suspensif. Comme la libération de la détention extraditionnelle nécessite l'assentiment de l'OFJ en sa qualité d'autorité de surveillance (art. 49 al. 3 EIMP), l'OFJ est tenu de le donner si l'autorité de recours ordonne la libération, à moins qu'il ne recoure dans le délai susmentionné.

c) Décision d'extradition

i. *Double incrimination et exportation de matériel militaire*

Dans un cas d'extradition aux Etats-Unis d'Amérique<sup>76</sup>, les tribunaux se sont penchés sur la condition de la double incrimination en matière d'exportation de matériel militaire. Un ressortissant chinois avait commandé, depuis son domicile à Hong Kong, sur eBay USA, quatre objets à caractère militaire (une paire de lunettes à vision nocturne, un laser aveuglant non létal, un dispositif d'aide à la visée ainsi qu'un cache-flamme pour arme à feu) pour se les faire livrer à Hong Kong. L'acheteur avait reçu plusieurs emails de la part des vendeurs américains indiquant que l'exportation des produits qui l'intéressaient depuis les Etats-Unis était interdite et/ou qu'une licence d'exportation était nécessaire. Par conséquent, il avait indiqué aux vendeurs des adresses aux Etats-Unis, qui en réalité étaient celles d'intermédiaires. Ces derniers – informés qu'il s'agissait de jouets et autres articles commerciaux – étaient chargés de les réexpédier à Hong Kong.

Les autorités américaines demandaient l'extradition de l'acheteur depuis la Suisse. Se posait ainsi la question de savoir si, après transposition, les faits reprochés à l'acheteur auraient été punissables en application du droit suisse si les vendeurs avaient été en Suisse. Les dispositions pertinentes étaient les art. 14 al. 1 let. a LCB<sup>77</sup> et 33 al. 1 let. a LFMG<sup>78</sup>. Le TPF a considéré que la condition de la double incrimina-

74 TF 1C\_620/2019 du 16 décembre 2019, admettant le recours contre TPF RH.2019.21 du 19 novembre 2019. L'arrêt RR.2019.213 du 28 octobre 2019 par lequel le TPF refusait l'extradition pour absence de double incrimination était cassé par le TF le même jour (1C\_592/2019 du 16 décembre 2019), voir infra Sect. B.3.c)i.

75 TF 1C\_146/2012 du 23 mars 2012, c. 1.4.2.

76 TPF RR.2019.213 du 28 octobre 2019; TF 1C\_592/2019 du 16 décembre 2019.

77 Loi fédérale sur le contrôle des biens utilisables à des fins civiles et militaires, des biens militaires spécifiques et des biens stratégiques (LCB) du 13 décembre 1996, RS 946.202.

78 Loi fédérale sur le matériel de guerre (LFMG) du 13 décembre 1996, RS 514.51.

tion n'était pas remplie, les dispositions en question prévoyant des infractions dont seul un *intranseus* peut être l'auteur, *in casu* le vendeur, auquel il appartient d'obtenir les autorisations d'exportation requises. L'extradition devait ainsi être refusée.

Le TF est entré en matière sur le recours de l'OFJ<sup>79</sup> au motif que la question de la qualification de l'infraction prévue à l'art. 33 LFMG n'avait pas été tranchée jusqu'alors. Après une analyse de la jurisprudence et de la doctrine pertinentes<sup>80</sup>, le TF a conclu que la solution retenue par le TPF était contraire au but poursuivi par la loi, puisqu'elle revenait à exclure la responsabilité pénale de l'acheteur qui prétend avoir une résidence dans l'Etat et trompe ainsi le vendeur<sup>81</sup>. Le TF en a déduit que l'infraction en question était une infraction commune. Il s'est ensuite posé la question de la qualité, en l'espèce, d'auteur indirect de l'acheteur, à laquelle il a répondu par l'affirmative<sup>82</sup>. Le recours a ainsi été admis et le cas renvoyé au TPF pour qu'il statue sur les autres conditions de l'extradition. Le TPF a confirmé la décision d'extradition de l'OFJ en janvier 2020<sup>83</sup>.

*ii. Respect des garanties procédurales (art. 3 CEDH) dans l'Etat requérant*

Lorsque l'Italie requiert l'extradition d'une personne, il n'y a pas lieu de supposer que les droits fondamentaux ne seront pas respectés : en effet, depuis l'arrêt de la CEDH dans l'affaire Torreggiani<sup>84</sup>, l'Italie a entrepris de nombreuses réformes visant à réduire la surpopulation carcérale, ce qui a conduit le TF à conclure que l'extradition ne devait pas être subordonnée à des garanties<sup>85</sup>. Le TF a confirmé sa pratique et rappelé que la question du respect des droits fondamentaux dans l'Etat requérant doit être analysée en tenant compte du fait que l'Etat en question est partie à la CEDH<sup>86</sup>. L'Italie conserve donc sa place dans le groupe des Etats dits « à tradition démocratique »<sup>87</sup> ou « *Länder mit bewährter Rechtsstaatskultur* »<sup>88</sup>, auxquels la Suisse octroie l'extradition sans que des assurances formelles ne soient exigées.

Dans un autre cas, concernant la Roumanie, elle aussi partie à la CEDH et faisant traditionnellement partie du même groupe d'Etats que l'Italie, le TPF a soumis l'extradition notamment à l'assurance que les conditions de détention dans l'Etat requérant ne seront pas inhumaines ou dégradantes au sens de l'art. 3 CEDH<sup>89</sup>. Ont

79 A ce propos voir supra Sect. B.3.b).

80 TF 1C\_592/2019 du 16 décembre 2019, c. 4.1 s.

81 TF 1C\_592/2019 du 16 décembre 2019, c. 4.3.

82 TF 1C\_592/2019 du 16 décembre 2019, c. 4.4.

83 TPF RR.2019.344 et 345 du 17 janvier 2020.

84 CourEDH, arrêt Torreggiani et autres contre Italie du 8 janvier 2013, n° 43517/09.

85 TF 1C\_226/2017 du 24 mai 2017, c. 1.4; TF 1C\_176/2014 du 12 mai 2014, c. 4.

86 TF 1C\_261/2019 du 21 mai 2019, c. 1.2.

87 Voir par exemple TPF RR.2008.47 du 30 avril 2008, c. 3.2.

88 ATF 134 IV 156, c. 6.7; TPF 2017 132, c. 7.3.2.

89 TPF RR.2019.222 du 9 octobre 2019.

en particulier été soulignées la surpopulation carcérale et la qualité insuffisante des soins et de la nutrition des détenus dans les lieux de détention roumains<sup>90</sup>. Saisi d'un recours, le TF<sup>91</sup> a estimé qu'il ne s'agissait pas d'un « cas particulièrement important » et n'est pas entré en matière, renonçant ainsi à examiner la décision du TPF « déplaçant » la Roumanie du premier vers le second groupe, soit celui des Etats auxquels l'extradition peut être accordée moyennant la fourniture de garanties internationales.

Suite à une demande d'extradition présentée par la Turquie, le TPF a eu l'occasion de revoir la classification de cet Etat<sup>92</sup>. En effet, par le passé, l'obtention de garanties préalables à l'extradition n'était en général pas exigée<sup>93</sup>. Elle se limitait aux cas sensibles ayant un contexte politique<sup>94</sup>. Suite au coup d'Etat avorté de juillet 2016, la situation des droits de l'Homme en Turquie était telle que les extraditions depuis la Suisse ont dû être refusées<sup>95</sup>. Dans son arrêt d'août 2019, le TPF a réévalué la situation dans cet Etat et estimé que les extraditions pouvaient reprendre, moyennant la fourniture de garanties diplomatiques<sup>96</sup>.

### *iii. Droit au respect de la vie familiale (art. 8 CEDH)*

Dans une affaire d'extradition à la Serbie, le TF a admis le recours et renvoyé la cause à l'OFJ pour nouvelle décision au motif que les autorités précédentes n'avaient pas suffisamment tenu compte, sous l'angle de l'art. 8 CEDH, de la situation particulière de l'extradable. Ce dernier était un ressortissant allemand, marié et père de trois enfants, vivant et travaillant en Suisse, qui avait été condamné à un an et dix mois de peine privative de liberté pour infraction à la circulation routière en Serbie. La Serbie avait présenté une demande d'extradition à la Suisse mais elle avait également indiqué que les conditions étaient remplies pour que l'exécution de la peine ait lieu en Suisse. L'OFJ, puis le TPF, ont accordé l'extradition<sup>97</sup>.

Le TF a exposé que l'OFJ n'avait pas éclairci la question de savoir à laquelle des formes de coopération – extradition ou exécution de la peine – il devait être donné suite et que le TPF n'avait pas non plus examiné cet aspect en détail<sup>98</sup>. Il y a lieu de retenir de cet arrêt, l'un des rares où le TF entre en matière, que, malgré la pratique

90 TPF RR.2019.222 du 9 octobre 2019, c. 4.9.

91 TF 1C\_560/2019 du 1<sup>er</sup> novembre 2019.

92 TPF RR.2019.120 du 21 août 2019.

93 TF 1C\_356/2014 du 3 septembre 2014, c. 2.2.2; TF 1A.215/2000 du 16 octobre 2000, c. 6c.

94 Voir notamment TF 1C\_356/2014 du 3 septembre 2014, c. 2.2.2 se référant à ATF 133 IV 76, c. 4.4 ss; TPF RR.2015.119 du 10 novembre 2015, c. 8.3; TPF RR.2015.50 du 2 juillet 2015, c. 10.5.4.

95 TPF RR.2016.126 du 6 septembre 2016, c. 4.3.

96 TPF RR.2019.120 du 21 août 2019, c. 4.4. Cet arrêt n'a pas fait l'objet d'un recours au TF.

97 TPF RR.2019.50 du 9 avril 2019.

98 TF 1C\_214/2019 du 5 juin 2019, c. 3.1–3.2.

restrictive<sup>99</sup> s'agissant du refus de l'extradition sous l'angle de l'art. 8 CEDH qui garantit à toute personne le droit fondamental au respect de sa vie privée et familiale, les autorités ont une obligation de motiver leurs décisions, d'autant plus lorsque l'extradition est demandée par un Etat qui n'est pas celui d'origine de l'extradable.

#### 4. Entraide (au sens strict) sur demande étrangère

##### a) Procédure italienne de « *prevenzione patrimoniale* » et cause pénale

Dans un cas d'entraide avec l'Italie, le TPF s'est prononcé sur la nature de la procédure italienne dite de *prevenzione patrimoniale*. Cette procédure a pour but d'empêcher l'accumulation de fonds en mains de personnes qui s'enrichiraient au moyen d'activités criminelles. En ce sens, elle s'apparente aux procédures de confiscation prévues en droit suisse et peut donc être considérée comme une affaire, respectivement une cause, pénale au sens des art. 1 al. 3 et 63 al. 1 EIMP. Cela vaut également en l'état actuel du droit italien, depuis que la procédure ne concerne plus seulement les membres de la mafia mais aussi d'autres personnes considérées comme dangereuses<sup>100</sup>.

##### b) Garantie d'un procès équitable (art. 6 CEDH) dans l'Etat requérant

Dans un cas d'entraide avec les Etats-Unis d'Amérique, le TPF a été confronté à l'argument selon lequel la procédure conduite dans l'Etat requérant n'était pas conforme aux garanties fondamentales et en particulier la garantie du procès équitable au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH en tant qu'elle reposait sur les déclarations de témoins de la Couronne. Il s'agit de témoignages de personnes qui, tout étant coupables d'infractions, acceptent d'informer les autorités en contrepartie d'une atténuation voire exemption de peine.

Le TPF a considéré toutefois que, dans le cas d'espèce, la procédure américaine reposait non seulement sur ces déclarations, mais sur bien d'autres moyens de preuves, dont notamment des documents bancaires et enregistrements de conversations<sup>101</sup>.

##### c) Bonne foi et origine illicite des données fondant la demande d'entraide

Dans un cas d'entraide avec la Suède<sup>102</sup>, la question de l'origine des données fondant la demande d'entraide a été soulevée. En particulier, les recourantes indiquaient que la demande se fondait sur des documents issus de l'affaire dite des *Panama Papers*. Pour mémoire, dans cette affaire, des informations et documents confidentiels avaient

99 Voir notamment ATF 129 II 100, c. 3.5.

100 TPF 2019 20, c. 3.2.

101 TPF 2019 119, c. 7.4. Cet arrêt n'a pas fait l'objet d'un recours au TF.

102 TPF RR.2019.29–30 du 5 juin 2019.

été obtenus lors d'un vol de données, au moyen d'un piratage du serveur du cabinet d'avocats panaméen Mossack Fonseca. Les données avaient été envoyées à la *Süddeutsche Zeitung* par une source anonyme, selon laquelle aucune somme d'argent ou contrepartie n'a été exigée, à l'exception de quelques mesures de sécurité. Les documents ont ensuite été analysés en collaboration avec le Consortium international des journalistes d'investigation. Le TPF a répondu que, sur la base des informations figurant au dossier, la présomption en faveur de la bonne foi de l'Etat requérant, lié à la Suisse par un traité d'entraide, ne pouvait être renversée et il ne pouvait pas être admis que la demande d'entraide suédoise était essentiellement fondée sur des données volées en Suisse ou dans un pays tiers. En effet, il était incontestable que d'autres pièces – obtenues légalement – figuraient au dossier de la procédure pénale suédoise<sup>103</sup>. Saisi sur recours, le TF n'est pas entré en matière<sup>104</sup>.

La problématique de l'origine illicite des données fondant la demande d'entraide adressée à la Suisse se présente également en matière d'entraide administrative, en particulier fiscale, et a connu des développements suite à l'affaire dite des *Swissleaks* (liste Falciani)<sup>105</sup>.

#### d) Double incrimination

##### i. *Application dans le temps du droit étranger*

Dans un cas d'entraide avec la Grèce<sup>106</sup>, le recourant se prévalait de l'absence de double incrimination. Tel était selon lui le cas en raison de la modification du droit de l'Etat requérant survenue entre le moment où les faits se sont produits et le moment de la poursuite et, *a fortiori*, la demande d'entraide et son traitement par les autorités suisses. Faisant référence aux art. 5 CEEJ et 64 EIMP ainsi qu'à la jurisprudence constante en la matière<sup>107</sup>, le TPF a écarté le grief au motif qu'il n'y a pas lieu d'examiner si l'Etat requérant poursuit à juste titre les infractions invoquées en application des règles de droit intertemporel<sup>108</sup>.

La question nous semble toutefois plus compliquée que ne le laisse paraître cet arrêt. En effet, la jurisprudence constante<sup>109</sup> affirme que la double incrimination n'a à être analysée en entraide qu'au moment de la décision et non au moment des faits.

103 TPF RR.2019.29–30 du 5 juin 2019, c. 5.3, en particulier c. 5.3.5.

104 TF 1C\_343/2019, 1C\_344/2019 du 28 juin 2019.

105 Voir notamment ATF 143 II 224, c. 6.4. Sur la problématique en entraide en matière pénale, voir aussi TPF RR.2017.338 du 17 juillet 2018, c. 3.4.2; OFJ, Circulaire n° 1: Vol de données et entraide internationale, 20 juin 2014; CÉLIAN HIRSCH, *Entraide pénale internationale: Les données Falciani dans le viseur du TPF*, CDBF 2 janvier 2019, <<https://cdbf.ch/1039/>> (consulté le 8 juin 2020).

106 TPF RR.2019.107 du 24 juillet 2019.

107 Notamment TPF RR.2008.190–207/RR.2008.249 du 26 février 2009, c. 4.2.

108 TPF RR.2019.107 du 24 juillet 2019, c. 8.2. Le TF n'est pas entré en matière sur le recours (TF 1C\_397/2019 du 6 septembre 2019).

109 Voir notamment ATF 129 II 462, c. 4.3–4.4.

Toutefois, elle affirme aussi que l'entraide doit être refusée s'il est manifeste que l'Etat requérant n'est pas compétent pour poursuivre les faits en cause<sup>110</sup>. Or, si la double incrimination ne peut plus être établie au moment de la poursuite, il en découle, si l'on tient compte du principe de la *lex mitior*, que la compétence fait elle aussi défaut. L'argument du recourant, balayé par les tribunaux, aurait selon nous mérité d'être analysé plus en détail.

ii. *Exportation de biens culturels : transposition des faits et incrimination en droit suisse*

Dans une affaire d'entraide avec l'Italie<sup>111</sup>, un tableau attribué à Leonard de Vinci et représentant un portrait d'Isabelle d'Este a été séquestré en Suisse. L'Italie a présenté une demande de remise aux fins de confiscation (art. 74a EIMP), à laquelle l'OFJ a répondu favorablement. L'arrêt du TPF confirmant la remise a été cassé par le TF, au motif que la condition de double incrimination n'était pas remplie : les faits – exportation depuis l'Italie du tableau par sa propriétaire légitime – ne sont pas constitutifs d'une infraction en droit suisse.

La lecture de l'arrêt montre l'importance d'une transposition correcte des faits dans le cadre de l'analyse de la double incrimination. Lorsque, comme en l'espèce, un bien est exporté d'Italie vers la Suisse, les faits ne doivent pas être analysés comme une importation en Suisse. *Mutatis mutandis*, ils doivent être transposés comme une exportation depuis la Suisse. En l'état actuel du droit suisse (art. 24 al. 1 let. d LTBC<sup>112</sup>), l'exportation d'un bien culturel n'est illicite que si ce bien est inscrit à l'inventaire fédéral. Cette condition doit aussi être remplie dans le cadre de l'analyse de la double incrimination. Si, comme c'est le cas de l'Italie, l'Etat requérant ne tient pas d'inventaire, la condition n'est pas remplie<sup>113</sup> et l'entraide ne peut être accordée.

e) Mise sous scellés

i. *Qualité pour agir du propriétaire qui n'est pas détenteur de l'objet saisi*

Dans le cadre de l'exécution d'une demande d'entraide adressée par les Pays-Bas, le Tribunal des mesures de contrainte genevois avait nié la qualité pour agir dans une procédure de mise sous scellés du propriétaire non-détenteur de l'objet saisi dans le cadre d'une perquisition.

110 Voir notamment ATF 126 II 212, c. 6.

111 TPF RR.2018.182 du 4 septembre 2018; ATF 145 IV 294. A propos de cet arrêt, voir 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 ss.

112 Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (LTBC) du 20 juin 2003, RS 444.1.

113 ATF 145 IV 294, c. 6.

Lors d'une perquisition chez un tiers B., avait été saisie une valise et son contenu – propriétés de A. Ce dernier avait sollicité la mise sous scellés. Le Tribunal des mesures de contrainte genevois, saisi sur requête du Ministère public, avait ordonné la levée des scellés. Sur recours de A., le TPF a exposé que seul bénéficie de la qualité pour recourir et, partant, de la qualité de partie à la procédure d'entraide, celui qui est personnellement et directement touché (art. 80*b* let. b EIMP). L'art. 9*a* let. b OEIMP qui précise cette notion prévoit que, en cas de perquisition, est réputé personnellement et directement touché le propriétaire ou le locataire (let. b). Le TPF a confirmé son approche d'après laquelle le critère déterminant au sens de cette disposition est celui de la « maîtrise effective » au moment de la perquisition. Ainsi seul est légitimé à agir, y compris à requérir la mise sous scellés, « celui dont la possession a été directement troublée durant la mise en œuvre de la perquisition (...), à l'exclusion de toute autre personne indirectement touchée », à savoir le propriétaire ou locataire des locaux où a lieu la perquisition, à la différence du propriétaire de l'objet saisi<sup>114</sup>. Le TPF a ainsi confirmé sur ce point l'ordonnance du Tribunal genevois prononçant la levée des scellés.

Par la suite, la qualité pour recourir de A. contre la décision de clôture ordonnant la remise à l'Italie du contenu de la valise a également été niée<sup>115</sup>. Le TF a, dans le cadre du recours contre ce dernier arrêt, validé cette approche<sup>116</sup>.

#### *ii. Recours contre la décision de levée de scellés*

Dans un cas d'entraide avec l'Allemagne, le TPF a rappelé qu'il n'existe pas de voie de recours contre la décision du Tribunal des mesures de contrainte levant les scellés. En effet, une telle décision est incidente, ce qui implique qu'elle ne peut en principe pas faire l'objet d'un recours au TPF à l'exception des cas visés à l'art. 80*e* al. 2 EIMP. Or cette disposition ne vise pas la levée des scellés, qui peut être attaquée conjointement à la décision – finale – de clôture de la procédure d'entraide. Il en va différemment de la décision de levée des scellés dans le cadre de la procédure pénale, mais un tel traitement différencié ne justifie pas l'ouverture d'un recours en entraide, où des règles différentes trouvent application<sup>117</sup>. Il sied de retenir de cet arrêt que l'art. 80*e* al. 2 EIMP ne contient pas de lacune proprement dite s'agissant de la décision – incidente – levant les scellés mais un silence qualifié.

114 TPF RR.2018.271 du 14 janvier 2019, c. 2.2.3. Voir aussi TPF RR.2009.229 du 16 décembre 2009, c. 2.1.

115 TPF RR.2019.72 du 26 août 2019, c. 1.5.2. L'arrêt a fait l'objet d'une demande de révision (TPF CR.2019.8 du 16 septembre 2019, supra Sect. B.2.d)ii.).

116 TF 1C\_460/2019 du 17 septembre 2019, c. 2.1.

117 TPF RR.2019.195 du 14 août 2019, c. 2.4. Le TF n'est pas entré en matière sur le recours (TF 1C\_444/2019 du 4 septembre 2019).

f) Présence de fonctionnaires étrangers

Dans les cas de présence de fonctionnaires étrangers habilités à consulter le dossier de la procédure d'entraide (art. 65a EIMP), le risque que des informations soient portées à la connaissance de l'Etat étranger avant la clôture de la procédure d'entraide est pallié par la signature de garanties. Ces garanties, cumulées à l'application du principe général de la confiance internationale, sont aptes à prévenir tout risque de dévoilement intempestif et ce même si le recourant prétend que les fonctionnaires étrangers – en l'occurrence allemands – sont tenus, en vertu du droit de leur Etat, de verser les informations à leur dossier national. Le TPF confirme ainsi sa jurisprudence, applicable même lorsque l'entraide est demandée en lien avec une procédure pénale de nature fiscale<sup>118</sup>, ce qui n'était pas le cas en l'espèce<sup>119</sup>.

g) Saisie en vue de l'exécution d'un jugement prononçant une créance compensatrice

Dans un cas d'entraide judiciaire avec la Grèce, des fonds avaient été identifiés sur un compte suisse et séquestrés par le MPC. Saisi d'un recours, le TPF avait levé le blocage en considérant que, au regard des conditions prévues à l'art. 94 EIMP, toute remise des fonds à l'Etat étranger était d'emblée exclue<sup>120</sup>. En effet, cette disposition prévoit à son al. 1 let. a que l'exécution des décisions étrangères est soumise à la condition que le « condamné réside habituellement en Suisse ou doit y répondre d'une infraction grave ». Au vu de la résidence des prévenus en Grèce et de l'absence d'indice de la commission en Suisse d'autres infractions, la condition de l'art. 94 al. 1 let. a EIMP n'était manifestement pas remplie<sup>121</sup>.

Saisi par l'OFJ, le TF n'a pas suivi le raisonnement du TPF. Il a rappelé sa jurisprudence constante<sup>122</sup> selon laquelle cette condition « n'a de toute évidence de sens que lorsqu'il s'agit de faire exécuter une peine privative de liberté », mais ne trouve pas application lorsque l'exécution envisagée porte sur une décision de restitution aux ayants droit ou de confiscation ou encore, comme dans le cas d'espèce, lorsqu'il s'agit de l'exécution d'un jugement prononçant une créance compensatrice<sup>123</sup>. Le maintien du séquestre a été ordonné.

118 TPF RR.2015.310 du 27 janvier 2016, c. 2.7 ss; TPF RR.2010.9 du 15 avril 2010, c. 5.1 ss.

119 TPF RR.2019.130–131 du 13 juin 2019, c. 2.4.

120 TPF RR.2018.309 du 27 février 2019, c. 4.4.

121 TPF RR.2018.309 du 27 février 2019, c. 4.3.3.2.

122 ATF 120 Ib 167, c. 3d/bb; ATF 116 Ib 452, c. 5b; ATF 115 Ib 517, c. 8c.

123 TF 1C\_146/2019 du 17 mai 2019, c. 4.

#### h) Remise de moyens de preuve et exigence d'une garantie de restitution à la Suisse

Dans un cas d'entraide avec la Libye<sup>124</sup>, le Ministère public genevois a décidé de la transmission à titre de moyen de preuve notamment de trois statues (bustes gréco-romains représentant Perséphone) saisies par les douanes suisses. Le recourant estimait que telle transmission ne devait pas avoir lieu, ou à tout le moins qu'elle devait être subordonnée à la fourniture de garanties quant à leur restitution à la Suisse. Le TPF a rappelé les conditions de l'art. 74 EIMP, dont l'al. 2 prévoit que, lorsqu'un tiers acquéreur de bonne foi qui a sa résidence habituelle en Suisse fait valoir des droits sur les objets, documents ou valeurs remis à titre probatoire, leur envoi est subordonné à la condition que l'Etat requérant garantisse leur restitution gratuite au terme de sa procédure. Les garanties doivent être fournies, en règle générale, avant que la remise n'ait lieu<sup>125</sup>. Le TPF a conclu ainsi que « dans ces conditions, au vu de la complexité de la situation en Libye, ainsi que de l'absence de toutes informations utiles concernant la situation des pièces dans l'Etat requérant en cas de remise à titre de preuve, la remise des marbres litigieux s'avère, en l'état, prématurée »<sup>126</sup>. La cause a été renvoyée au Ministère public pour nouvelle décision.

#### 5. Entraide (au sens strict) demandée par la Suisse

Dans un arrêt rendu en matière de procédure pénale<sup>127</sup>, la Ire Cour de droit public du TF a précisé la portée du principe de la territorialité en matière d'exploitation d'enregistrements issus de mesures techniques de surveillance secrètes autorisées en Suisse mais ayant donné des résultats à l'étranger. Dans cette affaire vaudoise, une balise GPS et un micro avaient été posés dans un véhicule automobile qui était utilisé dans le cadre d'un trafic international de stupéfiants. Certains des résultats avaient été enregistrés à l'étranger, notamment en France et en Espagne. Tant la pose que l'utilisation des résultats avaient été autorisées par les autorités suisses compétentes.

Il ressort de cet arrêt que l'autorisation d'utiliser les résultats – délivrée par une autorité suisse – ne porte que sur les résultats obtenus sur sol suisse. Quant aux résultats obtenus dans un autre Etat, ils ne peuvent être utilisés dans la procédure suisse que si le droit de l'Etat en question ne soumet pas l'utilisation à une autorisation ou si un traité international permet une utilisation sans exigence d'autorisation. Dans le cas contraire – qui est très probable – le TF a ordonné que les résultats soient immédiatement détruits.

124 TPF RR.2018.241 du 12 novembre 2019. Voir aussi supra Sect. B.2.a) pour un autre aspect intéressant de cette affaire.

125 TPF RR.2017.167 du 18 janvier 2018, c. 5.3.

126 TPF RR.2018.241 du 12 novembre 2019, c. 4.3.

127 ATF 146 IV 36.

L'arrêt est pertinent pour la présente chronique pour deux raisons. D'une part, le TF a rappelé que si des moyens de surveillance tels une balise GPS ou un micro doivent être installés dans un Etat étranger, une demande d'entraide doit intervenir préalablement. Tel n'était pas le cas en l'espèce puisque les moyens de surveillance ont été installés – valablement – en Suisse. Le mode de procéder des autorités vaudoises est confirmé, « puisqu'il ne peut être attendu des autorités de poursuite pénale suisses qu'elles anticipent par principe d'éventuels déplacements à l'étranger du véhicule surveillé, respectivement puissent d'ores et déjà envisager quels pourraient être les pays de destination »<sup>128</sup>.

D'autre part, le TF exclut – quasi-implicitement – la voie de l'entraide pour obtenir l'assentiment *a posteriori* de l'Etat sur le territoire duquel les résultats ont été obtenus. En effet, si l'on procède à un recoupement entre la majeure<sup>129</sup> et la conclusion<sup>130</sup> du syllogisme opéré par le TF, il ressort que le principe de la réciprocité (mentionné à demi-mot sans être nommé<sup>131</sup> et sans être analysé dans la mineure<sup>132</sup>) ne permet pas à la Suisse de faire une telle demande. Selon notre compréhension de cet arrêt, ceci est dû au fait que, en droit suisse, les résultats d'une surveillance non autorisée sont inexploitable. En d'autres termes, si les rôles étaient inversés, la Suisse ne pourrait donner, *a posteriori*, son aval à l'exploitation des résultats de moyens de preuves obtenus sans l'aval des autorités suisses compétentes.

Le raisonnement du TF prête, selon nous, le flanc à la critique. En effet, le principe de réciprocité est détourné de son but. En vertu de ce principe, un Etat ne peut adresser à un autre une demande à laquelle lui-même ne pourrait donner suite. L'objectif est de protéger les relations interétatiques et la bonne foi les régissant. Il nous semble toutefois que ce principe ne doit pas être un frein empêchant un Etat de solliciter l'aide d'un autre, pour autant que la situation soit clairement exposée. Ainsi, les autorités vaudoises auraient pu être encouragées à présenter des demandes d'entraide aux Etats concernés, demandes qui auraient dû indiquer que la réciprocité ne pourra être garantie. Malgré cela, les Etats étrangers auraient pu être intéressés à coopérer, notamment afin de bénéficier eux aussi des résultats obtenus dans le but de démanteler un trafic de stupéfiants se déroulant sur leur territoire.

Il sied de préciser finalement que cet arrêt comporte, sur près de deux pages, des *obiter dicta* portant sur l'observation transfrontalière et l'investigation secrète<sup>133</sup>.

128 ATF 146 IV 36, c. 2.3.

129 ATF 146 IV 36, c. 2.2.

130 ATF 146 IV 36, c. 2.5.

131 ATF 146 IV 36, c. 2.2.

132 ATF 146 IV 36, c. 2.3.

133 ATF 146 IV 36, c. 2.2 (44 et 45).

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

#### A. Actualité législative

En mai 2019, le Conseil fédéral a adopté un Message<sup>134</sup> et soumis au Parlement un projet d'Arrêté fédéral<sup>135</sup> portant approbation de trois amendements à l'art. 8-2-b et à l'art. 8-2-e du Statut de Rome (SR)<sup>136</sup> de la Cour pénale internationale (CPI) du 14 décembre 2017. Par ces amendements, la compétence de la CPI a été élargie : elle porte désormais sur l'utilisation de trois nouvelles armes (armes biologiques, armes à laser aveuglantes et armes blessant par des éclats qui ne sont pas localisables par rayons X) au titre de crime de guerre<sup>137</sup>. L'arrêté fédéral a été adopté par le Parlement lors de la session d'hiver 2019. Le délai référendaire est échu le 9 avril 2020.

En décembre 2019, à l'initiative de la Suisse, l'Assemblée des Etats parties au SR a décidé, par consensus, d'amender l'art. 8 SR<sup>138</sup>. Le fait de provoquer délibérément des famines dans le cadre de conflits armés non internationaux est désormais considéré comme un crime de guerre devant la CPI (nouvel alinéa xix de l'art. 8-2-e SR), à l'instar de ce qui prévalait déjà s'agissant de conflits internationaux (art. 8-2-b-xxv SR)<sup>139</sup>.

#### B. Actualité judiciaire

##### 1. Affaire des Tigres Tamouls

Par arrêt du 8 novembre 2019<sup>140</sup>, le TF a confirmé l'acquiescement prononcé par la Cour des affaires pénales du TPF en 2018<sup>141</sup> des membres du *Liberation Tigers of Tamil Eelam* (LTTE) accusés par le Ministère public de la Confédération (MPC) de soutien et/ou de participation à une organisation criminelle (art. 260<sup>ter</sup> CP). Contrai-

134 Message du 29 mai 2019 portant approbation des amendements du 14 décembre 2017 au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, FF 2019 3781.

135 Projet d'Arrêté fédéral portant approbation des amendements du 14 décembre 2017 au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, FF 2019 3793.

136 Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, RS 0.312.1.

137 FF 2019 3795, p. 3797 ss.

138 CPI, Assemblée des Etats parties, Résolution pour les amendements de l'article 8 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 6 décembre 2019, ICC-ASP/18/Res.5.

139 A propos de la lacune qui existait dans le SR, voir CPI, Assemblée des Etats parties, Rapport du Groupe de travail sur les amendements du 3 décembre 2019, ICC-ASP/18/32, en particulier l'Annexe IV, Document de travail présenté par la Suisse : propositions d'amendement de l'article 8 du Statut de Rome sur l'inclusion de la famine en tant que crime de guerre dans des conflits armés non internationaux, p. 11 ss.

140 ATF 145 IV 470.

141 CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, supra n. 2, 446 s.

rement au TPF, le TF a considéré que le LTTE a été à l'origine de plusieurs actes à caractère terroriste<sup>142</sup>. Toutefois, puisque ce mouvement n'a jamais été classé en Suisse parmi les organisations terroristes et les groupes affiliés, il n'était pas prévisible pour des personnes collectant des fonds et du matériel au profit du mouvement qu'une infraction à l'art. 260<sup>ter</sup> CP puisse leur être reprochée, au regard du principe de la légalité<sup>143</sup>.

## 2. Affaire Sperisen

En novembre 2019<sup>144</sup>, le TF a rejeté, sur les points principaux, le recours interjeté contre le jugement de la Chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice du canton de Genève<sup>145</sup>, confirmant ainsi la condamnation pour complicité dans la commission de sept assassinats et la peine privative de liberté de 15 ans prononcées par la Cour genevoise.

## 3. Affaire Alieu Kosiah

En mars 2019, au terme de près de cinq ans d'instruction, le MPC a transmis à la Cour des affaires pénales du TPF un acte d'accusation concernant Alieu Kosiah. Il lui est reproché d'avoir, en qualité de membre de la faction armée *United Liberation Movement of Liberia for Democracy* (ULIMO), commis des crimes de guerre dans le contexte du conflit armé interne s'étant déroulé au Libéria de 1989 à 1996<sup>146</sup>. Plus particulièrement, il aurait « ordonné de tuer, tué lui-même ou participé aux meurtres de civils et de soldats hors de combat, profané le corps d'un civil défunt, violé une civile, ordonné le traitement inhumain de civils, recruté et utilisé un mineur comme enfant soldat, ordonné plusieurs pillages et ordonné et/ou participé à des transports forcés de biens et de munitions par des civils »<sup>147</sup>.

A noter que dans cette affaire, le MPC, suivi par le TPF dans deux décisions datant de mai 2019<sup>148</sup>, a retiré la qualité de lésés en tant que proches de victimes (art. 116 al. 2 CPP) à un neveu et un cousin de personnes prétendument tuées par Alieu Kosiah. Les recourants reprochaient notamment au MPC de ne pas s'être inspiré de la notion de partie plaignante telle que développée par les différentes institutions judiciaires internationales et de ne pas avoir tenu compte des particularités des relations

142 ATF 145 IV 470, c. 4.6.

143 ATF 145 IV 470, c. 4.8.

144 TF 6B\_865/2018 du 14 novembre 2019.

145 A ce propos voir CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, supra n. 2, 447.

146 A propos de ce cas, voir CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, supra n. 2, 359.

147 MPC, Communiqué de presse du 26 mars 2019 <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documenta-tion/communiqués.msg-id-74457.html>> (consulté le 8 juin 2020).

148 TPF BB.2019.3 et TPF BB.2019.14.

familiales au Libéria, différant sensiblement de celles connues en Europe<sup>149</sup>. Le TPF a toutefois rappelé que la pratique doit être très restrictive en la matière, en précisant que même s'il est possible de s'inspirer du contexte familial auquel appartient la personne concernée, il y a lieu d'analyser chaque cas *in concreto*<sup>150</sup>. Le neveu et le cousin n'étaient pas parvenus à démontrer des liens suffisants avec la victime.

Par ailleurs, en novembre 2019, le TPF a confirmé le classement d'un volet de la procédure menée par le MPC en lien avec cette affaire, faute d'un lien de connexité entre les faits, à savoir le massacre de 27 personnes, et Alieu Kosiah<sup>151</sup>.

Nous signalons encore que, du fait de la situation sanitaire, le TPF a, en mars 2020, reporté les débats agendés dans cette affaire. Ils étaient initialement prévus pour durer deux semaines dès la mi-avril 2020 et impliquaient la venue de victimes et témoins notamment d'Afrique.

#### 4. Compétence universelle illimitée pour mutilations génitales féminines

En février 2019, le TF a appliqué, pour la première fois, la compétence universelle illimitée prévue à l'art. 124 al. 2 CP en matière de mutilations génitales féminines<sup>152</sup>. Dans cette affaire neuchâteloise, une mère somalienne avait fait mutiler les organes génitaux de ses deux filles mineures en Somalie (Etat où quelques 98% des femmes ont subi ces pratiques) avant de venir en Suisse dans le cadre d'un regroupement familial.

Pour rappel, une compétence universelle illimitée est prévue dans le CP notamment aux art. 5 (certaines infractions sexuelles commises contre des mineurs), 124 al. 2 (mutilations génitales féminines) ou encore 181a al. 2 (mariage forcé). Elle permet la poursuite en Suisse d'une personne qui n'a aucun lien avec la Suisse au moment des faits commis à l'étranger, sans prise en considération du droit de l'Etat territorial, à la seule condition que l'auteur se trouve sur le sol suisse au moment de l'ouverture de la poursuite et ne soit pas extradé.

149 TPF BB.2019.3 du 22 mai 2019, c. 4.4.1 ss.

150 TPF BB.2019.3 du 22 mai 2019, c. 4.6.

151 TPF BB.2019.106 7 novembre 2019.

152 ATF 124 IV 17. A propos de cet arrêt, voir MARIA LUDWICZAK GLASSEY, « Le principe de l'universalité illimitée de la poursuite pénale et les mutilations génitales féminines. Remarques à propos de l'ATF 145 IV 17 », *forumpenale* 2019, p. 463 ss.

## 5. Diverses affaires liées à l'appartenance aux organisations criminelles « Etat islamique » ou « Al-Qaïda »

Le MPC mène une procédure à l'encontre de A. pour participation et/ou soutien à une organisation criminelle et infraction à la loi « Al-Qaïda »<sup>153</sup>. Durant sa détention, A. a asséné un coup de poing au visage d'un gardien qui lui apportait son plateau repas, avant de se mettre à l'étrangler, en hurlant « Allah Akbar », puis en claquant des dents et essayant de le mordre. Une instruction a été ouverte pour ces faits par le Ministère public de l'arrondissement de la Côte, qui a ensuite interpellé le MPC pour qu'il reprenne la procédure. Le conflit de for a été soumis au TPF qui s'est prononcé en faveur du MPC. En effet, bien que la seconde procédure soit ouverte pour des atteintes à l'intégrité corporelles non liées à la loi « Al-Qaïda » mais découlant du CP, il sied de poursuivre et juger en une seule procédure l'ensemble des infractions reprochées à un même prévenu, conformément au principe de l'unité de la procédure pénale (art. 29 CPP). Le TPF considère que « les faits commis par A. – au vu de sa personnalité et de ses idéaux religieux notamment – doivent être appréhendés par une seule et même autorité, laquelle sera plus à même de rendre une décision cohérente et éviter ainsi des contradictions »<sup>154</sup>. La détention de A. a été prolongée à plusieurs reprises<sup>155</sup>.

La Cour des affaires pénales du TPF a rendu un jugement condamnant l'accusé pour participation à une organisation criminelle (art. 260<sup>ter</sup> CP) et infraction à la loi « Al Qaïda »<sup>156</sup>. Dans une autre affaire également soumise au TPF, l'acte d'accusation a été renvoyé au MPC pour être complété<sup>157</sup>.

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

Im Berichtsjahr hat die Europäische Union in verschiedenen Bereichen Gesetzesvorhaben realisiert und Entwicklungen konsolidiert. Dabei lag ein Schwerpunkt auf dem Schutz grundlegender Interessen der Union durch Europäisches Strafrecht, etwa Schutz des EU-Budgets (A.), Schutz des Binnenmarktes, insbesondere durch Verhinderung und Bekämpfung von Geldwäscherei (B.) und Schutz der (inneren) Sicherheit in der EU, einschliesslich des Schengen-Raumes (C.). Diese Massnahmen haben immer auch Bedeutung für die Schweiz.

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

154 TPF BG.2018.57 du 7 février 2019, c. 2.6.

155 TPF BH.2019.4 du 21 mars 2019; TPF BH.2019.8 du 13 juin 2019; TPF BH.2019.11 du 30 septembre 2019.

156 TPF SK.2019.63 du 18 décembre 2019.

157 TPF SK.2019.69 du 21 novembre 2019.

## A. Schutz des EU-Budgets

### 1. Umsetzung Europäische Staatsanwaltschaft

Eine zentrale Veränderung im Hinblick auf den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union bedeutet der Entscheid für die Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa), der bereits in vorigen Berichten erläutert wurde.<sup>158</sup> Aufgabe der EUSTa ist die strafrechtliche Untersuchung und Verfolgung sowie Anklageerhebung von Personen, die Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union im Sinne der Richtlinie (EU) 2017/1371<sup>159</sup> und untrennbar damit verbundene Straftaten begangen haben. Hierzu führt sie Ermittlungen, ergreift Strafverfolgungsmassnahmen und nimmt vor den zuständigen Gerichten der Mitgliedstaaten die Aufgaben der Staatsanwaltschaft wahr, bis das Verfahren endgültig abgeschlossen ist. Die EUSTa bleibt vorerst eine Behörde, die nur im Bereich des EU-Finanzschutzes agiert. Nach dem gegenwärtigen Plan soll sie ihren Arbeitsbetrieb Ende 2020 aufnehmen. Im Berichtszeitraum 2019 wurde vor allem daran gearbeitet, die EUSTa mit den nötigen personellen und finanziellen Mitteln auszustatten, die notwendige Organisation für die Arbeitsaufnahme aufzubauen und interne Regelwerke (z.B. Geschäftsordnung der EUSTa) zu erarbeiten. Die Mitgliedstaaten haben entsprechend daran gearbeitet, die EUSTa in ihre nationalen Rechtssysteme zu integrieren. Im Oktober 2019 wurde die Rumänin *Laura Kövesi* zur Leiterin der neuen Behörde ernannt.

Für die Schweiz stellt sich vor allem die Frage, auf welcher Grundlage die zukünftige Zusammenarbeit mit der EUSTa erfolgen soll. Die Verordnung über die EUSTa<sup>160</sup> ist an sich nicht unmittelbar Schengen-relevant. Unbestritten ist aber, dass aufgrund der engen Verflechtungen der Schweiz mit der EU und der Rolle der Schweiz als wichtiger europäischer Finanzplatz eine effektive Zusammenarbeit im Rechtshilfebereich unerlässlich sein wird,<sup>161</sup> rechtstechnisch die Schweiz aber wie ein EU-Drittstaat zu behandeln ist. Für die Zusammenarbeit mit Staaten ausserhalb der

158 Siehe die Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa), ABL 2017 L 283, 1. Dazu *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, 359 f.

159 Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABL 2017 L 198, 29.

160 Siehe supra Fn. 158.

161 Dass Verfahren wegen Betrügereien zur Schädigung des EU-Haushalts auch immer wieder die Schweiz involvieren, zeigen einige Beispielfälle aus der Praxis. Siehe hierzu z.B. den 19. Bericht des Europäischen Amtes für Betrugsbekämpfung, 1. Januar bis 31. Dezember 2018, 15 <[https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/olaf\\_report\\_2018\\_de.pdf](https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/olaf_report_2018_de.pdf)> (zuletzt besucht am 20.6.2020); vgl. auch *MARC*

EU steckt Art. 104 VO 2017/1939 eine Rahmenregelung ab, welche vier verschiedene Optionen für eine mögliche Kooperation vorsieht.<sup>162</sup> Aus Sicht der Schweiz ergeben sich folgende Möglichkeiten:<sup>163</sup> Für die eigentliche Rechtshilfe, d.h. den Austausch und die Sammlung von Beweisen, besteht einerseits die Möglichkeit der Einbindung der EUStA in bestehende Verträge mit der EU, also bspw. in das Betrugsbekämpfungsabkommen vom 26. Oktober 2004 (BBA)<sup>164</sup> (Option 1). Andererseits könnten multilaterale Rechtshilfeverträge, an denen die EU-Mitgliedstaaten beteiligt sind, genutzt werden, wie bspw. das Rechtshilfeübereinkommen des Europarates aus dem Jahr 1959 und dessen Zusatzprotokolle (Option 2). Möglich soll ferner die Nutzung der bereits bestehenden zwischenstaatlichen Rechtshilfe sein: Der delegierte Europäische Staatsanwalt, der in einem EU-Staat einen Betrugsfall hauptamtlich ermittelt, wird in diesem Szenario als Intermediär eingeschaltet: er muss hierbei entsprechende Hinweispflichten über die Verwendung der Beweise zum Zwecke supranationaler Ermittlungen befolgen (Option 3). Als vierte Option ist schliesslich vorgesehen, dass ein Drittstaat die EUStA auf der Grundlage seiner nationalen Rechtshilfegesetze unterstützt (ad-hoc bzw. vertragslose Rechtshilfe).<sup>165</sup>

Die Schweiz möchte zum Arbeitsbeginn der EUStA gewährleisten, dass sie zumindest auf der Grundlage des Bundesgesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG)<sup>166</sup> ad-hoc-Rechtshilfe gegenüber der EUStA leisten kann. Hierzu ist jedoch eine Änderung des IRSG erforderlich, das bisher – mit Ausnahme der Jugoslawien- und Ruandatribunale – nur auf Staaten anwendbar ist.<sup>167</sup>

Eine geplante Änderung des IRSG<sup>168</sup> würde es dem Bundesrat erlauben, das IRSG durch Verordnung auf Verfahren der Zusammenarbeit in Strafsachen mit «zwischen- oder überstaatlichen Einrichtungen mit strafbehördlichen Funktionen» für sinngemäss anwendbar zu erklären, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind: a) die Errichtung der Einrichtung auf einer Rechtsgrundlage beruht, welche die

PIETH, «Der Einfluss des internationalen Rechts auf die Schweiz», 131 Zeitschrift für Schweizerisches Recht (2012), 233–298, 269.

162 Dazu CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY, SAGER & WAHL, *supra* Fn. 158, 368 f.; NICHOLAS FRANSEN, «Judicial Cooperation Between the EPPA and Third Countries», 3 *eu crim* (2019), 198–205.

163 SABINE GLESS & THOMAS WAHL, «Einführung EUStA-VO», in: W. Schomburg & O. Lagodny (Hg.), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 6. Aufl., München 2020, III D 5, Rn. 25.

164 Abkommen über die Zusammenarbeit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits zur Bekämpfung von Betrug und sonstigen rechtswidrigen Handlungen, die ihre finanziellen Interessen beeinträchtigen vom 26. Oktober 2004, SR 0.351.926.81.

165 Zu den Optionen und den jeweiligen Problemen spezifisch für die Schweiz siehe MARIA LUDWICZAK GLASSEY, «La coopération en matière pénale entre le Parquet européen et la Suisse comme État tiers», 3 *eu crim* (2019), 205–209.

166 Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981, SR 351.1.

167 Art. 1 Abs. 1 IRSG: BBl 2019 7416 ff.

168 Siehe CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, *supra* Fn 2, 431.

Kompetenzen der Einrichtung in strafrechtlicher und strafprozessualer Hinsicht eindeutig festlegt; b) das Verfahren vor der Einrichtung die Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien garantiert; und c) die Zusammenarbeit der Wahrung der Interessen der Schweiz dient. Auf dieser Grundlage wäre eine zukünftige Zusammenarbeit mit der EUStA denkbar.<sup>169</sup> Die Modifikation des IRSG wurde vom Bundesrat im September 2018 initiiert, und bis Anfang 2019 erfolgte die Vernehmlassung. Aufgrund der durch das Coronavirus bedingten Änderung der Geschäftsplanung im Parlament hat sich der Start der parlamentarischen Beratung verzögert. Anstatt in der Junisession ist das Geschäft nun voraussichtlich im September 2020 im Erstrat. Sollte das Parlament das Gesetz verabschieden, würde die Zusammenarbeit mit der EUStA – wie die Gesetzesvorlage zeigt – nur unter Bedingungen erfolgen: die EUStA könnte keinen Anspruch auf Zusammenarbeit in Strafsachen ableiten.<sup>170</sup>

Parallel zur Reform des IRSG finden Beratungen im Europarat statt, mit dem Ziel, ein Zusatzprotokoll zu verabschieden, welches das Europäische Rechtshilfeübereinkommen<sup>171</sup> des Europarates auf die EUStA ausdehnen würde. Das hätte den Vorteil, dass die EUStA mit einer Vielzahl von Drittstaaten kooperieren könnte, da das Europäische Rechtshilfeübereinkommen von 1959 die Grundlage der strafrechtlichen Zusammenarbeit aller 47 Europaratsstaaten (darunter auch die Schweiz) bildet. Die Europäische Kommission hat im Mai 2019 entsprechende Beratungen ange-regt.<sup>172</sup> Die Schweiz begleitete aktiv die Beratungen in der Arbeitsgruppe des Euro-parates. Ein solches Zusatzprotokoll müsste jedoch von allen Vertragsstaaten des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens ratifiziert werden, bevor es in Kraft treten kann. Dies kann ein langwieriger Prozess sein. Nach erfolgter Ratifikation durch die Schweiz gingen das Rechtshilfeübereinkommen dem IRSG vor.

Der Weg, die EUStA in das BBA einzubinden, erweist sich gegenwärtig als problematisch. Erstens ist das BBA noch nicht in Kraft getreten (es fehlt [immer noch] die Ratifikation Irlands). Zweitens haben nicht alle EU-Mitgliedstaaten, die das BBA bereits ratifiziert haben und auch an der EUStA teilnehmen,<sup>173</sup> das BBA für vorläufig anwendbar erklärt. Drittens ist fraglich, ob sich der materielle Anwendungsbereich des BBA mit demjenigen der EUStA-Verordnung deckt.<sup>174</sup>

169 Erläuternder Bericht zum Vorentwurf, Änderung von Artikel 1 IRSG – Lückenschliessung bei der Zusammenarbeit mit internationalen Strafinstitutionen, 27.8.2018, 12 <<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2018/2018-09-28/vn-ber-d.pdf>> (zuletzt besucht am 20.6.2020).

170 Siehe Art. 1 Abs. 4 IRSG und Erläuternder Bericht zum Vorentwurf, supra Fn.169, 12. Vgl. ferner LUDWICZAK GLASSEY, supra Fn. 165, 208.

171 Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959, SR 0.351.1.

172 Siehe «Building cooperation in criminal matters with the European Public Prosecutor's Office (EPPO)», Non-paper by the European Commission services, PC-OC(2019)05.

173 Nicht alle EU-Mitgliedstaaten unterstützen die EUStA. Nur 22 EU-Mitgliedstaaten nahmen den Rechtsrahmen der EUStA – die VO 2017/1939 – im Wege der verstärkten Zusammenarbeit an. Siehe dazu auch CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY, SAGER & WAHL, supra Fn. 158, 361 f.

174 Zu den Problemen LUDWICZAK GLASSEY, supra Fn. 165, 206.

## 2. Neue Betrugsbekämpfungsstrategie

Ende April 2019 stellte die Europäische Kommission ihre neue Betrugsbekämpfungsstrategie vor.<sup>175</sup> Sie ist eine Art Orientierungshilfe für die Dienststellen der Kommission und die EU-Mitgliedstaaten bei der Bekämpfung von Betrug und Korruption zum Nachteil der finanziellen Interessen der EU.<sup>176</sup> «Betrug» wird dabei als Oberbegriff für verschiedene Arten von kriminellem und nicht kriminellem Fehlverhalten verwendet, welches zulasten des EU-Haushalts geht.<sup>177</sup> Die Betrugsbekämpfungsstrategie 2019 führt diejenige aus dem Jahr 2011 fort, nimmt dabei aber die entscheidenden Veränderungen durch die Vereinheitlichung des materiellen Strafrechts des EU-Finanzschutzes mittels der Richtlinie 2017/1371<sup>178</sup> und durch die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (oben 1.) in den Blick. Vorrangige Ziele der neuen Strategie sind, die Analysekapazitäten der Kommission zur Verhütung und Aufdeckung von Betrug auszubauen sowie sie mit einem stärker zentralisierten System zur Beaufsichtigung ihrer Betrugsbekämpfungsmassnahmen auszustatten. Darüber hinaus soll der begleitende Aktionsplan die Zusammenarbeit und die Arbeitsabläufe bei der Betrugsbekämpfung in allen Bereichen verbessern.<sup>179</sup> Für die Schweiz kann die Betrugsbekämpfungsstrategie mittelbar bedeutsam sein, denn in dem Aktionsplan wird die Stärkung der internationalen Zusammenarbeit mit Nicht-EU-Staaten hervorgehoben. Angekündigt werden u.a. eine Stärkung der Zusammenarbeit im Bereich des Zollwesens zur Bekämpfung von Betrügereien zulasten der Einnahmeseite des EU-Haushalts und eine Überprüfung der Kanäle zum Austausch betrugsrelevanter Informationen zwischen den Dienststellen der Kommission, den EU-Exekutivagenturen, den Behörden der EU-Mitgliedstaaten und den zuständigen Stellen in Drittstaaten bzw. internationalen Organisationen.

### B. Schutz des EU-Binnenmarktes

Für die Schweiz als traditionellen Bankenplatz ist schon aufgrund der geopolitischen Lage von Bedeutung, wie die EU die Integrität ihres Finanzsystems vor Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung schützen will. Dieser Schutz hat nicht nur einen sicherheitspolitischen Charakter, sondern ist auch wesentlich für das Funktionieren

175 Mitteilung der Kommission, Die Betrugsbekämpfungsstrategie der Kommission: verstärkte Massnahmen zum Schutz des EU-Haushalts, COM(2019) 196 final. Hierzu CHRISTIANA A. MAKRI & OANA MARIN, «The Commission's New Anti-Fraud Strategy», 3 *eucri* (2019), 218–222.

176 Zur Bekämpfung von Verbrechen und Vergehen gegen die finanziellen Interessen der EU siehe SABINE GLESS, *Internationales Strafrecht*, 2. Aufl., Basel 2015, Rn. 477 ff.; TOBIAS JAAG & JULIA HÄNNI, *Europarecht. Die europäischen Institutionen aus Schweizer Sicht*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, Rn. 3042 ff.

177 Vgl. auch Commission Staff Working Document, *Fraud Risk Assessment*, SWD(2019) 171 final, 6.

178 Siehe CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY, SAGER & WAHL, *supra* Fn. 158, 361.

179 Commission Staff Working Document, *Action Plan*, SWD(2019) 170 final.

des EU-Binnenmarktes. Die EU geht dabei zweigleisig vor: Zum einen wurde ein umfangreicher Rechtsrahmen für eine administrativ-präventive Geldwäschekontrolle geschaffen, zum anderen wird durch harmonisierende Massnahmen die Bekämpfung der Geldwäsche durch das Strafrecht, also die repressive Seite, gestärkt.<sup>180</sup>

## 1. EU-Geldwäschebekämpfungsaktivitäten

Der im Bereich der Geldwäsche geschaffene verbindliche Rechtsrahmen der EU ist für die Schweiz nicht unmittelbar anwendbar. Allerdings ist zu beachten, dass die Akte der EU in Zusammenarbeit mit der Financial Action Task Force (FATF) – dem bei der OECD angesiedelten international führenden Gremium in Sachen Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und Proliferationsfinanzierung – erfolgen, in der die Schweiz aktiv mitwirkt. Die Schweiz hat deshalb zu prüfen, inwieweit EU-Massnahmen auch Handlungsbedarf in der Schweiz auslösen.<sup>181</sup> Ferner stellt sich für die Schweiz als wichtiger Standort von Banken und Finanzinstitutionen innerhalb Europas die Frage der Zusammenarbeit mit den Stellen der EU und den Stellen der EU-Mitgliedstaaten bei der Geldwäschebekämpfung. Der grenzüberschreitende Informationsaustausch ist ein entscheidender Baustein in diesem Bereich. Diesen will die EU mit Nicht-EU-Staaten in Zukunft weiter verstärken.

Schliesslich ist die Schweiz als Staat ausserhalb der EU (Drittstaat) unter «ständiger Beobachtung», da die EU eine «schwarze Liste» von Staaten führt, die strategische Mängel bei der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung aufweisen. Die Schweiz gehört zu 47 Ländern, welche als prioritär für die Analyse als «Hochrisikoland» eingestuft werden.<sup>182</sup> Sollte ein Drittland auf der Liste sein, führt dies dazu, dass Banken und andere unter die Geldwäschevorschriften der EU fallende Finanzinstitute bei Finanztransaktionen mit Kunden und Finanzinstituten unter Beteiligung der in der Liste aufgeführten Drittländer mit hohem Risiko verstärkte Kontrollen («Sorgfaltspflichten») durchführen müssen, um verdächtige Geldflüsse besser erkennen zu können. Im März 2019 hat der Rat eine von der Europäischen Kommission vorgelegte Liste mit 23 «Drittländern mit hohem Risiko» im

180 Zu den Entwicklungen 2018 siehe CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, *supra* Fn. 2, 450.

181 Siehe auch die Stellungnahme des Bundesrates vom 3. Juni 2016 zur Interpellation 16.3078 von Ruiz Rebecca Ana, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20163078>> (zuletzt besucht am 20.6.2020).

182 Siehe hierzu List of countries in the scope of the EU assessment on high risk third countries under Directive (EU) 2015/849 and list of priority 1 countries (for assessment in 2018), <[https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/list\\_of\\_scoping-priority-hrtc\\_aml-cft-14112018.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/list_of_scoping-priority-hrtc_aml-cft-14112018.pdf)> (zuletzt besucht am 20.6.2020). Ähnliche Listen werden auch von der FATF erstellt, diese sind aber nicht mit derjenigen der EU deckungsgleich.

Bereich Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung abgelehnt.<sup>183</sup> Der Rat beklagte mangelnde Transparenz und ein fehlendes belastbares Verfahren.<sup>184</sup> Am 7. Mai 2020 hat die Kommission ihre methodischen Ansätze zur Identifikation der Länder mit hohem Risiko verfeinert<sup>185</sup> und dem Rat eine neue Liste vorgelegt, die noch von ihm angenommen werden muss. Die Schweiz ist weder in der Liste von 2019 noch in derjenigen von 2020 eingetragen.

## 2. Bewertung des Geldwäscherechtsrahmens durch die Kommission vom Juli 2019 und seine Bedeutung für die Schweiz

Im Juli 2019 hat die Kommission eine umfassende Bewertung des Rechtsrahmens der EU für die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung vorgelegt. Die Bewertung besteht aus den folgenden vier Berichten und einer die Schlussfolgerungen aus den Berichten zusammenfassenden Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat<sup>186</sup>:

- Supranationaler Bericht über die Risiken der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung für den Binnenmarkt der Union;<sup>187</sup>
- Bewertung aktueller Fälle von mutmasslicher Geldwäsche unter Beteiligung von Kreditinstituten aus der EU;<sup>188</sup>
- Bericht über die Zusammenarbeit zwischen den zentralen Meldestellen (Financial Intelligence Units [FIUs]);<sup>189</sup>
- Bericht über die Vernetzung der zentralen automatischen Mechanismen der Mitgliedstaaten für Bankkonten.<sup>190</sup>

In der Gesamtbewertung hebt die Kommission hervor, dass durch die in den letzten Jahren vorgenommenen rechtlichen Anpassungen – im Wesentlichen bestehend aus der vierten und fünften Geldwäscherichtlinie,<sup>191</sup> der Richtlinie über die

183 Vgl. auch RENÉ HÖLTSCHI, «Warum die schwarze Geldwäscherei-Liste der EU vorerst gescheitert ist», Neue Zürcher Zeitung, 1. März 2019, <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/schwarze-geldwaescherei-liste-der-eu-vorerst-gescheitert-ld.1463912>> (zuletzt besucht am 20.6.2020).

184 THOMAS WAHL, «Council opposes Commission's AML Blacklisting of third Countries», 1 eucrim (2019), 18.

185 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 7. Mai 2020, «Kommission verstärkt Kampf gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung», <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip\\_20\\_800](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_800)> (zuletzt besucht am 20.6.2020).

186 Mitteilung vom 24. Juli 2019 «über Wege zu einer besseren Umsetzung des Rechtsrahmens der EU für die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung», COM(2019) 360 final.

187 COM(2019) 370 final.

188 COM(2019) 373 final.

189 COM(2019) 371 final.

190 COM(2019) 372 final.

191 Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur

strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche<sup>192</sup> und Regelungen zum verbesserten Austausch und der Verbreitung von Informationen der Finanzaufsichtsbehörden<sup>193</sup> – erhebliche Fortschritte erzielt worden sind. Beim Kampf gegen den Missbrauch des Finanzsystems für unrechtmässige Zwecke sieht die Kommission allerdings ein strukturelles Problem, welches aus der unterschiedlichen Anwendung der Rechtsvorschriften resultiert.<sup>194</sup> Deshalb müsse, so die Kommission, der Rechtsrahmen weiter fortentwickelt werden. Sie bringt hierbei eine Verordnung ins Spiel, welche die Geldwäscherichtlinien ersetzen und konsolidieren könnte. Diese hätte den Vorteil, dass damit unmittelbar geltendes Unionsrecht geschaffen würde, welches nicht durch die Mitgliedstaaten in ihr nationales Recht umgesetzt werden müsste. Aufgrund des gegenwärtigen Vorgehens in Form von Richtlinien sind Umsetzungen notwendig, und dies führt als Kehrseite zu den festgestellten Fragmentierungen. Ferner erwägt die Kommission eine höherwertige und konsequentere Überwachung des Finanzsektors durch eine zentrale Aufsichtseinrichtung der Union. Schliesslich bestehe Bedarf an einem stärkeren Koordinierungs- und Unterstützungsmechanismus für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit und Analyse durch die zentralen Meldestellen.

Die einzelnen Berichte können für die Schweiz folgende Relevanz haben: Der supranationale Bericht über die Risikobewertung enthält eine systematische Analyse der mit bestimmten Produkten und Dienstleistungen verbundenen Risiken der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung. Für die Schweiz stellt sich die Frage, inwieweit die Risikoanalysen auch auf die Situationen in der Schweiz übertragbar sind und welche Lehren sie für sich ziehen kann. Insbesondere wäre überlegenswert, inwieweit die einzelnen, teilweise umfangreichen, Handlungsempfehlungen der Kommission an die EU-Mitgliedstaaten auch in der Schweiz fruchtbar gemacht werden könnten.

Der Bericht über die Bewertung aktueller Fälle mutmasslicher Geldwäsche zeigt sowohl Schwachstellen bei der Compliance von Kreditinstitutionen als auch bei der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsbehörden auf. Hier werden auch Bezüge zu Drittstaaten erläutert, wobei einzelne Drittstaaten nicht namentlich genannt werden. Für Schweizer Kreditinstitute, die Zweigstellen in der EU

Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission, ABl. 2015 L 141, 73 und Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU, ABl. 2018 L 156, 43.

192 Richtlinie (EU) 2018/1673 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche, ABl. 2018 L 284, 22.

193 Richtlinie (EU) 2019/878 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Richtlinie 2013/36/EU im Hinblick auf von der Anwendung ausgenommene Unternehmen, Finanzholdinggesellschaften, gemischte Finanzholdinggesellschaften, Vergütung, Aufsichtsmaßnahmen und -befugnisse und Kapitalerhaltungsmaßnahmen, ABl. 2019 L 150, 253.

194 Mitteilung, supra Fn. 186, 5.

unterhalten, stellt sich die Frage, inwieweit (weitere) Compliance-Massnahmen zur Umsetzung der Verpflichtungen aus den EU-Geldwäscherichtlinien<sup>195</sup> ergriffen werden müssen. Ferner werden Fragen nach einem effizienteren Austausch von Informationen auf Behördenebene relevant.

Der Austausch von Informationen zwischen den zentralen Meldestellen für Geldwäscheverdachtsanzeigen (Financial Intelligence Units – FIUs)<sup>196</sup> sowohl innerhalb der EU als auch mit Drittländern, ist Gegenstand des dritten Bewertungsberichts. Die EU-Geldwäscherichtlinien schliessen die Zusammenarbeit zwischen zentralen Meldestellen der EU-Mitgliedstaaten und zentralen Meldestellen in Drittländern, wie der schweizerischen Meldestelle für Geldwäscherei (MROS)<sup>197</sup> im Bundesamt für Polizei, nicht ein. Die Zusammenarbeit zwischen der MROS und zentralen Meldestellen in EU-Mitgliedstaaten erfolgt auf der Grundlage der Charta der Egmont-Gruppe<sup>198</sup> und/oder bilateraler Abkommen oder Absichtserklärungen. Die Kommission sieht bei der internationalen Zusammenarbeit der FIUs<sup>199</sup> Verbesserungsbedarf. Zum einen agieren die zentralen Meldestellen der Mitgliedstaaten mit den FIUs von Drittländern nicht homogen.<sup>200</sup> Zum anderen herrscht wohl grosse Unklarheit hinsichtlich der Einhaltung der Datenschutzerfordernungen: Die Zusammenarbeit der Meldestellen richtet sich nach Ansicht der Kommission allein nach der EU-Datenschutz-Grundverordnung<sup>201</sup> und nicht nach der Richtlinie über Datenschutz bei Polizeibehörden (Richtlinie (EU) 2016/680).<sup>202</sup> Die Kommission kündigt zentrale Regulierungen an, um die Probleme zu lösen. Diese Pläne werden auch die Zusammenarbeit zwischen Meldestellen der EU-Mitgliedstaaten mit der MROS tangieren.

195 Zum Anwendungsbereich der EU-Geldwäscherichtlinien siehe Art. 3 der Richtlinie (EU) 2015/849, supra Fn. 182. Vgl. auch CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, supra Fn. 2, 421.

196 CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY, SAGER & WAHL, supra Fn. 158, 347.

197 CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, supra Fn. 2, 422 f.

198 Die Egmont-Gruppe ist eine weltweite informelle Vereinigung von Financial Intelligence Units, welche zum Ziel hat, die Voraussetzungen für einen gesicherten, raschen und rechtlich zulässigen Austausch von Informationen, die der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung dienen, zu schaffen. MROS ist Mitglied der Egmont-Gruppe. Vgl. URSULA CASSANI, *Droit pénal économique*, Basel 2020, Rn. 7.18 ff.

199 CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY, SAGER & WAHL, supra Fn. 158, 347.

200 Die Kommission sieht in der Tatsache, dass einige Meldestellen in EU-Mitgliedstaaten eigenständig Zusatzvereinbarungen mit ihren Pendants in Drittländern geschlossen haben, einen Verstoß gegen die ausschliessliche Aussenkompetenz der EU für alle Fragen im Zusammenhang mit der Geldwäscherichtlinie.

201 Zum Spannungsfeld zwischen Datenschutz und Geldwäscheprävention in Deutschland vgl. BARBARA SCHEBEN & BIRTE ELLERBROCK, «Datenschutzrechtliche Aspekte der Geldwäscheprävention durch Güterhändler», 7 *Compliance Berater* (2019), 93–98.

202 Zur Abgrenzung von Datenschutz-Grundverordnung und Datenschutz-RL Polizei/Justiz siehe THOMAS WAHL, «Kurzübersicht Richtlinie (EU) 2016/680», in: W. Schomburg & O. Lagodny (Hg.), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 6. Aufl., München 2020, III B 2a, Rn. 1, 2.

In ihrem vierten Bericht stellt die Kommission IT-Lösungsmöglichkeiten vor, wie die zentralen Register oder zentralen Datenabrufsysteme der EU-Mitgliedstaaten für Bankkonten<sup>203</sup> in Zukunft vernetzt werden können. Diese Vernetzung ist eine rein EU-interne Lösung und wird für die Schweiz keine unmittelbare Auswirkung haben. Allerdings stellen sich die aufgeworfenen Fragen, insbesondere hinsichtlich des Datenschutzes und der Zugriffsrechte, auch in der Schweiz mit Blick auf das aktuell in der Schweiz angewandte System.<sup>204</sup>

### 3. Stärkung des strafrechtlichen Geldwäscherahmens

Nachdem die EU 2018 die Richtlinie (EU) 2018/1673 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche,<sup>205</sup> mit der die Definition des Straftatbestands der Geldwäsche und die zugehörigen Sanktionen harmonisiert werden, angenommen hat, hat sie im Berichtszeitraum durch die Richtlinie (EU) 2019/1153<sup>206</sup> den repressiven Rahmen weiter gestärkt. Die Richtlinie sorgt dafür, dass die Strafverfolgungsbehörden schneller Zugang zu Finanzinformationen erhalten und der Austausch von Finanzinformationen zwischen Strafverfolgungsbehörden und zentralen Meldestellen verbessert wird. Die Richtlinie trat im August 2019 in Kraft und muss von den Mitgliedstaaten bis August 2021 umgesetzt werden. Es wird klargestellt, dass die Richtlinie die Verpflichtungen und Zusagen der Mitgliedstaaten oder der Union aufgrund bestehender bilateraler oder multilateraler Übereinkünfte mit Drittstaaten nicht berührt. Die Kooperation der Schweiz mit EU-Staaten erfolgt also weiterhin auf der Grundlage der bestehenden Abkommen, wie u.a. dem BBA.<sup>207</sup> Die Massnahme zeigt, dass die EU derzeit einen Schwerpunkt darauf legt, ein umfangreiches Kooperationsnetz auf Behördenebene aufzubauen. Damit verspricht sie sich mittelbar auch eine erhöhte Aufklärungsquote von Geldwäschevorgängen in der Union, was wiederum Auswirkungen auf die Intensität grenzüberschreitender Ermittlungen und Kooperationen auch mit Drittstaaten wie der Schweiz haben kann. Die Entwicklung führt zudem vor Augen, dass die Verhinderung und Bekämpfung der Geldwäsche eine sehr komplexe Angelegenheit ist, welche eine Vielzahl von Behörden in den einzelnen Staaten involviert. Durch das Anliegen, einen transnationalen Informations-

203 LORENZO SAVASTANO, «Scambio di informazioni bancari e finanziarie», 2 *Novità fiscali* (2020), 75–82, 77.

204 Siehe auch Stellungnahme des Bundesrates vom 3. Juni 2017, supra Fn. 181.

205 Richtlinie (EU) 2018/1673 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche, ABl. 2018 L 284, 22.

206 Richtlinie (EU) 2019/1153 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Festlegung von Vorschriften zur Erleichterung der Nutzung von Finanz- und sonstigen Informationen für die Verhütung, Aufdeckung, Untersuchung oder Verfolgung bestimmter Straftaten und zur Aufhebung des Beschlusses 2000/642/JI des Rates, ABl. 2019 L 186, 122.

207 Zum Umfang der Rechtshilfe bezüglich Geldwäsche im Anwendungsbereich des BBA siehe Art. 2 Abs. 3 BBA und GLESS, supra Fn. 176, Rn. 591.

verbund zu schaffen, in dem sich Behörden unterschiedlicher Couleur austauschen können, verschwinden jedoch die Grenzen zwischen Amts- und Rechtshilfe.<sup>208</sup> Daraus entsteht die Gefahr, dass die Voraussetzungen des Rechtshilfeverfahrens und seine Garantien umgangen werden.<sup>209</sup>

## C. Schutz der Sicherheit

### 1. Interoperabilität der EU-Informationssysteme

Eine Vernetzung findet nicht nur zwischen den auf nationaler Ebene bestehenden Systemen statt, sondern auch innerhalb von IT-Grosssystemen, die zentral im Schengen-Raum existieren. Im Berichtszeitraum hat der EU-Gesetzgeber zwei Verordnungen verabschiedet, welche die sog. Interoperabilität der Informationssysteme gewährleisten sollen.<sup>210</sup> Unter Interoperabilität wird ein verbesserter Austausch und Abgleich von Daten zwischen Informationssystemen verstanden. Die Interoperabilitätsverordnungen legen fest, wie zukünftig sichergestellt wird, dass die Behörden durch eine einzige Anfrage die Daten in allen EU-Informationssystemen abfragen können. Der Rahmen erstreckt sich auf das Schengener Informationssystem der zweiten Generation, das Visa-Informationssystem, Eurodac und das Strafregisteraus-tauschsystem ECRIS-TCN sowie auf das Europäische Reiseinformations- und -genehmigungssystem (ETIAS) und das Einreise-/Ausreisensystem (EES), die sich noch im Aufbau befinden. Die Interoperabilitätskomponenten sollen schrittweise bis 2023 entwickelt und in Betrieb genommen werden.

Für die Schweiz stellen die Interoperabilitätsverordnungen eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes im Sinne des Schengener Assoziierungsabkommens dar. Die Schweiz wird diese Weiterentwicklung übernehmen und die entsprechenden Anpassungen der nationalen Geschäftsprozesse und Informationssysteme realisieren. Einen entsprechenden Gesetzesentwurf hat der Bundesrat im Oktober 2019

208 Zu diesem Trend und den damit verbundenen Problemen siehe W. SCHOMBURG & O. LAGODNY, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 6. Aufl., München 2020, Einleitung Rn. 252 ff.

209 GLESS, *supra* Fn. 176, Rn. 214 ff.; MARC PIETH & STEPHANIE EYMANN, «Amts- und Rechtshilfe im Rahmen des Abkommens über Betrugsbekämpfung zwischen der Schweiz und der EU», in: S. Breitenmoser, S. Gless & O. Lagodny (Hg.), *Schengen in der Praxis: Erfahrungen und Ausblicke*, Zürich 2009, 343–357, 356.

210 Verordnung (EU) 2019/818 vom 20. Mai 2019 zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen (polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit, Asyl und Migration) und zur Änderung der Verordnungen (EU) 2018/1726, (EU) 2018/1862 und (EU) 2019/816, ABl. 2019 L 135, 85; Verordnung (EU) 2019/817 vom 20. Mai 2019 zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen in den Bereichen Grenzen und Visa und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008, (EU) 2016/399, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240, (EU) 2018/1726 und (EU) 2018/1861 des Europäischen Parlaments und des Rates, der Entscheidung 2004/512/EG des Rates und des Beschlusses 2008/633/JI des Rates, ABl. 2019 L 135, 27. Dazu CASSANI, GLESS, LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, *supra* Fn. 2, 459.

in die Vernehmlassung geschickt. Die Vernehmlassung dauerte bis am 9. Januar 2020.<sup>211</sup> Aktuell wird die Vernehmlassung ausgewertet und das Gesetz vorbereitet. Der entsprechende Verpflichtungskredit<sup>212</sup> wurde im Dezember 2019 vom Nationalrat und im Juni 2020 vom Ständerat angenommen.<sup>213</sup> Die Kosten des Projekts für die Schweiz belaufen sich auf 21,6 Millionen Franken. Aus polizeilicher Sicht trägt die Interoperabilität zu einer besseren Bekämpfung von Schwerekriminalität und Terrorismus, zu einer verbesserten Migrationssteuerung und letztlich zu einer verstärkten Sicherheit im Schengen-Raum bei. Insbesondere erlaubt die Nutzung der Interoperabilitätskomponenten die korrekte Identifizierung von Personen und das Erkennen von falschen Identitäten oder Personen mit Sicherheitsrisiko.<sup>214</sup>

Aus der Sicht von Datenschützern birgt jedoch das neue EU-Instrument die Gefahr, dass grundlegende Datenschutzprinzipien wie Zweckbindung und Verhältnismässigkeit des Datenzugriffs nicht mehr gewährleistet werden können. Ferner wurde u.a. kritisiert, dass manche Vorschriften zu unbestimmt gefasst worden seien, die Nutzung der Komponenten die Gefahr einer diskriminierenden Behandlung von Personen nicht ausschliesse und die subjektiven Datenschutzrechte betroffener Personen nicht effektiv genug durchgesetzt werden können.<sup>215</sup> Die Verordnung will die Konsequenzen eines Eingriffs in die Freiheitsrechte durch mehrere Schutzmassnahmen abschwächen.<sup>216</sup> Dazu zählt u.a., dass die Zugriffsrechte sich weiterhin nach den jeweiligen EU-Rechtsgrundlagen bezüglich des jeweiligen Systems richten und keine neuen Daten erhoben werden. Weitere Schutzmechanismen sind Festlegungen, wie die Komponenten genutzt werden dürfen, umfangreiche Protokollierungspflichten, grundsätzliche Informationspflichten gegenüber Personen, deren Daten erfasst werden, Haftungsregelungen, die über diejenigen der Datenschutzgrundverordnung hinausgehen, und eine Sanktionierungspflicht für Missbrauch durch die Behörden. Schliesslich ist vorgesehen, ein Web-Portal einzurichten, welches betroffenen Personen die Ausübung ihrer Datenschutzrechte erleichtert.

211 Siehe EJPD, «Informationssysteme verknüpfen: Beitrag zur Sicherheit und zur Steuerung der Migration», <<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2019/2019-10-09.html>> (zuletzt besucht am 20.6.2020).

212 Dieser schliesst die technologische Weiterentwicklung der EU-Informationssysteme über die Interoperabilität hinaus ein.

213 Geschäft des Bundesrates 19.049, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20190049>> (zuletzt besucht am 20.6.2020).

214 Fedpol, «Interoperabilität – entscheidend für die Systemverknüpfung», <<https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/polizei-zusammenarbeit/informationsaustausch/interoperabilitaet.html>> (zuletzt besucht am 20.6.2020).

215 Zusammenfassend zur Kritik von Datenschutzseite siehe auch KATRIEN LUYTEN & SOFIJA VORONOVA, «Interoperability between EU border and security systems», European Parliamentary Research Service, Juni 2019, <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/628267/EPRS\\_BRI\(2018\)628267\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/628267/EPRS_BRI(2018)628267_EN.pdf)> (zuletzt besucht am 20.6.2020).

216 THOMAS WAHL, «Works on Interoperability of EU Information Systems Can Start – Legal Framework Established», 2 eucrim (2019), 103–104.

## 2. Prümer Zusammenarbeit

Am 27. Juni 2019 hat die EU mit der Schweiz und Liechtenstein Abkommen unterzeichnet, welche beiden Ländern die Möglichkeit eröffnet, an der sog. Prümer Zusammenarbeit der EU teilzunehmen.<sup>217</sup> Bei der Prümer Zusammenarbeit handelt es sich um ein Regelwerk zur Weiterentwicklung der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit.<sup>218</sup> Das Regelwerk wurde von einem multilateralen Vertrag aus dem Jahr 2005 abgeleitet und später in einem EU-Rechtsinstrument umgesetzt,<sup>219</sup> das für alle EU-Länder verbindlich ist.

Die Prümer Zusammenarbeit konzentriert sich darauf, grenzüberschreitende Kriminalität und Terrorismus effizienter und kostengünstiger zu verhindern und aufzudecken. Dazu gewähren sich die Mitgliedstaaten gegenseitig Zugriffsrechte auf ihre automatisierten DNA-Analyse-Dateien, ihre automatisierten daktyloskopischen Identifizierungssysteme (sog. Fingerabdruckverfahren) und ihre Fahrzeugregisterdaten. Dieser automatisierte Datenaustausch ist das zentrale Element der vertieften Zusammenarbeit. Bei Daten aus den nationalen DNA-Analyse-Dateien und den nationalen automatisierten daktyloskopischen Identifizierungssystemen gibt ein Treffer/Kein-Treffer-System dem abfragenden Staat die Möglichkeit, in einem zweiten Schritt den die Datei führenden Staat um die zugehörigen personenbezogenen Daten und gegebenenfalls im Wege der Rechtshilfe um weitere Informationen zu ersuchen.<sup>220</sup>

Die Prümer Zusammenarbeit wird häufig auch als «Schengen III» bezeichnet,<sup>221</sup> da sie (zunächst) ausserhalb der EU-Verträge nach dem Vorbild von Schengen etabliert worden ist und auf eine Intensivierung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit ausgerichtet ist. Sie stellt jedoch kein Schengen-Recht dar und gilt damit nicht als Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes, den die Schweiz übernehmen müsste.<sup>222</sup> Deshalb sind gesonderte völkerrechtliche Abkommen zwischen der

217 Abkommen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Anwendung einiger Bestimmungen des Beschlusses 2008/615/JI des Rates zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität, des Beschlusses 2008/616/JI des Rates zur Durchführung des Beschlusses 2008/615/JI zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität, und seines Anhangs sowie des Rahmenbeschlusses 2009/905/JI des Rates über die Akkreditierung von Anbietern kriminaltechnischer Dienste, die Labortätigkeiten durchführen, ABl. 2019 L 187, 3.

218 GLESS, supra Fn. 176, Rn. 535.

219 Insbesondere Beschluss 2008/615/JI des Rates vom 23. Juni 2008 zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität, ABl. 2008 L 210, 1.

220 Vgl. auch SABINE GLESS, «Kurzübersicht zum Beschluss 2008/615/JI», in: W. Schomburg & O. Lagodny (Hg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl., München 2020, III B 2d, Rn. 4.

221 WALDEMAR HUMMER, «Der Vertrag von Prüm – <Schengen III>?», 42 *Europarecht* (2007), 517–530.

222 GLESS, supra Fn. 176, Rn. 583.

EU und Nicht-EU-Staaten zu schliessen, um diesen Staaten die Teilnahme an der vertieften Zusammenarbeit nach dem Prüm-Regelwerk zu ermöglichen. Neben der Schweiz und Liechtenstein wurde zuvor ein ähnliches Abkommen mit Norwegen und Island ausgearbeitet.<sup>223</sup> Damit das Abkommen mit der Schweiz in Kraft treten kann, muss es von beiden Seiten noch ratifiziert werden. Um den Informationsverbund auch mit Norwegen und Island nutzen zu können, wäre ein gesondertes Abkommen der Schweiz mit diesen Staaten als weiterer Schritt nötig.<sup>224</sup>

Der Bundesrat hat das entsprechende Ratifikationsgesetz zur Genehmigung und Umsetzung des mit der Europäischen Union geschlossenen Abkommens über die Prümer Zusammenarbeit, zusammen mit der Genehmigung und Umsetzung des Eurodac-Protokolls und des mit den Vereinigten Staaten von Amerika geschlossenen Abkommens über die Zusammenarbeit zur Prävention und Bekämpfung schwerer Straftaten, auf den Weg gebracht.<sup>225</sup> Die Vernehmlassung endete am 31. März 2020. Der Anschluss der Schweiz an die Prümer Zusammenarbeit wird allgemein für wichtig erachtet.<sup>226</sup> Damit wird verhindert, dass die Schweiz von einem wichtigen Datenaustausch ausgeschlossen bleibt. Schliesslich haben sich die Prümer Beschlüsse als wichtiges Instrument für die Polizeikräfte der Partnerländer der Schweiz erwiesen. Zu erwarten sind erhebliche Zeitgewinne und eine Steigerung der Effizienz bei der Identifizierung mutmasslicher Straftäter oder Tatortspuren.

223 Die Abkommen wurden 2009 geschlossen, sind aber noch nicht in Kraft, so dass Norwegen und Island in den Informationsaustausch operationell noch nicht eingebunden sind.

224 MARCEL AMREIN, DANIEL MICHEL, STÉPHANIE GRILLET, MICHAEL KIEFER, NINA GOTSCH, ELISA RAVASI, GIAN CARLÍ STÄUBLI, PHILIPPE STRUB, ARIANE TINNER, ANDREA ZBINDEN & NORA ZUMBÜHL, «Schweizerische Praxis im Europarecht und Bilaterale Abkommen/Die sektoriellen Abkommen Schweiz–EU in der praktischen Anwendung», in: A. Epiney, L. Hehemann & P.E. Zlatescu (Hg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2018/2019, Zürich 2019, 477–501, 499.

225 Entwurf Bundesbeschluss über die Genehmigung und Umsetzung zweier Abkommen mit der EU betreffend Prüm und Eurodac, <[https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3102/01\\_Entwurf\\_BB-EU\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3102/01_Entwurf_BB-EU_de.pdf)> (zuletzt besucht am 1.7.2020): Erläuternder Bericht zur Genehmigung des Abkommens zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit (Prümer Zusammenarbeit) und des Eurodac-Protokolls zwischen der Schweiz und der EU sowie des Abkommens mit den Vereinigten Staaten von Amerika zur Verhinderung und Bekämpfung schwerer Straftaten sowie zu deren Umsetzung (Anpassung des Strafgesetzbuchs, des DNA-Profil-Gesetzes und des Asylgesetzes), 13. Dezember 2019 <[https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3102/03\\_Erlaeuternder-Bericht\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3102/03_Erlaeuternder-Bericht_de.pdf)> (zuletzt besucht am 1.7.2020).

226 Siehe die Stellungnahmen zur Vernehmlassung, <<https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3102/Stellungnahmen.pdf>> (zuletzt besucht am 20.6.2020).