



**UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE**

**Archive ouverte UNIGE**

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

Master

2018

Open Access

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

---

## Décision d'enquête européenne et droit suisse de l'entraide : une approche comparative

---

Kanoff, Sacha

### How to cite

KANOFF, Sacha. Décision d'enquête européenne et droit suisse de l'entraide : une approche comparative. Master, 2018.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:115059>

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



**UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE**

**FACULTÉ DE DROIT**

**Sacha Kanoff**

sacha.kanoff@etu.unige.ch

**Rédaction juridique**

# **Décision d'enquête européenne et droit suisse de l'entraide.**

**Une approche comparative.**

Travail effectué sous la direction de la **Docteure Maria Ludwiczak Glassey**

et de **Madame Maria Laura Velasco**

dans le cadre du séminaire de Maîtrise

**Entraide pénale internationale et européenne.**

Décembre 2018



# Tables des matières

Liste des abréviations.....	IV
I. Introduction .....	1
II. Sources et Mécanismes.....	1
A. La Suisse et l'entraide classique .....	1
1. Système traditionnel .....	1
2. Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale .....	2
B. La Reconnaissance mutuelle au sein de l'Union Européenne .....	3
1. Origines et fonctionnement .....	3
2. Harmonisation .....	6
3. Décision d'enquête européenne .....	7
III. Eléments de comparaison .....	8
A. Actes.....	8
1. Autorités.....	8
2. Forme et contenu .....	9
B. Etapes et éléments de procédure .....	10
1. Transmission.....	10
2. Examen, reconnaissance et entrée en matière .....	11
C. Exécution de la demande .....	12
1. Droit applicable .....	12
2. Proportionnalité .....	13
3. Double incrimination.....	15
4. Délais .....	17
D. Motifs de refus .....	18
1. Souveraineté et infraction politique .....	18
2. <i>Ne bis in idem</i> .....	19
3. Droits fondamentaux .....	20
4. Impossibilité et dispositions spécifiques .....	22
E. Clôture, transmission et voies de recours.....	23
1. Décision de clôture et transmission .....	23
2. Voies de recours.....	24
IV. Conclusion .....	25
V. Références.....	27
A. Livres et articles.....	27
B. Documents officiels.....	30

## Liste des abréviations

Accord CEEJ CH-A	Accord du 13 juin 1972 entre la Confédération suisse et la République d’Autriche en vue de compléter la Convention européenne d’entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 et de faciliter son application, RS 0.351.916.32
Accord CEEJ CH-D	Accord du 13 novembre 1969 entre la Confédération suisse et la République fédérale d’Allemagne en vue de compléter la Convention européenne d’entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 et de faciliter son application, RS 0.351.913.61
Accord CEEJ CH-F	Accord du 28 octobre 1996 entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française en vue de compléter la Convention européenne d’entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 et de faciliter son application, RS.0.351.934.92
al.	alinéa
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
c.	contre
CAAS	Convention d’application de l’Accord Schengen du 14 juin 1985 ; Journal officiel de l’Union européenne L 239 du 22 septembre 2000, p. 19 ss
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101
CEEJ	Convention européenne d’entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, RS 0.351.1
CEJ – UE	Convention relative à l’entraide judiciaire entre les Etats membres de l’Union européenne, du 29 mai 2000 (2000/C 197/01)
cf.	se rapporter à
ch.	Chiffre
Charte UE	Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, du 18 décembre 2000 (2000/C 364/01)
consid.	considérant
CPP	Code de procédure pénale du 5 octobre 2007, RS 312.0
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l’Union européenne

Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
Décision-cadre MEO	Décision-cadre du Conseil du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédure pénales (2008/978/JAI)
DDEE	Directive du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale (2014/41/UE)
DFJP	Département fédéral de justice et police
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
EIMP	Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 29 mars 1981, RS 311.1
Interpol	Organisation internationale de police criminelle
let.	lettre
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110
Message Conventions	Message à l'Assemblée fédérale relatif à l'approbation de six conventions du Conseil de l'Europe du 1 <sup>er</sup> mars 1966, FF 1966 I 465
Message révision EIMP	Message concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de la loi fédérale relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mars 1995, FF 1995 III 1.
OEIMP	Ordonnance sur l'entraide internationale en matière pénale du 24 février 1982, RS 351.1 1
OFJ	Office fédéral de la justice
PACEEJ (II)	Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 8 novembre 2001, RS 0.351.12
par.	paragraphe
PJA	Pratique juridique actuelle
RJE	Réseau judiciaire européen

RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique
s.	et suivant(e)
ss	et suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral
TFUE	Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, du 9 mai 2008 (2008/ C 115/47)
TPF	Tribunal pénal fédéral
TUE	Version consolidée du Traité sur l'Union européenne, du 30 mars 2010 (2010/C 83/13)
UE	Union européenne

## I. Introduction

« Доверие – хорошо, а контроль – лучше. »<sup>1</sup>  
Владимир Ильич Ульянов

Du principe de coopération judiciaire pénale à l'émergence d'un espace pénal européen, l'Europe a évolué de manière à faire face aux défis d'une criminalité transnationale dont la perméabilité des frontières étatiques et la libéralisation des échanges internationaux ont changé les caractéristiques. Pour relever ces défis, les dérogations au principe de territorialité se multiplient au sein de l'Europe et les frontières pénales autrefois imperméables deviennent, elles aussi, de plus en plus poreuses.<sup>2</sup>

Assise au milieu de l'Europe, la Suisse conserve toutefois des spécificités qui lui sont propres. Enclavé dans l'espace pénal européen, le système d'entraide pénal international suisse repose effectivement sur des conceptions et mécanismes fondamentalement différents de ceux de ses voisins, membres de l'UE.

Notre analyse, limitée au domaine de l'obtention de moyens de preuves, portera sur les différents mécanismes que l'on retrouve au sein de l'Europe dans le cadre de l'entraide pénale internationale. Nous examinerons l'influence qu'ont ces mécanismes sur les instruments utilisés, les procédures suivies, les principes établis, ainsi que sur la manière d'appréhender l'entraide pénale internationale dans son ensemble.

L'approche comparative de ce travail se concentrera essentiellement sur la loi fédérale suisse sur l'entraide internationale en matière pénale et sur la directive concernant la décision d'enquête européenne, instrument novateur dans le domaine de l'obtention de moyens de preuves, au cœur d'un des plus gros chantiers que constitue l'espace de liberté, de sécurité et de justice que veut être l'UE.

## II. Sources et Mécanismes

### A. La Suisse et l'entraide classique

#### 1. Système traditionnel

La coopération judiciaire internationale en matière pénale consiste en « l'exécution par l'Etat requis – au besoin par la coercition – de mesures propres à faciliter la poursuite et la répression des infractions pénales dans l'Etat requérant à la demande de celui-ci »<sup>3</sup>. La Suisse s'inscrit dans le mécanisme du *request model*<sup>4</sup> qui se caractérise par l'envoi d'une requête de la part d'une autorité requérante visant à l'obtention de moyens de preuve utiles, dans le cadre

---

<sup>1</sup> « La confiance c'est bien, le contrôle c'est mieux. », Vladimir Ilitch OULIANOV.

<sup>2</sup> WEYEMBERGH, Harmonisation, N 7.

<sup>3</sup> ZIMMERMANN, Paradigme, p. 63.

<sup>4</sup> KLIP, p. 381.

d'une procédure pénale, se trouvant sur le territoire de l'autorité requise. Ce modèle de coopération bilatérale accorde à l'Etat requis une large marge de manœuvre dans la manière d'appréhender chaque requête. En effet, il sera libre d'accorder ou non l'entraide, de décider de la modalité d'exécution et des délais. Ce pouvoir discrétionnaire constitue une expression de la souveraineté nationale. L'autorité d'exécution, en Suisse, aura donc pour mission d'accorder l'entraide dans la mesure du possible, en veillant à l'intégrité nationale et en s'abstenant de prêter concours à des procédures étrangères qui ne seraient pas respectueuses des droits de l'homme et des garanties de procédures.<sup>5</sup> Le système traditionnel de l'assistance mutuelle est souvent critiqué pour son incertitude quant à l'issue d'une requête<sup>6</sup>, la lourdeur de son mécanisme et son inefficacité.<sup>7</sup>

Le domaine pénal étant par nature une compétence de nature régaliennne, étroitement liée à la souveraineté d'un Etat<sup>8</sup>, il n'est pas étonnant de voir que c'est ce système qui s'impose de prime abord dans la majeure partie du monde.<sup>9</sup> L'entraide internationale pénale repose sur le droit international et les Etats seront donc libres par le biais d'accord internationaux de moduler et de restreindre leur pouvoir discrétionnaire. Ce dernier ne sera limité que dans la mesure où les Etats ont volontairement accepté des restrictions à leur souveraineté.<sup>10</sup>

Ainsi, la Suisse a conclu environ septante traités<sup>11</sup>, bilatéraux et multilatéraux, qui régiront ses interactions avec les Etats étrangers, notamment la CEEJ, « Mother Convention »<sup>12</sup> et premier instrument majeur concernant l'assistance mutuelle en matière pénale en Europe, qui régulera la coopération entre la Suisse et les autres Etats parties à cette convention. A défaut d'accord international entre deux Etats relatif à la manière de procéder dans le cadre d'une procédure d'assistance mutuelle en matière pénale, la loi nationale relative à la coopération judiciaire en matière pénale sera appliquée (art. 1 al. 1 EIMP).

## 2. Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

L'EIMP, complétée par son ordonnance, l'OEIMP, règle toutes les questions relatives à la coopération internationale, soit en matière d'extradition, d'entraide accessoire active ou passive, de délégation de procédure, d'exécution de procédures étrangères et de notifications des décisions (art. 1 al. 1 EIMP). Cette loi organise donc de manière exhaustive la coopération entre la Suisse et les Etats étrangers avec lesquels aucun traité n'a été conclu en la matière. L'adoption de l'EIMP, le 20 mars 1981, intervient postérieurement à la CEEJ et en consolide les acquis tout en mettant le droit suisse en conformité avec les engagements internationaux

---

<sup>5</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 63.

<sup>6</sup> SATZGER, §10 N 26 ; ZIMMERMANN/GLASER/MOTZ, p. 57.

<sup>7</sup> Critique qui n'est pas partagée par AMBOS, 10 Thesen, p. 577 ss.

<sup>8</sup> « [...] le droit de punir est l'expression la plus marquante des pouvoirs souverains de l'Etat, qui assure la protection de l'ordre public et de ses citoyens sur son territoire. », comme le souligne MARTY, *Décision nouvelle*, p. 106 ; LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 52 ; WEYEMBERGH, *Harmonisation*, N 47.

<sup>9</sup> DANIELE/CALVANESE, p. 357.

<sup>10</sup> KLIP, p. 381 ; REEB, p. 236.

<sup>11</sup> Pour consulter les bases légales applicables dans les relations d'entraide entre la Suisse et les pays étrangers, voir l'Index des pays dans OFJ, *Guide* ; ZIMMERMANN, *Coopération*, N 191.

<sup>12</sup> ZIMMERMANN/GLASER/MOTZ, p. 58.

dans le domaine de la coopération judiciaire internationale.<sup>13</sup> L'adoption de cet instrument « présente [donc] plutôt les traits d'une codification de la pratique que d'une œuvre véritablement novatrice. »<sup>14</sup>

Toutefois, l'EIMP est révisée en 1997 dans une volonté de simplification et d'accélération de la procédure d'entraide.<sup>15</sup> En effet, la procédure jugée particulièrement lourde, complexe et trop favorable à la défense d'intérêts criminels était sujette à de nombreuses critiques.<sup>16</sup> Les multiples voies de recours, notamment, ralentissaient considérablement la procédure.<sup>17</sup> L'uniformisation des voies de recours est sans doute un élément fondamental, avec la simplification de la lettre de la loi et la nouvelle réglementation concernant la transmission spontanée<sup>18</sup> pour atteindre une réduction de la durée des procédures.<sup>19</sup>

L'EIMP fera sans doute encore l'objet de modifications dans un futur proche, notamment en ce qui concerne une éventuelle extension du champ de l'entraide dynamique et la limitation de la possibilité de la mise sous scellés dans le cadre de la procédure d'entraide.<sup>20</sup>

## **B. La Reconnaissance mutuelle au sein de l'Union Européenne**

### **1. Origines et fonctionnement**

Le principe de la reconnaissance mutuelle tire son origine de l'arrêt de la CJUE, « Cassis de Dijon »<sup>21</sup>. Dans cet arrêt, il était question du refus par la République fédérale d'Allemagne de commercialiser le Cassis de Dijon d'origine française au motif que la liqueur n'atteignait pas le pourcentage d'alcool minimum requis par la législation allemande. La CJUE a conclu qu'il n'y avait « aucun motif valable d'empêcher que des boissons alcoolisées, à condition qu'elles soient légalement produites et commercialisées dans l'un des Etats membres, soient introduites dans tout autre Etat membre »<sup>22</sup>. De cette création prétorienne découle une nouvelle approche de la libre circulation des marchandises au sein du marché intérieur. Les États membres doivent se faire mutuellement confiance, de sorte que, lorsque des marchandises sont introduites sur le marché dans un État membre, les autres États membres doivent avoir l'assurance que les vérifications visant à évaluer le respect du droit de l'Union ont été réellement effectuées par cet État membre. En conséquence, si des marchandises sont légalement mises sur le marché dans un État membre, les autres États membres ne peuvent pas les soumettre à des contrôles ou formalités supplémentaires. Cela trouve son fondement dans l'attitude générale selon laquelle les États membres se font mutuellement confiance.<sup>23</sup> La

---

<sup>13</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 40 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 170.

<sup>14</sup> ZIMMERMANN, Coopération, N 170.

<sup>15</sup> Message révision EIMP, p. 2 ; HARARI/CORMINBOEUF, p. 139.

<sup>16</sup> Message révision EIMP, p. 5 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 173.

<sup>17</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 42.

<sup>18</sup> A ce propos, voir LUDWICZAK GLASSEY, N 269 ss.

<sup>19</sup> SCHUPP, p. 195.

<sup>20</sup> A ce propos, voir LUDWICZAK GLASSEY N 552 et N 595 et les références citées.

<sup>21</sup> CJCE, Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, 20 février 1979, aff. 120/78.

<sup>22</sup> CJCE, Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, 20 février 1979, aff. 120/78, consid.

14.

<sup>23</sup> KLIP, p. 100.

notion de confiance mutuelle est donc essentielle, indissociable, conditionnelle au bon fonctionnement de la reconnaissance mutuelle.<sup>24</sup>

L'extension du principe de reconnaissance mutuelle au domaine pénal est suggérée lors du Conseil européen de Cardiff en 1998 qui souligne le rôle de la reconnaissance mutuelle pour une « coopération judiciaire efficace »<sup>25</sup>. Un an plus tard, à l'occasion du Conseil européen de Tampere, ce principe est consacré, malgré le scepticisme et la réticence de certains Etats de voir la transposition d'un principe économique à la matière pénale, et imposé comme « pierre angulaire »<sup>26</sup> au domaine de la coopération judiciaire.<sup>27</sup> Bien que sa consécration normative n'intervienne qu'au moment de l'adoption du traité de Lisbonne<sup>28</sup> en 2009, les instruments d'entraide se basent désormais sur le principe de reconnaissance mutuelle.<sup>29</sup>

Le principe de reconnaissance mutuelle a pour but de pallier les obstacles découlant des différences des systèmes légaux des Etats.<sup>30</sup> Appliqué au domaine pénal, il a pour conséquence la libre circulation de décisions judiciaires, notamment les « décisions précédant la phase de jugement, en particulier [...] celles qui permettraient aux autorités compétentes d'agir rapidement pour obtenir des éléments de preuves »<sup>31</sup> au sein de l'Union Européenne. « Dès lors qu'une décision est prise par une autorité judiciaire qui est compétente en vertu du droit de l'Etat membre dont elle relève, en conformité avec le droit de cet Etat, cette décision doit avoir un effet plein et direct sur l'ensemble du territoire de l'Union. »<sup>32</sup> Un tel mécanisme ne peut évidemment fonctionner que si la confiance que les Etats membres placent dans le système juridique des autres Etats membres et leurs procédures respectives, notamment quant à la garantie des droits fondamentaux, est totale.<sup>33</sup>

La reconnaissance mutuelle est la conséquence - ou prochaine étape logique - du principe de confiance mutuelle.<sup>34</sup> En effet, si les Etats membres ont une confiance réciproque dans leurs systèmes juridiques, il ne devrait pas y avoir d'obstacle à la reconnaissance des décisions issues de ces derniers. La confiance mutuelle implique que l'Etat membre qui reçoit une décision d'une instance judiciaire étrangère devrait s'y fier et procéder à son exécution, quand bien même aucune mesure comparable n'existerait dans sa propre législation, sans vérifier

---

<sup>24</sup> « [Mutual] trust is the larger concept and mutual recognition the consequence of it. », KLIP, p. 101 ; WEYEMBERGH, Reconnaissance, p. 56 s.

<sup>25</sup> Conseil de Cardiff, par. 39.

<sup>26</sup> Conseil de Tampere, par. 33.

<sup>27</sup> MARTY, *Légalité*, N 329 ; MITSILEGAS, p. 117 ; DANIELE/CALVANESE, p. 358.

<sup>28</sup> Cette consécration dans la loi européenne primaire souligne l'importance du concept dans les futures coopérations en matière pénale. Elle octroie, en outre, explicitement à l'art. 82 du TFUE, au Parlement européen et au Conseil la compétence d'« établir des règles et des procédures pour assurer la reconnaissance, dans l'ensemble de l'Union, de toutes les formes de jugements et décisions judiciaires » en suivant la procédure législative ordinaire.

<sup>29</sup> « When it was initially being applied to the field of criminal matters, the principle of mutual recognition did not have any foundation in the European treaties. Instead it was merely based on political will. », ZIMMERMANN/GLASER/MOTZ, p. 60 ; SATZGER §8 N 32.

<sup>30</sup> DEDIU, p. 66 s.

<sup>31</sup> Livre vert relatif à l'obtention de preuves, p. 2 ; Conseil de Tampere, par. 36.

<sup>32</sup> FLORE, Reconnaissance mutuelle, p. 75.

<sup>33</sup> MITSILEGAS doute que le niveau de confiance mutuelle soit véritablement atteint, MITSILEGAS, p. 132 ; BLACKSTOCK en doute également, BLACKSTOCK, p. 492.

<sup>34</sup> JANSSENS, p. 142 s.

l'évaluation faite par l'autorité d'émission. Une vérification serait effectivement considérée comme l'expression d'une méfiance envers l'Etat d'émission.<sup>35</sup>

L'Etat d'émission est responsable de vérifier l'admissibilité de la décision, tandis que le rôle de l'autorité d'exécution, lui, sera réduit à l'application automatique de la mesure prévue comme si elle était issue de sa propre juridiction. Idéalement, la reconnaissance mutuelle devrait se faire directement et automatiquement, sans procédure de validation préalable.<sup>36</sup> L'autorité d'exécution ne dispose plus, dans le modèle de la reconnaissance mutuelle, de la marge de manœuvre dans l'exécution des décisions étrangères qui lui était propre dans le système traditionnel d'entraide judiciaire. Les circonstances justifiant un éventuel refus de la part de l'autorité d'exécution sont extrêmement réduites – voire inexistantes, en théorie – conformément au principe de reconnaissance mutuelle, ce qui répond à la volonté d'une procédure de répression rapide et efficace au sein de l'Union européenne, qui se veut « espace de liberté, de sécurité et de justice »<sup>37</sup>. La reconnaissance mutuelle implique un véritable effort en vue d'automatiser autant que possible, de simplifier et d'accélérer la coopération judiciaire.<sup>38</sup>

Toutefois, bien que l'application du principe de reconnaissance mutuelle au domaine pénal puisse sembler opportun au regard du succès obtenu dans le marché intérieur, il faut admettre qu'elle présente certaines difficultés, notamment en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux.<sup>39</sup> Par ailleurs, le principe de la reconnaissance mutuelle adapté au domaine de l'entraide pénale n'a pas le même effet libéralisateur que dans le règlement du marché intérieur, mais poursuit, au contraire, un objectif répressif.<sup>40</sup> Les mesures employées lors de l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire sont parfois intrusives et restrictives des droits fondamentaux de la personne visée. Le fait que les procédures judiciaires des autres Etats membres garantissent un niveau suffisant de protection de l'individu est, dès lors, un élément crucial.

Outre la problématique liée aux droits fondamentaux, la reconnaissance mutuelle soulève un problème lié au principe de sécurité juridique. Comme on l'a vu, « l'objectif général de la reconnaissance mutuelle serait de donner à une décision (finale) un effet plein et direct dans toute l'Union »<sup>41</sup>. Un individu serait donc théoriquement confronté aux règles procédurales de tous les Etats membres dont les effets pourraient être déployés sur le territoire de son propre pays.<sup>42</sup> Cela pose potentiellement des problèmes de légalité et de légitimité, face à des normes

---

<sup>35</sup> KLIP, p. 400 ; « In principle, Union law does not allow for double checks. », KLIP, p. 410.

<sup>36</sup> BALLEGOIJ, p. 126.

<sup>37</sup> « L'Union européenne s'est notamment donné pour objectif de se maintenir et de se développer en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice, en particulier en facilitant et en accélérant la coopération judiciaire en matière pénale entre les Etats membres. », Livre vert relatif à l'obtention de preuves, p. 1.

<sup>38</sup> BALLEGOIJ, p. 142.

<sup>39</sup> « The sensitivity of criminal proceedings constitutes an important difference compared to the laws framing the internal market: market regulation does not touch basic values in the way criminal proceedings do. », ZIMMERMANN/GLASER/MOTZ, p. 63.

<sup>40</sup> ZIMMERMANN/GLASER/MOTZ, p. 61 ; MITSILEGAS, p. 118.

<sup>41</sup> Communication reconnaissance 2000, p. 8.

<sup>42</sup> MITSILEGAS parle d'un « journey into the unknown », où les autorités nationales doivent reconnaître des standards émanant du système national de tout autre Etat membre de l'UE, MITSILEGAS, p. 119.

régissant les relations en matière pénale entre les citoyens et l'Etat qui ne seraient pas le produit d'un débat démocratique.<sup>43</sup> Cette situation d'insécurité juridique est d'autant plus intolérable qu'il existe au sein de l'UE des variations quant aux dispositions nationales de droit pénal matériel.<sup>44</sup> Il est invraisemblable de concevoir qu'un Etat qui n'incriminerait pas des actes tels que l'avortement, l'euthanasie ou qui prévoirait des critères différents<sup>45</sup> pour qualifier certaines infractions, au nom des valeurs éthiques auxquelles l'Etat est attaché, coopérerait à des mesures investigatrices y relatives.

## 2. Harmonisation

Un certain rapprochement des lois nationales à la fois matérielles et procédurales dans le domaine du droit pénal paraît être indispensable pour justifier une confiance mutuelle entre les Etats membres et, à fortiori, pour le bon fonctionnement du principe de reconnaissance mutuelle.<sup>46</sup> L'harmonisation des législations nationales contribuerait, en outre, à une coopération interétatique plus sûre et effective.<sup>47</sup> Toutefois, la Commission européenne soutient que la reconnaissance « peut, dans une certaine mesure, rendre la normalisation inutile. »<sup>48</sup> Le principe de reconnaissance mutuelle pourrait donc être considéré comme une alternative à l'harmonisation des lois nationales.<sup>49</sup> La reconnaissance mutuelle constate et accepte les différences, mais ne les considère simplement pas comme un obstacle à la coopération.<sup>50</sup> Cette approche se présente comme « [respectueuse] des spécificités procédurales nationales et préserve l'hétérogénéité des systèmes nationaux, tout en visant la libre circulation des décisions judiciaires au sein de l'Union européenne. »<sup>51</sup> KLIP soutient que le mécanisme de la reconnaissance mutuelle pourrait même ainsi être considéré en soi comme un système harmonisé permettant de fournir et de requérir l'assistance d'un Etat membre.<sup>52</sup>

Le principe de reconnaissance mutuelle semble être une solution qui évite la contrainte d'une harmonisation trop intense des législations.<sup>53</sup> Toutefois, en l'absence d'une certaine harmonisation minimale préalable, l'application de ce principe semble dépourvue de légitimité.<sup>54</sup> En effet, il n'y aurait pas de justification aux effets extraterritoriaux des décisions judiciaires étrangères.<sup>55</sup> La reconnaissance mutuelle ne fonctionne pas lorsque les divergences entre les systèmes judiciaires des Etats membres sont trop substantielles.<sup>56</sup> La mise en œuvre

---

<sup>43</sup> MITSILEGAS, p. 158.

<sup>44</sup> ZIMMERMANN/GLASER/MOTZ, p. 62.

<sup>45</sup> On peut penser à l'âge auquel on atteint la capacité de discernement ou la majorité sexuelle qui varie selon les législations nationales et aux potentielles infractions qui en dépendent.

<sup>46</sup> FLORE, Droit pénal européen, N 815.

<sup>47</sup> « Le renforcement de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et des jugements et le rapprochement nécessaire des législations faciliteraient la coopération entre autorités et la protection judiciaire des droits de la personne », Conseil de Tampere, par. 33.

<sup>48</sup> Communication reconnaissance 2000, p. 5.

<sup>49</sup> MITSILEGAS, p. 116 s.

<sup>50</sup> KLIP, p. 403.

<sup>51</sup> MARTY, Légalité, N 326 ; FLORE, Droit pénal européen, N 246.

<sup>52</sup> KLIP, p. 403.

<sup>53</sup> ALBERT/MERLIN, p. 62.

<sup>54</sup> ZIMMERMANN/GLASER/MOTZ, p. 65 ; WEYEMBERGH, Harmonisation, N 206 et N 173 ss.

<sup>55</sup> ZIMMERMANN/GLASER/MOTZ, p. 64.

<sup>56</sup> BALLEGOIJ, p. 78.

du principe de reconnaissance mutuelle suppose que les Etats membres aient confiance dans leurs systèmes de justice pénale respectifs. Or, cette confiance se fonde notamment sur les valeurs partagées par les différents Etats membres des principes de liberté, de démocratie et du respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de l'Etat de droit ainsi que sur le fait que les législations nationales offrent toutes le même niveau de protection des droits fondamentaux.<sup>57</sup>

### 3. Décision d'enquête européenne

Après la consécration du principe de reconnaissance mutuelle en tant que « pierre angulaire » de la coopération judiciaire pénale au sein de l'Union lors du Conseil européen de Tampere, les actes législatifs se succèdent rapidement, formant un engorgement, qui témoigne parfois d'une suite d'échecs normatifs.<sup>58</sup>

En avril 2010, une initiative concernant la décision d'enquête européenne est lancée par un groupe de sept Etats membres<sup>59</sup> qui vise à la concrétisation du projet d'instrument global présenté par le programme de Stockholm avant d'être adoptée 4 ans plus tard.<sup>60</sup>

La décision d'enquête européenne est finalement approuvée le 3 avril 2014 et transposée au plus tard le 22 mai 2017 par les Etats membres de l'Union européenne<sup>61</sup>. La DDEE régule les cas d'entraide entre les Etats membres de l'UE. Ce nouvel instrument, qui repose sur le principe de la reconnaissance mutuelle tout en possédant une certaine flexibilité propre au système traditionnel<sup>62</sup>, répond à la volonté d'un instrument unique et simplifié.<sup>63</sup> En effet, avant son adoption, le décor législatif relatif à l'entraide pénale au sein de l'Union Européenne est un véritable patchwork normatif, mille-feuille de législations qui se complètent, se remplacent et s'enchevêtrent dans une accumulation normative d'une grande complexité.<sup>64</sup> La réglementation, antérieure à l'adoption de la décision d'enquête européenne, relative à l'obtention de preuves en matière pénale dans l'UE se divise en deux catégories distinctes. D'une part, certains instruments, notamment la CEEJ et la CEJ – UE, se fondent sur le principe de l'entraide judiciaire.<sup>65</sup> D'autres, telle que la Décision-cadre MEO, reposent sur le principe de reconnaissance mutuelle. La décision d'enquête européenne fait table rase de ce système fragmenté<sup>66</sup> qui manque d'efficacité et de flexibilité. Elle remplacera notamment la Décision-cadre MEO, la CEJ – UE et la CEEJ.<sup>67</sup>

---

<sup>57</sup> BALLEGOUJ, p. 142 ; FLORE, Droit pénal européen, N 246.

<sup>58</sup> MANGIARACINA souligne l'échec essuyé par la Décision-cadre MEO, MANGIARACINA, p. 115 ; WEYEMBERGH, Reconnaissance, p. 27 ss.

<sup>59</sup> Conseil de l'UE, Initiative 2010.

<sup>60</sup> MARTY, Légalité, N 338.

<sup>61</sup> « Cette directive s'applique à tous les pays de l'UE à l'exception du Danemark et de l'Irlande, qui ne participent pas. », Communiqué de presse 2017.

<sup>62</sup> ALOUPI, p. 694 ; JURKA/ZAJANČKAUSKIENĖ, p. 72.

<sup>63</sup> Stockholm Programme, par. 3.1.1 ; MARTY, Légalité, N 357.

<sup>64</sup> MARTY, N 356.

<sup>65</sup> Livre vert relatif à l'obtention de preuves, p. 3.

<sup>66</sup> Stockholm Programme, par. 1.1.

<sup>67</sup> La DDEE remplace la CEEJ aux cas d'entraide pénale entre les Etats membres de l'UE entre eux. La CEEJ continuera néanmoins à s'appliquer notamment dans les relations entre les Etats membres de l'UE et la Suisse.

La DDEE prévoit à son article premier que « la décision d'enquête européenne est une décision judiciaire qui a été émise ou validée par une autorité judiciaire d'un État membre afin de faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquête spécifiques dans un autre État membre en vue d'obtenir des preuves conformément à la présente directive ». La décision d'enquête européenne peut également viser à l'obtention des moyens de preuve déjà en possession des autorités de l'Etat d'exécution. Son champ d'application est donc bien plus large que celui prévu par la Décision-cadre MEO qui, elle, ne visait que les moyens de preuve déjà existants. Une décision d'enquête européenne peut être émise pour tout type de mesure d'enquête, à l'exception de la mise en place d'une équipe commune d'enquête et de l'obtention de moyens de preuve dans le cadre d'une telle équipe (art. 3 DDEE).<sup>68</sup>

### III. Eléments de comparaison

#### A. Actes

##### 1. Autorités

En matière d'entraide, les requêtes étrangères sont adressées à l'OFJ (art. 29 EIMP ; 78 al. 1 EIMP), ayant la qualité d'Office central pour la Suisse<sup>69</sup>, qui procédera à leur examen sommaire (art. 78 al. 2 EIMP) et les transmettra à une autorité cantonale ou fédérale d'exécution (art. 78 al. 2 EIMP). L'OFJ assume la fonction d'autorité de surveillance en matière d'entraide (art. 3 OEIMP), dont le corollaire est la qualité de partie, et assure le bon déroulement de la procédure.<sup>70</sup> Les autorités cantonales ou fédérales sont compétentes pour recevoir les demandes lorsque la transmission directe est prévue et pour exécuter les demandes qui leur sont déléguées par l'OFJ (art. 16, 78 al. 2, 80 et 80a EIMP).

La directive concernant la décision d'enquête, elle, prévoit que l'autorité d'émission peut être un juge, une juridiction, un procureur compétent dans l'affaire concernée ou toute autre autorité judiciaire définie par l'Etat d'émission agissant en qualité d'autorité chargée des enquêtes dans le cadre des procédures pénales, compétente dans le cadre de la procédure concernée pour ordonner l'obtention de preuves en vertu du droit national (art. 2 let. c DDEE). La définition reste relativement vague afin de respecter les spécificités de chaque Etat membre.<sup>71</sup> On peut noter que dans certains Etats, les membres de la police ou des personnes relevant d'organes administratifs sont compétents pour ordonner des mesures d'investigation dans le cadre d'une procédure pénale.<sup>72</sup> La directive prévoit toutefois, dans de pareils cas, la validation préalable desdites mesures par un organe judiciaire (art. 2 let. c DDEE). La directive affirme également que l'émission d'une décision d'enquête peut notamment être demandée, dans le cadre des droits de la défense applicables conformément à la procédure

---

<sup>68</sup> DEDIU, p. 66.

<sup>69</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 517.

<sup>70</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 518.

<sup>71</sup> MARTY, Décision nouvelle, p. 119.

<sup>72</sup> GARCIMARTIN MONTERO, p. 46.

pénale nationale, par un suspect ou un avocat (art. 1 par. 3 DDEE). Cette disposition ne leur confère toutefois pas un droit à l'émission d'une telle décision.<sup>73</sup>

Il est intéressant de constater le changement dans les termes employés selon qu'on se trouve dans le modèle de la requête ou celui de la reconnaissance mutuelle, ce qui témoigne d'un bouleversement des rapports de force dans la procédure d'entraide pénale. La décision d'enquête européenne élimine le pouvoir discrétionnaire de l'Etat requis propre au système traditionnel et bascule vers un *demand-based system*<sup>74</sup>. En effet, la « requête » traditionnelle est remplacée par une « décision », les « autorités requérantes » et « autorités requises » sont maintenant respectivement des « autorités d'émission » et « autorités d'exécution ».<sup>75</sup> Ce changement sémantique démontre un passage à un système où la fonction de l'autorité « d'exécution » est réduite à l'application contrainte sur son territoire d'une mesure issue d'une autorité étrangère. Le principe de reconnaissance mutuelle bouleverse le principe de territorialité en octroyant la compétence aux autorités judiciaires de prendre des décisions à portée extraterritoriale. On assiste, avec la décision d'enquête, à une dépolitisation totale de la coopération en matière pénale et à la judiciarisation aboutie de l'entraide.<sup>76</sup> Le mécanisme d'entraide pénale autrefois fondé sur une décision politique dépend désormais de la décision d'une autorité judiciaire d'un Etat membre.<sup>77</sup> L'accroissement des prérogatives au bénéfice des autorités judiciaires dépasse à présent le pouvoir que détenait auparavant l'exécutif en la matière, répondant ainsi à une volonté d'un espace judiciaire européen.<sup>78</sup>

## 2. Forme et contenu

La forme écrite est imposée aux demandes d'entraide étrangères adressées à la Suisse (art. 28 al. 1 EIMP). Celles-ci, ainsi que leurs annexes, doivent être rédigées ou accompagnées d'une traduction officiellement certifiée conforme en français, en allemand ou en italien (art. 28 al. 5 EIMP). La demande doit indiquer l'organe dont elle émane et, le cas échéant, l'autorité pénale compétente (art. 28 al. 2 let. a EIMP), son objet et son motif (art. 28 al. 2 let. b EIMP), la qualification juridique des faits (art. 28 al. 2 let. c EIMP), la désignation précise et complète de la personne poursuivie (art. 28 al. 2 let. d EIMP) ainsi qu'un bref exposé des faits essentiels (art. 28 al. 3 let. a EIMP).<sup>79</sup> L'autorité suisse n'a pas à se prononcer sur la réalité des faits, mais elle vérifie que ceux-ci, tels qu'ils sont présentés, constituent effectivement une infraction.<sup>80</sup> Un des buts de l'entraide étant effectivement d'apporter des clarifications factuelles, un état de fait exhaustif n'est pas exigé.<sup>81</sup> Pourtant les indications fournies devront être suffisantes pour permettre à l'autorité de se prononcer sur la réalisation des conditions

<sup>73</sup> KLIP, p. 468.

<sup>74</sup> HEARD/MANSELL, p. 354.

<sup>75</sup> « Der im Grünbuch vorgeschlagene Übergang von einem System gegenseitiger Rechtshilfe zu einem System gegenseitiger Anerkennung bedeutet, eine *Bitte*, im Rechtshilferecht vornehm „Ersuchen“ genannt, durch einen *Befehl* („Anordnung“) zu ersetzen. [...] Dort *ordnet* der ersuchende Staat *an*, er heißt deshalb auch nicht mehr „ersuchender“ Staat, sondern „Anordnungsstaat“. », AMBOS, 10 Thesen, N 1 ; SATZGER, §8 N 52.

<sup>76</sup> MARTY, Décision nouvelle, p. 112.

<sup>77</sup> FLORE, Droit pénal européen, N 1109.

<sup>78</sup> MARTY, Décision nouvelle, p. 116.

<sup>79</sup> A ce propos, voir OFJ, Aide-mémoire 2017.

<sup>80</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 344 ; TPF, RR.2015.261, 4 février 2016, consid. 6.2.1.

<sup>81</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 586.

nécessaires à l'entraide et, le cas échéant, à son étendue, notamment au regard du principe de la proportionnalité, de la double incrimination et de l'éventuelle exclusion relative à la nature de l'infraction.<sup>82</sup> Les exigences relatives au contenu des demandes adressées à la Suisse sont strictes.<sup>83</sup>

La standardisation et l'uniformisation de la procédure ordonnant la mesure d'enquête transnationale constituent un avantage indéniable de la décision d'enquête européenne. Un formulaire, commun à tous les Etats membres de l'UE, est annexé à la DDEE. Le formulaire devra être complété par l'autorité judiciaire, signé et contenir les informations quant à l'autorité d'émission ainsi que, le cas échéant, l'autorité de validation (art. 5 par. 1 let. a DDEE), l'objet et les motifs de la décision d'enquête européenne (art. 5 par. 1 let. b DDEE), les informations nécessaires disponibles relatives à la ou les personnes concernées (art. 5 par. 1 let. c DDEE), une description de l'acte délictueux faisant l'objet de l'enquête ou de la procédure, les dispositions applicables du droit pénal de l'Etat d'émission (art. 5 par. 1 let. d DDEE) et une description de la ou des mesures d'enquête demandées et des preuves à obtenir (art. 5 par. 1 let. e DDEE). Ces informations devront être certifiées comme étant exactes par l'autorité d'émission (art. 5 par. 1 DDEE).

« [Que] la décision soit émise par un juge d'instruction espagnol, un procureur italien ou une juridiction française, elle présentera la même forme et les éléments renseignés seront identiques. »<sup>84</sup> Le formulaire annexé à la directive permettra non seulement de faciliter le contrôle de la légalité formelle de la décision, mais également d'éviter de fastidieux échanges préalables à l'entraide judiciaire, où l'autorité requise demande des informations supplémentaires à l'autorité requérante afin d'adapter la commission rogatoire, échanges qui s'avèrent souvent chronophages.

## **B. Etapes et éléments de procédure**

### **1. Transmission**

En Suisse, les transmissions ont à priori lieu par la voie diplomatique<sup>85</sup> ou par le biais du Ministère de la justice (art. 15 par. 1 CEEJ). Toutefois, certains traités internationaux<sup>86</sup>, « garants d'une meilleure célérité »<sup>87</sup>, réservent une communication directe entre autorités judiciaires. Celle-ci est également admissible en cas d'urgence ou lorsque des mesures provisoires doivent être mises en œuvre (art. 15 par. 2 CEEJ ; art. 29 al. 2 EIMP). En cas de transmission directe, celle-ci peut s'effectuer par l'intermédiaire d'Interpol (art. 15 par. 5 CEEJ ; art. 29 al. 2 EIMP).

---

<sup>82</sup> OFJ, Directives, p. 38.

<sup>83</sup> LUDWICZAK, Dans la jungle, p. 118.

<sup>84</sup> MARTY, Légalité, N 348.

<sup>85</sup> OFJ, Directives, p. 36.

<sup>86</sup> Notamment les art. 4 PACEEJ (II) ; art. XIV Accord CEEJ CH-F ; Art. IX Accord CEEJ CH-A ; Art VIII Accord CEEJ CH-D.

<sup>87</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 588.

Le mode d'acheminement par le biais de la voie diplomatique peut sembler relever d'une conception dépassée de la souveraineté et des relations internationales.<sup>88</sup> La décision d'enquête européenne prévoit, en effet, le système inverse. La communication directe entre les autorités judiciaires est un des points essentiels de cette directive. La transmission sera donc effectuée par l'autorité d'émission à l'autorité d'exécution par tout moyen permettant de laisser une trace écrite (art. 7 par. 1 DDEE). A cette fin, les autorités pourront effectuer la transmission à travers le RJE (art. 7 par. 4 DDEE). La transmission directe entre autorités judiciaires, sans passage par les autorités centrales ou diplomatiques, permet une coopération plus rapide, plus fluide et d'une plus grande efficacité.<sup>89</sup>

## 2. Examen, reconnaissance et entrée en matière

A la réception de la demande, l'OFJ procède à un examen (très<sup>90</sup>) sommaire de recevabilité quant à la forme avant d'en déléguer l'exécution, à moins que la demande ne paraisse manifestement irrecevable (art. 78 al. 2 EIMP). L'OFJ ne statue pas sur la recevabilité matérielle<sup>91</sup>, mais peut, lorsque les conditions de forme ne sont pas remplies, interpellier l'autorité requérante et lui impartir un délai raisonnable pour compléter la demande.<sup>92</sup> L'OFJ transmet ensuite la demande à l'autorité d'exécution compétente, en principe l'autorité cantonale (art. 16 al. 1 EIMP ; art. 77 al. 1 EIMP). Cette dernière entreprend alors un examen préliminaire de la demande visant à déterminer si les conditions requises à l'octroi de l'entraide sont remplies (art. 80 al. 1 EIMP). Si la demande est irrecevable, l'autorité d'exécution la retourne à l'autorité requérante en suivant la même voie que pour l'acheminement (art. 80 al. 2 EIMP). Si l'examen préliminaire est positif, l'autorité rend une décision d'entrée en matière, sommairement motivée, ouvrant la voie à l'exécution des mesures (art. 80a EIMP).

A la réception de la décision d'enquête européenne, l'autorité compétente de l'Etat d'exécution en accuse réception sans tarder, et dans tous les cas dans la semaine à compter de sa réception, en remplissant et envoyant le formulaire annexé à la directive, conformément à son obligation d'informer (art. 16 par. 1 DDEE).

Suivant la logique du principe de reconnaissance, la DDEE prévoit que l'autorité d'exécution reconnaît une décision d'enquête européenne sans qu'aucune formalité ne soit requise et exécute les mesures d'enquête comme si elles avaient été ordonnées par une autorité nationale (art. 9 par. 1 DDEE). L'examen portant sur l'admissibilité de la décision d'enquête européenne doit être fait antérieurement à son envoi par l'autorité d'émission et consiste en la vérification du caractère nécessaire et proportionnel de la décision, en tenant compte des droits du suspect ou de la personne poursuivie (art. 6 par. 1 let. a et par. 2 DDEE).

Par ailleurs, les mesures d'enquête prévues doivent pouvoir être ordonnées dans les mêmes conditions dans le cadre d'une procédure nationale similaire (art. 6 par. 1 let. b DDEE). Cette

---

<sup>88</sup> ZIMMERMANN, *Coopération*, N 288.

<sup>89</sup> ALOUPI, p. 680.

<sup>90</sup> MOREILLON, art. 79 EIMP N 5.

<sup>91</sup> OFJ, *Directives*, p. 44.

<sup>92</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 589.

disposition vise à empêcher des situations de *forum shopping*, où un Etat profiterait de la réglementation d'un Etat étranger plus libérale que les siennes quant à l'obtention de preuves.<sup>93</sup> Si le principe veut que la reconnaissance d'une décision d'enquête ne soit soumise à aucune formalité, tel un processus automatique<sup>94</sup>, il est toutefois possible pour l'autorité d'exécution, lorsqu'elle a des raisons de penser que les conditions d'émission n'ont pas été respectées, de consulter l'autorité d'émission sur l'importance d'exécuter la décision d'enquête européenne. L'autorité d'émission aura alors la possibilité de retirer la décision d'enquête (art. 6 par. 3 DDEE). Un système de contrôle de la décision de la part de l'Etat d'exécution existe donc. Cette disposition tempère l'aspect automatique qui découle du mécanisme de reconnaissance mutuelle et va à l'encontre du principe selon lequel l'autorité d'exécution se cantonne à la mise en œuvre des mesures décidées par l'autorité d'émission. Cette concession est révélatrice d'une certaine tension entre, d'une part, l'ambition d'une reconnaissance sans formalités et d'une exécution immédiate et, d'autre part, une réalité qui est pourtant celle d'un contrôle systématique.<sup>95</sup>

## C. Exécution de la demande

### 1. Droit applicable

Comme nous l'avons vu précédemment, le domaine pénal constitue l'une des prérogatives de la souveraineté d'un Etat. Son exercice est à priori limité par un territoire déterminé, à l'intérieur des frontières et sur toutes les personnes s'y trouvant, comme le veut le principe de territorialité.<sup>96</sup> « Toute procédure pénale intentée sur le territoire d'un Etat est soumise à la loi procédurale de celui-ci, y compris en matière d'entraide judiciaire internationale. »<sup>97</sup> Conformément, le droit suisse de procédure trouve lieu à s'appliquer à l'exécution de la demande d'entraide et répond à l'adage *locus regit actum* (art. 3 par. 1 CEEJ ; art. 80a al. 2 EIMP). Sous réserve d'un éventuel accord international, l'EIMP et l'OEIMP s'appliquent.<sup>98</sup> Toutefois, en raison des grandes disparités entre les législations nationales, l'application stricte du principe *locus regit actum* mène parfois à des problèmes d'admissibilité de la preuve.<sup>99</sup> En effet, une preuve récoltée selon la procédure nationale de l'Etat requis ne sera pas forcément conforme aux critères d'exploitabilité d'un moyen de preuve prévus par l'Etat requérant.

L'EIMP prévoit un tempérament au principe *locus regit actum*. Sur demande expresse de l'Etat requérant, il est possible de tenir compte du droit étranger (art. 65 EIMP). Ainsi, les déclarations des témoins et experts sont susceptibles d'être confirmées dans la forme prévue par le droit de l'Etat requérant, même si le droit suisse applicable ne prévoit pas une telle confirmation (art. 3 par. 2 CEEJ ; art. 65 al. 1 let. a EIMP). La forme prévue doit toutefois être compatible avec le droit suisse et ne pas causer de graves préjudices aux personnes qui

---

<sup>93</sup> AMBOS, *European Criminal Law*, N 90 ; ZIMMERMANN/GLASER/MOTZ, p. 73.

<sup>94</sup> FLORE, *Droit pénal européen*, N 1126.

<sup>95</sup> FLORE, *Droit pénal européen*, N 1136.

<sup>96</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 52.

<sup>97</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 54.

<sup>98</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 370.

<sup>99</sup> MANGIARACINA, p. 117.

participent à la procédure (art. 65 al. 2 EIMP). La prise en considération de la forme requise pour rendre d'autres moyens de preuve admissibles devant un tribunal est également prévue (art. 65 al. 1 let. b EIMP). L'art. 8 PACEEJ (II) adresse également ce problème et atténue la portée du principe réservé à l'art. 3 CEEJ en offrant la possibilité à l'Etat requérant de prescrire une formalité ou une procédure à suivre lorsque sa législation l'impose. L'Etat requis devra se conformer à cette exigence dans la mesure où cela n'est pas contraire aux principes fondamentaux de son droit.

Cette solution ouvre une brèche en faveur du droit étranger (principe du *forum regit actum*), préserve les droits fondamentaux dans le pays requis tout en palliant l'incompatibilité des règles de procédure résultant des différents standards légaux.<sup>100</sup>

En suivant la philosophie pure du principe de reconnaissance, celle-ci devrait mener à l'application du principe *locus regit actum*. Etant donné que l'on attend de l'autorité d'exécution qu'elle applique la décision comme si elle avait été émise par une autorité judiciaire locale (art. 9 par. 1 DDEE), elle devrait donc l'exécuter selon les modalités prévues par sa propre législation. Les moyens de preuves récoltés devraient ensuite, en vertu du principe de reconnaissance, être directement reconnus par les autorités de l'Etat d'émission. Pourtant la réalité est autre, et la DDEE pose, de ce fait, la présomption que l'autorité d'exécution accomplira les mesures selon les formalités et procédures expressément indiquées par l'autorité d'émission, sous réserve d'un éventuel conflit avec les principes fondamentaux du droit de l'Etat d'exécution (art. 9 par. 2 DDEE).

Le principe *forum regit actum* confère à l'autorité d'émission une certaine influence sur la manière dont la décision d'enquête européenne est mise en œuvre.<sup>101</sup> La modalité la plus extrême consiste à ce que l'Etat requérant, par l'intermédiaire de ses propres autorités, procède lui-même à la collecte de preuves dans l'Etat requis. La présence de fonctionnaires étrangers permet parfois de faciliter l'exécution de la demande ou la procédure pénale étrangère et est admise sous certaines conditions (art. 9 par. 4 DDEE ; art. 2 PACEEJ (II) ; art. 65a EIMP).<sup>102</sup> Comme nous pouvons le constater, la pratique de la coopération internationale tend à passer progressivement de l'application de la règle dite du *locus regit actum* à celle du *forum regit actum*.

## 2. Proportionnalité

En Suisse, le principe de proportionnalité est fondamental à tous les stades de la procédure de l'entraide, de la réception de la demande à son exécution et jusqu'au prononcé d'une décision finale. Ainsi, lors de l'examen quant à la recevabilité de la demande, s'il apparaît que l'importance des faits ne justifie pas la procédure, celle-ci pourra être rejetée par le juge de l'entraide (art. 4 EIMP). Ce motif de refus, surnommé « cas bagatelle »<sup>103</sup>, doit toutefois être appliqué avec une certaine retenue.<sup>104</sup> Il est intéressant de noter que, si le cas de peu

<sup>100</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 634.

<sup>101</sup> ZIMMERMANN/GLASER/MOTZ, p. 72.

<sup>102</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 517 ss.

<sup>103</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 464.

<sup>104</sup> OFJ, Directives, p. 19.

d'importance est un motif de refus dans l'entraide passive, il constitue également, dans les cas d'entraide active et conformément au principe de réciprocité, un obstacle à l'envoi d'une demande de la part d'une autorité suisse à un Etat étranger (art. 30 al. 4 EIMP).

« Le principe de proportionnalité vise à accorder l'entraide à l'étranger conformément à la demande qui est présentée. »<sup>105</sup> Il empêche, à priori, l'autorité suisse d'accorder à l'Etat requérant plus que ce qu'il n'a demandé.<sup>106</sup> Toutefois, la pratique actuelle consiste en une interprétation très large (« la plus large possible »<sup>107</sup>) de la demande. Le principe de proportionnalité est régi par le critère de l'utilité potentielle dont il découle que l'entraide ne peut être refusée que si les actes requis sont manifestement sans rapport avec l'infraction poursuivie et impropres à faire progresser l'enquête.<sup>108</sup> Tel est le cas lorsque la demande d'entraide semble dépourvue de but précis et s'apparente à une pêche aux renseignements<sup>109</sup> ou *fishing expedition*.<sup>110</sup> Il est indispensable que les renseignements soient potentiellement utiles à la procédure pénale tendant à la poursuite de personnes ayant commis des infractions (art. 63 al. 1 EIMP). Ces renseignements doivent permettre non seulement à l'autorité requérante de prouver des faits dont elle a déjà connaissance, mais également d'en dévoiler d'autres dont elle ne soupçonne pas l'existence.<sup>111</sup> Il sera donc possible pour l'autorité requise de transmettre des renseignements et documents utiles à l'autorité étrangère, même si ceux-ci dépassent le cadre défini dans la demande.<sup>112</sup>

Lors de l'exécution, les mesures prises par les autorités pénales suisses devront également être proportionnées au but visé, conformément au principe de nécessité. S'il est possible d'atteindre les mêmes résultats en employant des mesures moins incisives, celles-ci devront être privilégiées, selon le principe de subsidiarité (art. 197 al. 1 let. c CPP).

Le principe de proportionnalité interviendra finalement lorsque l'autorité suisse se prononcera sur l'étendue de l'entraide (art. 80d EIMP), notamment lors de l'inventaire des pièces à transmettre à l'étranger.<sup>113</sup>

Dans le droit communautaire, le principe de proportionnalité joue également un rôle non négligeable. Ce sont notamment les conditions de proportionnalité et de nécessité posées par l'art. 6 par. 1 let. a DDEE qui devront être appréciées par l'autorité d'émission préalablement à la transmission de la décision. Toutefois, il n'existe pas de conception commune de la notion de proportionnalité au sein de l'Union et la directive concernant la décision d'enquête ne donne pas d'indications quant à la manière de l'évaluer.<sup>114</sup> La directive laisse donc aux Etats membres la faculté d'interpréter la notion de proportionnalité, ce qui mènera

---

<sup>105</sup> LUDWICZAK, Proportionnalité, p. 608.

<sup>106</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 571.

<sup>107</sup> LUDWICZAK, Proportionnalité, p. 610 ; TPF, RR.2008.84, 8 octobre 2008, consid. 7.1.

<sup>108</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 446.

<sup>109</sup> LUDWICZAK, Dans la jungle, p. 126

<sup>110</sup> ATF 121 II 241 consid. 3a.

<sup>111</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 450 ; TPF, RR.2009.320, 2 février 2010, consid. 4.1.

<sup>112</sup> ZIMMERMANN, Paradigme, p. 66.

<sup>113</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 571.

<sup>114</sup> BACHMAIER, p. 51 s.

potentiellement à une grande disparité concernant l'interprétation qu'en feront les différents Etats.

Par ailleurs, le champ d'application de la directive est très large, puisqu'elle prévoit non seulement la possibilité d'émettre une décision d'enquête européenne dans le cadre d'une procédure pénale, mais également dans le cadre de procédures engagées par des autorités administratives et judiciaires pour des actes autres que des infractions pénales (art. 4 par. 1 let. a-c DDEE). Il en ressort que des mesures transnationales pourraient potentiellement être demandées pour des cas d'importance mineure. L'art. 6 par. 1 let. b DDEE dont nous avons déjà fait mention ci-dessus (cf. *supra* III. B. 2.) stipule que les mesures indiquées dans la décision d'enquête doivent pouvoir être ordonnées dans les mêmes conditions dans le cadre d'une procédure nationale similaire. Toutefois, les Etats membres ne s'entendront pas forcément sur le type de mesures qu'il convient d'employer lors de l'investigation d'une infraction. De plus, une mesure qui paraîtrait justifiée dans un contexte national ne le serait pas forcément dans un contexte transnational.<sup>115</sup>

Néanmoins, au détriment du principe de reconnaissance mutuelle qui préconise une reconnaissance de la décision sans qu'aucune formalité ne soit requise, la directive réserve la possibilité pour l'autorité d'exécution de « consulter » l'autorité d'émission lorsqu'il existe des doutes quant au respect des conditions d'émission de la décision (art. 6 par. 3 DDEE). Il ne ressort pas clairement de la directive en quoi consiste cette « consultation » entre les autorités, mais elle permet dans tous les cas de modérer une application trop automatique du principe de reconnaissance mutuelle.<sup>116</sup>

Il est aussi intéressant de noter qu'une évaluation de la proportionnalité de la part de l'autorité d'exécution est également prévue dans la directive à l'art. 10 par. 3 DDEE. Cette disposition permet à l'autorité d'exécution d'avoir recours à un type différent de mesure d'enquête que celle indiquée dans la décision, si la mesure de substitution est propre à obtenir, par des moyens moins intrusifs, le même résultat que la mesure enjointe par l'autorité d'émission. Cette opportunité de vérifier la proportionnalité de la mesure sélectionnée dans la décision d'enquête confère également une certaine souplesse au fonctionnement aveugle du principe de la reconnaissance mutuelle.<sup>117</sup>

### 3. Double incrimination

La condition à l'entraide posée par le principe de la double incrimination consiste à s'assurer que les faits reprochés à une personne constituent une infraction tant dans l'ordre juridique de l'Etat requérant que dans celui de l'Etat requis.<sup>118</sup> Il apparaît en effet « peu compatible avec l'ordre public qu'un Etat puisse [...] exécuter, pour les besoins d'un procès instruit à l'étranger, des actes de procédure qu'il lui serait interdit d'accomplir dans la même affaire en faveur de sa propre justice »<sup>119</sup>. En droit suisse, la condition de double incrimination est

---

<sup>115</sup> ZIMMERMANN/GLASER/MOTZ, p. 71.

<sup>116</sup> BACHMAIER, p. 52.

<sup>117</sup> BACHMAIER, p. 54.

<sup>118</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 70.

<sup>119</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 564.

nécessaire pour l'octroi d'entraide visant des mesures impliquant la contrainte (art. 5 par. 1 let. a CEEJ et la déclaration de la Suisse y relative ; art. 64 EIMP).<sup>120</sup> Le CPP définit les mesures de contrainte, comme étant les actes de procédure des autorités pénales, qui portent atteinte aux droits fondamentaux des personnes intéressées (art. 196 CPP). Lorsqu'il s'agit d'exécuter, sans user de contrainte, des actes d'entraide ne portant pas atteinte aux libertés individuelles, il convient dès lors de renoncer à la condition de double incrimination.<sup>121</sup> La condition de double incrimination sera analysée, en Suisse, selon une évaluation *in abstracto*, favorable à l'entraide, qui consiste simplement en la vérification que la législation de l'Etat requis contient une disposition sanctionnant le comportement.<sup>122</sup>

Au sein de l'UE, le principe est inversé ; c'est désormais l'existence d'un contrôle de la double incrimination qui paraît incompatible avec le principe de reconnaissance mutuelle. Il est présumé que l'état d'émission aura procédé aux vérifications de cette condition préalablement à l'envoi de la décision d'enquête.<sup>123</sup>

Subordonner l'acceptation de l'assistance judiciaire à la vérification de la double incrimination peut représenter un frein à la collaboration entre autorités judiciaires, particulièrement en raison des divergences entre les législations nationales. En effet, le principe de reconnaissance mutuelle implique l'acceptation et l'exécution automatique des décisions judiciaires à portée extraterritoriales sans que celles-ci ne fassent l'objet de contrôle par l'autorité d'exécution, dans le but de favoriser une coopération judiciaire efficace. Or, le contrôle imposé par la condition de double incrimination constitue « une étape supplémentaire à franchir pour chaque validation »<sup>124</sup> qui excède la simple vérification formelle, exigeant la qualification des faits en question selon le droit de l'Etat d'exécution.<sup>125</sup> « Ce contrôle matériel de la décision émise est en contradiction avec l'esprit et l'objectif du principe de reconnaissance mutuelle. »<sup>126</sup>

Néanmoins, si certains auteurs considèrent le maintien de cette condition comme malaisé<sup>127</sup> ou obsolète<sup>128</sup>, d'autres affirment qu'elle ne remet nullement en cause le principe de confiance mutuelle. La confiance mutuelle, en effet, est fondée sur le fait que les Etats membres considèrent que leurs procédures respectives répondent à des standards communs et garantissent une protection adéquate des droits fondamentaux. Les Etats membres peuvent donc avoir confiance quant à la qualité et au bon fonctionnement des institutions étrangères, mais reconnaître qu'il existe des divergences dans les systèmes de valeurs des Etats membres sur lesquels se fondent les systèmes légaux.<sup>129</sup> « On peut se faire confiance et reconnaître en

---

<sup>120</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 429.

<sup>121</sup> Message Conventions, p. 488.

<sup>122</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 434 ; LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 565.

<sup>123</sup> KLIP, p. 383.

<sup>124</sup> Communication reconnaissance 2000, p. 12.

<sup>125</sup> MARTY, *Légalité*, N 340.

<sup>126</sup> MARTY, *Légalité*, N 340.

<sup>127</sup> MARTY, *Légalité*, N 340.

<sup>128</sup> KERCHOVE, p. 120.

<sup>129</sup> FLORE, *Reconnaissance mutuelle*, p. 67.

même temps les différences en tirant les conséquences : la confiance est sérieuse si elle n'est pas aveugle. »<sup>130</sup>

Il était initialement prévu de supprimer complètement la condition de double incrimination dans la directive concernant la décision d'enquête. Toutefois, face aux fortes réticences des Etats, il a été convenu de maintenir la condition de double incrimination, mais de l'assortir d'une liste annexée à la directive énumérant 32 infractions pour lesquelles la condition de double incrimination ne s'appliquerait pas. Cette liste présente l'avantage d'éviter des domaines considérés comme trop sensibles ou pour lesquels il apparaît qu'il existe de fortes disparités en termes d'incrimination.<sup>131</sup> Un certain rapprochement des législations matérielles des Etats membres de l'UE permettrait sans doute de rendre cette question moins délicate.<sup>132</sup>

#### 4. Délais

Une procédure rapide constitue l'un des enjeux majeurs dans l'exécution de l'entraide pénale internationale. Le droit de toute personne de voir une procédure pénale dirigée contre elle traitée dans un délai raisonnable est ancré à l'art. 29 al. 1 Cst., ainsi qu'à l'art. 6 par. 1 CEDH. L'EIMP ne fixe pas de délais pour l'exécution de la demande. Les autorités d'exécution suisses sont néanmoins soumises, dans le cadre d'une procédure d'entraide, au principe de célérité (art. 17a EIMP). Il leur appartient donc, à toutes les étapes de la procédure, de traiter la demande rapidement et de statuer sans délai (art. 17a al. 1 EIMP).<sup>133</sup> Le respect du principe de célérité doit s'apprécier *in concreto*, au regard de l'ensemble des circonstances et des caractéristiques du cas d'espèce.<sup>134</sup> Si la décision d'entrée en matière ne devrait prendre que quelques jours, l'exécution de la demande, elle, peut nécessiter plus de temps, selon l'ampleur des mesures requises.<sup>135</sup> Un traitement rapide des demandes d'entraide permet non seulement à la Suisse de maintenir une bonne réputation, mais également de décourager les recours dont le but est un simple gain de temps.<sup>136</sup>

Une différence notable est l'introduction de délais stricts dans la directive concernant la décision d'enquête.<sup>137</sup> L'autorité d'exécution est tenue de prendre la décision relative à la reconnaissance ou à l'exécution de la décision d'enquête européenne « dès que possible » et au plus tard 30 jours après la réception de la décision par l'autorité d'émission (art. 12 par. 3 DDEE) et aura ensuite un délai de 90 jours pour exécuter les mesures d'enquêtes indiquées dans la décision (art. 12 par. 4 DDEE). L'autorité d'exécution devra, en outre, traiter le cas avec la même célérité et priorité que dans le cadre d'une procédure nationale similaire (art. 12 par. 1 DDEE).

---

<sup>130</sup> FLORE, Reconnaissance mutuelle, p. 67 ; voir aussi FLORE, Droit pénal européen, N 1019.

<sup>131</sup> FLORE, Reconnaissance mutuelle, p. 71.

<sup>132</sup> WEYEMBERGH, Harmonisation, N 183.

<sup>133</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 59.

<sup>134</sup> OFJ, Directives, p. 27 et note 199.

<sup>135</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 365.

<sup>136</sup> ZIMMERMANN, Paradigme, p. 63 et note 12.

<sup>137</sup> ZIMMERMANN/GLASER/MOTZ, p. 68.

## D. Motifs de refus

L'octroi de l'entraide par l'Etat sollicité est subordonné, tant dans le droit suisse de l'entraide qu'au sein de l'UE, à l'absence de motifs de refus de l'entraide. L'EIMP prévoit de nombreux motifs de refus qui peuvent notamment être liés à la nature de l'infraction, à la personne poursuivie ou à la procédure elle-même. La directive concernant la décision d'enquête, elle, établit des motifs de refus qui se veulent limités, conformément au principe de reconnaissance mutuelle.<sup>138</sup> On peut également noter qu'il n'existe pas de motifs de refus obligatoire dans la directive, l'art. 11 par. 1 DDEE stipule que la reconnaissance ou l'exécution d'une décision d'enquête européenne « peut » être refusée dans certains cas.<sup>139</sup> Toutefois, la liste des motifs de refus établie à l'art. 11 DDEE est relativement substantielle et démontre une certaine dérogation au principe de reconnaissance mutuelle.<sup>140</sup> Notre analyse ne se veut pas exhaustive, mais procède à une sélection de certains motifs de refus dans les deux instruments qu'il nous paraît opportun de mettre en contraste.

### 1. Souveraineté et infraction politique

Sous réserve d'un accord international, il n'existe pas, dans le système traditionnel (cf. *supra* II. A. 1.), d'obligation de fournir l'entraide judiciaire. Ce principe, selon lequel un Etat décide souverainement de donner suite à une demande d'entraide, est d'ailleurs rappelé à l'art. 1 al. 4 EIMP, qui affirme que « la présente loi ne confère pas le droit d'exiger la coopération internationale en matière pénale ». Toutefois, la coopération internationale implique nécessairement de la part des Etats un abandon plus ou moins étendu de souveraineté.<sup>141</sup> Il s'agira alors, pour l'Etat requis, d'accorder l'entraide en maîtrisant politiquement et juridiquement la renonciation partielle à sa souveraineté.<sup>142</sup> L'art. 1a EIMP commande d'ailleurs une application de la loi « compte tenu de la souveraineté, de la sûreté, de l'ordre public ou d'autres intérêts essentiels de la Suisse. »<sup>143</sup> Il appartiendra au DFJP de décider sur le cas prévu à l'art. 1a EIMP (art. 17 al. 1 EIMP).

L'art. 3 EIMP traite des motifs de refus en fonction de la nature de l'infraction. Lorsqu'une procédure vise un acte qui, selon les conceptions suisses, revêt un caractère politique prépondérant, la demande d'entraide est irrecevable (art. 2 let. a CEEJ ; art. 3 al. 1 EIMP).<sup>144</sup> Cette exception est notamment justifiée par la volonté de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures de l'Etat requérant<sup>145</sup>, mais tient également au fait que la poursuite d'une infraction de nature politique « ne [vise] pas à combattre la criminalité mais à assurer le succès d'une politique nationale. »<sup>146</sup> La portée de l'exception du délit politique est limitée par plusieurs

---

<sup>138</sup> Livre vert relatif à l'obtention de preuves, p. 3 ; KLIP, p. 385.

<sup>139</sup> RONSFELD, p. 163.

<sup>140</sup> DANIELE/CALVANESE, p. 365.

<sup>141</sup> REEB, p. 236.

<sup>142</sup> REEB, p. 237.

<sup>143</sup> Repris de l'art. 2 al. 1 let. b CEEJ.

<sup>144</sup> « Aucune entraide n'est fournie pour des enquêtes ou des procédures relatives à des infractions que la Suisse considère comme des actes de nature politique. », OFJ, Fact Sheet 2016, p. 2 ; MOREILLON, Introduction générale N 692 ss.

<sup>145</sup> ZIMMERMANN, Coopération, N 614.

<sup>146</sup> ROUILLER, p. 28.

facteurs, notamment par le fait que ni la notion de la nature politique de l'acte, ni ses contours ne sont définis par les normes qui l'instituent.<sup>147</sup> Les Etats disposent d'un large pouvoir d'appréciation à cet égard. La loi précise qu'un tel motif de refus ne peut toutefois être invoqué en cas de génocide (art. 3 al. 2 let. a EIMP), de crime contre l'humanité (art. 3 al. 2 let. b EIMP), de crime de guerre (art. 3 al. 2 let. c EIMP), ou lorsque l'acte semble particulièrement répréhensible du fait que l'auteur, en vue d'exercer une contrainte ou une extorsion, a mis en danger ou a menacé de mettre en danger la vie et l'intégrité corporelle de personnes, notamment par un détournement d'avion, par une prise d'otage ou par l'utilisation de moyens d'extermination massifs (art. 3 al. 2 let. d EIMP).

Ce motif de refus lié à la nature politique de l'infraction ne semble plus justifié dans le cadre du principe de reconnaissance mutuelle.<sup>148</sup> La directive concernant la décision d'enquête européenne réserve toutefois la possibilité de refuser l'entraide notamment dans les cas où l'exécution de la décision d'enquête risquerait de nuire à des intérêts nationaux en matière de sécurité (art. 11 par. 1 let. b DDEE). Cette disposition, qui maintient un motif de refus de « caractère plus ou moins politique »<sup>149</sup>, peut sembler désuète dans un système fondé sur la reconnaissance mutuelle. L'autorité d'exécution, avant d'opposer un refus à l'autorité d'émission, devra la consulter et, le cas échéant, lui demander des informations nécessaires (art. 11 par. 4 DDEE).

## 2. *Ne bis in idem*

Le principe *ne bis in idem* signifie que nul ne peut être poursuivi, jugé ou puni à raison de faits pour lesquels il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif.<sup>150</sup> Ce motif de refus, lié au critère de punissabilité, « fait obstacle à ce qu'une peine puisse être prononcée ou exécutée à l'égard du fait qui est l'objet de la décision judiciaire dont l'exécution est demandée. »<sup>151</sup>

Ce principe est ancré à l'art. 5 al. 1 EIMP qui établit qu'une demande d'entraide est irrecevable si, en Suisse ou dans l'Etat où l'infraction a été commise, la personne a déjà été acquittée ou si le juge a prononcé un non-lieu (art. 5 al. 1 let. a ch. 1 EIMP), a renoncé à infliger une sanction ou s'est abstenu provisoirement de la prononcer (art. 5 al. 1 let. a ch. 2 EIMP), mais également si la sanction a été exécutée ou ne peut l'être selon le droit de l'Etat qui a statué (art. 5 al. 1 let. b EIMP). L'art. 5 al. 1 EIMP est complété par l'art. 66 EIMP, spécifique à l'entraide, qui donne la possibilité de refuser l'entraide si la personne poursuivie réside en Suisse et si l'infraction qui motive la demande y fait déjà l'objet d'une procédure pénale.<sup>152</sup> Pour invoquer ce motif de refus fondé sur le principe *ne bis in idem*, il est nécessaire que « la situation soit limpide. [...] En cas de doute sur l'identité des faits ou des personnes, la coopération est accordée. »<sup>153</sup> L'art. 66 al. 2 EIMP concède toutefois deux

---

<sup>147</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 88 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 615.

<sup>148</sup> KLIP, p. 385.

<sup>149</sup> ZIMMERMANN/GLASER/MOTZ, p. 69.

<sup>150</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 474 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 662.

<sup>151</sup> FLORE, Droit pénal européen, N 1040.

<sup>152</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 482.

<sup>153</sup> ZIMMERMANN, Coopération, N 663.

exceptions au principe en prévoyant que l'entraide peut être accordée, lorsque la procédure ouverte à l'étranger n'est pas dirigée uniquement contre la personne poursuivie résidant en Suisse ou si l'exécution de la demande est de nature à la disculper.

Il n'est pas prévu à l'art. 2 CEEJ de motif de refus lié au respect du principe *ne bis in idem*. La Suisse a néanmoins formulé une réserve à cet égard, lui garantissant la possibilité de refuser l'entraide pour ce motif.<sup>154</sup> Le principe *ne bis in idem* est également consacré à l'art. 54 CAAS, disposition qui fut l'objet d'une abondante jurisprudence, notamment de l'arrêt *Gözütok et Brügge*, d'où ressort la première manifestation d'une obligation de reconnaissance mutuelle en matière pénale.<sup>155</sup>

Au regard de la DDEE, il est prévu que la reconnaissance ou l'exécution d'une décision d'enquête européenne peut être refusée, lorsque son exécution serait contraire au principe *ne bis in idem* (art. 11 par 1 let. d DDEE). Toutefois, le considérant 17 de la directive appelle à la prudence lors de l'application de ce motif de refus et prévoit notamment, concernant la décision d'enquête, que « son exécution ne devrait pas être refusée lorsqu'elle vise à établir si une atteinte éventuelle au principe non bis in idem existe, ou lorsque l'autorité d'émission a donné l'assurance que les éléments de preuve transférés à la suite de l'exécution de la décision d'enquête européenne ne seront pas utilisés pour poursuivre ou sanctionner une personne qui a été définitivement jugée dans un autre Etat membre sur la base des mêmes faits. » La raison de cette précaution tient au fait que la décision d'enquête européenne intervient à un stade précoce de la procédure pénale.<sup>156</sup> « Ce sur quoi portera la condamnation ne sera fixé de façon certaine qu'au moment du jugement et c'est seulement à ce moment que l'« idem » pourra s'apprécier. »<sup>157</sup> Avant d'opposer un refus, l'autorité d'exécution devra consulter l'autorité d'émission afin de clarifier la situation (art. 11 par. 4 DDEE).

Il est utile de noter ici que l'interprétation factuelle de l'« idem » adoptée ici, au détriment d'une interprétation basée sur la qualification légale constitue une approche favorable au principe de reconnaissance mutuelle.<sup>158</sup> En effet, en retenant le critère de la qualification juridique, cela aurait pour effet d'ériger autant d'obstacles à la libre circulation des décisions judiciaires qu'il existe de systèmes pénaux différents au sein de l'UE.<sup>159</sup>

### 3. Droits fondamentaux

Un des enjeux majeurs de l'entraide pénale internationale consiste à maintenir un équilibre entre, d'une part, une coopération interétatique rapide et efficace et, de l'autre, une protection

---

<sup>154</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 559 et note 1269.

<sup>155</sup> « [Le] principe *ne bis in idem*, consacré à l'art. 54 de la CAAS [...] implique nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des Etats membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale et que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres Etats membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente. », CJCE, *Oberlandsgericht Köln et Rechtbank van eerste aanleg te Veurne c. Gözütok et Brügge*, 11 février 2003, aff. jointes C-187/01 et C-385/01, par. 33 ; JANSSENS, p. 133.

<sup>156</sup> FLORE, *Droit pénal européen*, N 1047.

<sup>157</sup> FLORE, *Droit pénal européen*, N 1047.

<sup>158</sup> JANSSENS, p. 137.

<sup>159</sup> Au sujet de l'art. 54 CAAS, voir CJCE, *Hof van Cassatie c. Van Esbroeck*, 9 mars 2006, aff. C-436/04, par. 35.

adéquate des droits de la personne visée par l'exécution de la demande. Il appartient donc à la Suisse de ne pas « prêter la main à des procédures étrangères qui ne seraient pas conformes à la représentation que se fait la Suisse du respect des droits de l'homme et des garanties de procédure. »<sup>160</sup>

Lorsqu'il existe un risque d'atteinte aux droits de la personne recherchée, l'autorité suisse peut, avant d'opposer un refus, examiner la possibilité de subordonner l'entraide à l'octroi de garanties diplomatiques par l'Etat requérant.<sup>161</sup> La théorie des trois cercles procède à la classification des Etats en trois catégories.<sup>162</sup> La première catégorie est celle des Etats à tradition démocratique, de la part desquels il n'est pas à craindre une violation de l'art. 3 CEDH, relatif à l'interdiction de la torture, et pour lesquels l'entraide n'est à priori subordonnée à aucune condition. La seconde catégorie vise les Etats dans lesquels il existe des risques sérieux de violation des droits humains, pour lesquels la remise de garanties diplomatiques peut être exigée. La troisième catégorie est formée d'Etats où le risque de violations des droits de l'homme est tel que l'offre de garanties diplomatiques n'est pas suffisante et pour lesquels la coopération doit être refusée.

Le respect de la CEDH par les Etats parties à la CEEJ est présumé et le refus de l'entraide fondé sur le non-respect des droits garantis par la CEDH dans la procédure étrangère ne devra donc être opposé qu'avec une grande retenue, lorsqu'il existe « un risque sérieux et objectif d'une grave violation des droits de l'homme dans l'Etat requérant »<sup>163, 164</sup>

Au sein de l'UE, il appartient, en principe, aux Etats membres de présumer le respect des droits fondamentaux par les autres Etats membres et de s'abstenir, sauf cas exceptionnel, de vérifier si cet autre Etat membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union.<sup>165</sup>

La garantie des droits fondamentaux est mentionnée à plusieurs reprises dans la DDEE, notamment à l'art. 1 par. 4 DDEE et au considérant 12 de la directive qui souligne l'importance de la présomption d'innocence et des droits de la défense ancrés à l'art. 48 Charte UE, « pierres angulaires des droits fondamentaux » dans le domaine de la justice. La reconnaissance ou l'exécution d'une décision d'enquête européenne peut être refusée lorsque l'autorité d'exécution a des raisons substantielles de croire que l'exécution de la mesure d'enquête indiquée dans la décision d'enquête européenne serait incompatible avec les obligations découlant de l'art. 6 TUE et de la Charte UE (art. 11 par. 1 let. f DDEE). Or ce sont justement les principes fondamentaux énoncés à l'art. 6 TUE qui constituent les valeurs communes aux Etats membres au sein de l'UE et d'où provient la justification de la confiance mutuelle, elle-même préalable au principe de la reconnaissance mutuelle. Le principe de reconnaissance mutuelle repose sur la confiance réciproque que les Etats membres se portent

---

<sup>160</sup> ZIMMERMANN, Paradigme, p. 63.

<sup>161</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 141 ; LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 550.

<sup>162</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 492 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 654.

<sup>163</sup> TPF, RR.2011.115, 6 juillet 2011, consid. 6.1.1 et les arrêts cités.

<sup>164</sup> ATF 126 II 324, consid. 4e ; LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 540.

<sup>165</sup> KLIP, p. 101.

en raison du haut niveau de protection des droits fondamentaux exigé par chacun.<sup>166</sup> Il est donc surprenant qu'un tel motif de refus se trouve dans un instrument fondé sur la reconnaissance mutuelle.<sup>167</sup> « [Ce] motif de refus présuppose que les Etats membres n'offrent pas tous un niveau de garantie des droits fondamentaux suffisant à la « libre circulation » des décisions judiciaires. »<sup>168</sup> Le recours à ce motif de refus est sans doute l'une des réactions les plus sévères que puisse adopter l'autorité d'exécution, c'est pourquoi cette dernière devra préalablement consulter l'autorité d'émission et, le cas échéant, demander les informations nécessaires afin d'éclaircir la situation (art. 11 par. 4 DDEE).<sup>169</sup>

#### 4. Impossibilité et dispositions spécifiques

La directive concernant la décision d'enquête européenne prévoit également certaines circonstances spécifiques où la non-exécution de mesures sera justifiée. Ainsi, lorsque la mesure d'enquête indiquée dans la décision n'existe pas dans le droit de l'Etat d'exécution ou qu'elle ne serait pas disponible dans le cadre d'une procédure nationale similaire et qu'il n'existe aucune autre mesure d'enquête permettant d'obtenir un résultat équivalent à la mesure d'enquête demandée, l'autorité d'exécution devra, conformément à son obligation d'informer, prévenir l'autorité d'émission qu'il n'a pas été possible d'apporter l'assistance demandée (art. 10 par. 5 DDEE). Cette disposition ne constitue pas, en soi, un motif de refus mais plutôt une impossibilité d'exécution. Cette justification témoigne d'une certaine flexibilité vis-à-vis du principe de reconnaissance mutuelle et permet de préserver une certaine cohérence dans le système légal de l'autorité d'exécution en évitant à ce dernier de devoir effectuer des mesures dont la réalisation serait problématique au regard de ses principes de légalité ou de proportionnalité.<sup>170</sup>

Les art. 22-29 DDEE prévoient des dispositions spécifiques relatives à certaines mesures d'enquête, notamment concernant l'audition par vidéoconférence ou autre moyen de transmission audiovisuelle (art. 24 DDEE), les mesures d'enquêtes impliquant l'obtention de preuve en temps réel (art. 28 DDEE) ainsi que les enquêtes discrètes (art. 29 DDEE). On retrouve dans certaines de ces dispositions des motifs de refus supplémentaires, propres à la mesure en question. Il est ainsi prévu, par exemple, que l'exécution d'une décision d'enquête européenne émise en vue d'entendre comme témoin une personne se trouvant sur le territoire de l'Etat d'exécution au moyen d'une audition par vidéoconférence peut être refusée si le suspect ou la personne poursuivie ne donne pas son consentement (art. 24 par. 2 let. a DDEE) ainsi que si l'exécution d'une telle mesure d'enquête dans un cas particulier serait contraire aux principes fondamentaux du droit de l'Etat d'exécution (art. 24 par. 2 let. b DDEE).

---

<sup>166</sup> MARTY, *Légalité*, N 351.

<sup>167</sup> MARTY, *Légalité*, N 351.

<sup>168</sup> MARTY, *Légalité*, N 351.

<sup>169</sup> GARCIMARTIN MONTERO, p. 47 ; BACHMAIER, p. 54 s.

<sup>170</sup> BACHMAIER, p. 53.

## E. Clôture, transmission et voies de recours.

### 1. Décision de clôture et transmission

Au terme de la procédure d'entraide, lorsque l'autorité compétente suisse a traité la demande en totalité ou en partie, elle rend une décision motivée<sup>171</sup> portant sur l'octroi et l'étendue de l'entraide (art. 80d EIMP). La décision de clôture est la première décision sur le fond rendue dans le cadre de la procédure d'entraide et doit être rendue dans un délai raisonnable dès le moment de la réception de la demande, conformément au principe de célérité.<sup>172</sup> La décision de clôture doit indiquer les voies de recours, l'autorité de recours et le délai imparti pour recourir (art. 22 EIMP). Une fois la décision de clôture entrée en force, les moyens de preuve et informations sont transmis à l'Etat requérant. La jurisprudence insiste sur le fait qu'aucun renseignement, document ou information ne peut être transmis à l'Etat requérant avant que cette étape ne soit franchie.<sup>173</sup>

La décision de clôture doit à priori conditionner la transmission au respect du principe de spécialité.<sup>174</sup> Le principe de spécialité, ancré à l'art. 67 EIMP, vise à protéger la souveraineté de l'Etat requis en lui accordant la faculté de limiter à des fins particulières l'usage que fera l'Etat requérant des moyens de preuve transmis.<sup>175</sup> Conformément au principe de proportionnalité prévu à l'art. 63 EIMP, seuls les renseignements qui paraissent nécessaires à la procédure étrangère doivent être remis à l'autorité requérante.<sup>176</sup> La transmission des moyens de preuve est la phase finale de l'exécution d'une demande d'entraide pénale et a normalement lieu par la même voie que celle utilisée pour l'acheminement en Suisse de la requête.<sup>177</sup>

Au sein de l'UE, le transfert des éléments de preuve en possession des autorités compétentes de l'Etat d'exécution ou obtenus à la suite de l'exécution de la décision d'enquête est régi par l'art. 13 DDEE. Le transfert des éléments de preuve à l'Etat d'émission doit se faire sans retard indu (art. 13 par. 1 DDEE). Lorsque des autorités de l'Etat d'émission assistent les autorités de l'Etat d'exécution dans l'exécution de la décision d'enquête européenne, conformément à l'art. 9 par. 4 DDEE, les éléments de preuves obtenus peuvent être transférés immédiatement si l'autorité d'émission le demande et lorsque le droit de l'Etat d'exécution le permet (art. 13 par. 1 DDEE). L'art. 13 par. 2 DDEE indique que le transfert peut être suspendu, dans l'attente d'une décision concernant un recours, à moins que la décision d'enquête européenne n'indique des motifs suffisants pour considérer qu'un transfert immédiat est nécessaire au bon déroulement de l'enquête ou à la préservation de droits individuels. Le transfert des éléments de preuves sera néanmoins suspendu, lorsqu'il causerait un préjudice grave et irréversible à la personne concernée (art. 13 par. 2 *in fine* DDEE).

---

<sup>171</sup> TPF, RR.2012.47, 22 novembre 2012, consid. 2.3.

<sup>172</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 404 ; LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 652.

<sup>173</sup> ATF 127 II 198 consid. 4a ; ZIMMERMANN, Paradigme, p. 64.

<sup>174</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 655.

<sup>175</sup> LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 574.

<sup>176</sup> SCHUPP, p. 185.

<sup>177</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 410.

## 2. Voies de recours

Le recours est interjeté contre la décision de clôture et, conjointement à celle-ci, contre les décisions incidentes rendues préalablement (art. 80e al. 1 EIMP). Les décisions incidentes peuvent exceptionnellement<sup>178</sup> être attaquées séparément lorsqu'elles occasionnent un préjudice immédiat et irréparable (art. 80e al. 2 EIMP) et portent soit sur la saisie d'objets ou de valeurs (art. 80e al. 2 let. a EIMP *cum* art. 33a OEIMP), soit sur la présence de personnes qui participent à la procédure à l'étranger (art. 80e al. 2 let. b *cum* 65a EIMP). Les recours en matière d'entraide portant sur une décision de clôture ou une décision incidente doivent être adressés à la Cour des plaintes du TPF, autorité de recours de première instance (art. 25 al. 1 et 80e al. 1 EIMP). Le délai pour recourir devant la Cour des plaintes du TPF est de 30 jours contre une décision de clôture et de 10 jours contre une décision incidente, dès la communication écrite de la décision (art. 80k EIMP). Un recours peut éventuellement être adressé au TF, en seconde instance, pour les cas particulièrement importants, ayant notamment pour objet une saisie, le transfert d'objets ou de valeurs ou la transmission de renseignements concernant le domaine secret (art. 84 al 1 et 2 LTF). Le délai pour recourir au TF est de 10 jours dès la notification de la décision (art. 100 al. 1 et al. 2 let. b LTF).

Est habilitée à recourir toute personne, physique ou morale<sup>179</sup>, qui est personnellement et directement touchée par une mesure d'entraide et a un intérêt digne de protection à ce que la mesure soit annulée ou modifiée (art. 80h let. b EIMP). L'OFJ, assumant la fonction d'autorité de surveillance, dispose également de la qualité pour recourir, indépendamment d'un quelconque intérêt pratique (art. 80h let. a et 25 al. 3 EIMP).<sup>180</sup>

Le recours au TPF peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 80i al. 1 let. a EIMP) et pour l'application illégitime ou manifestation incorrecte du droit étranger, dans les cas visés par l'art. 65 EIMP (80i al. 1 let. b EIMP). Le TPF n'est toutefois pas lié par les conclusions des parties (art. 25 al. 6 EIMP).

Le recours adressé au TPF a un effet suspensif automatique, lorsqu'il est dirigé contre une décision de clôture ou toute autre décision qui autorise soit la transmission à l'étranger de renseignements concernant le domaine secret, soit le transfert d'objets ou de valeurs (art. 80i al. 1 EIMP ; art. 21 al. 4 let. b EIMP).

Concernant les possibilités de recours, la directive relative à la décision d'enquête européenne prévoit à l'art. 14 par. 1 qu'il appartient aux Etats membres de veiller à ce que des voies de recours équivalentes à celles ouvertes dans le cadre d'une procédure nationale similaire soient applicables aux mesures d'enquêtes indiquées dans la décision d'enquête. Les Etats membres disposent donc de la faculté de transposer la directive dans leur droit interne en tenant compte de leurs spécificités procédurales. Les délais de recours doivent également être identiques à ceux prévus dans une procédure nationale similaire (art. 14 par. 4 DDEE). Compte tenu des disparités des législations nationales au sein de l'Union européenne, cette solution retenue par

---

<sup>178</sup> ATF 126 II 495, consid. 5b-c.

<sup>179</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 625.

<sup>180</sup> LUDWICZAK GLASSEY, N 623.

la DDEE risque d'aboutir à des situations asymétriques. A titre d'exemple, les voies de recours telles qu'elles sont prévues dans le droit luxembourgeois peuvent être particulièrement chronophages, étant même parfois considérées comme un moyen dilatoire pour retarder de manière excessive le transfert des moyens de preuves obtenus.<sup>181</sup> Cette situation va à l'encontre du but de la directive relative à la décision d'enquête qui se veut être un instrument unique, visant justement à éviter une trop grande fragmentation dans la procédure d'entraide au sein de l'Europe. Ainsi, la problématique de l'harmonisation au sein de l'UE ne semble pas résolue.

Il est prévu par la directive que les motifs de fond qui sont à l'origine de l'émission de la décision d'enquête européenne ne peuvent être contestés que par une action intentée dans l'Etat d'émission, sans préjudice des garanties des droits fondamentaux dans l'Etat d'exécution (art. 14 par. 2 DDEE). Cela signifie que contrairement aux actions possibles dans l'Etat d'émission, les voies de droit dans l'Etat d'exécution ne sont limitées qu'à la garantie des droits fondamentaux.<sup>182</sup>

En principe, un recours n'a pas pour effet de suspendre l'exécution de la mesure d'enquête, à moins que cela ne soit prévu dans le cadre de procédures nationales similaires (art. 14 par. 6 DDEE).

#### **IV. Conclusion**

Le droit suisse de l'entraide et la décision d'enquête européenne reposent sur des systèmes dont les mentalités sont très différentes. Le droit suisse, s'inscrivant dans le système traditionnel, laisse un large pouvoir discrétionnaire aux autorités dans leur manière d'appréhender une demande d'entraide. La décision d'enquête, elle, se fonde sur une philosophie visant à la circulation libre, rapide et exempte de tout contrôle des décisions judiciaires au sein d'un espace pénal européen où la confiance mutuelle des Etats membres serait totale.

Les rapports de force dans les deux systèmes sont également complètement inversés. Dans le système traditionnel, l'Etat à qui l'on demande de l'aide décidera souverainement de sa politique d'entraide internationale. Dans le système basé sur la reconnaissance mutuelle, l'Etat qui reçoit une décision aura l'obligation de la reconnaître et sera réduit à son exécution dans un délai strict et selon les modalités prévues par l'Etat d'émission. La compétence d'émettre des décisions à portée extraterritoriale et automatiquement applicables constitue une prérogative importante en faveur des autorités judiciaires de l'UE et représente une différence marquante quant à l'approche qu'ont les deux systèmes face à l'entraide judiciaire internationale.

---

<sup>181</sup> A ce propos, voir LUGENTZ/RAYROUD/TURK, p. 832 ss.

<sup>182</sup> BACHMAIER, p. 55 s. ; GARCIMARTIN MONTERO, p. 48.

Si l'UE aspire à « la pleine application du principe de reconnaissance mutuelle »<sup>183</sup> au sein de l'espace pénal européen, les Etats membres de l'UE, eux, semblent réticents à une application trop stricte de ce principe. En effet, la réalisation trop rigide de ce principe issu du domaine économique pourrait avoir pour effet un amoindrissement de la protection des droits fondamentaux en faveur des besoins répressifs de l'Etat.<sup>184</sup> Cette réticence des Etats membres se traduit dans la DDEE par de nombreuses dérogations au principe de reconnaissance mutuelle, telles que l'importance et la portée des motifs de refus prévus.<sup>185</sup>

La procédure instaurée par l'EIMP, malgré les modifications apportées dans sa révision, est complexe, les conditions quant au contenu de la requête ainsi que l'examen de son admissibilité sont strictes et les mécanismes de recours prévus sont chronophages. La décision d'enquête européenne, elle, présente l'avantage d'être plus efficace, notamment grâce à l'uniformisation de la demande, à la communication directe entre les autorités judiciaires, ainsi qu'aux délais stricts relatifs à la reconnaissance et l'exécution de la décision. La DDEE laisse néanmoins une large liberté quant à l'interprétation de certaines notions et permet la prise en compte par les Etats membres de certaines de leurs spécificités procédurales lors de la transposition de la directive, notamment concernant les voies de recours. Si l'un des objectifs de cet instrument est l'uniformisation du régime de l'entraide au sein de l'UE, ce dernier aspect pourrait potentiellement mener à une fragmentation de la procédure parmi les Etats membres.

La décision d'enquête donne l'impression que le rapprochement des législations pénales dans l'UE n'est plus nécessaire à certains égards. Toutefois, la large marge de manœuvre cédée aux Etats membres laisse à penser que la reconnaissance mutuelle ne doit pas être considérée comme une alternative, mais plutôt comme un complément à l'harmonisation des législations au sein de l'UE. Malgré les avantages indéniables que présente la décision d'enquête européenne, il apparaît que la problématique de l'harmonisation au sein de l'espace pénal européen n'est pas résolue.

---

<sup>183</sup> Art. 70 TFUE.

<sup>184</sup> DANIELE/CALVANESE, p. 358.

<sup>185</sup> DANIELE/CALVANESE, p. 365 ; MARTY, *Légalité*, N 360.

## V. Références

### A. Livres et articles

ALBERT Jean, MERLIN Jean-Baptiste, (2016) Is the EU ready for automatic mutual recognition... in the fight against crime? *Eucrim* 2015, p. 60 ss  
[https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim\\_issue\\_2015-02.pdf](https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim_issue_2015-02.pdf) (consulté le 10 décembre 2018)

ALOUPI Niki, La décision d'enquête européenne : un mandat européen pour la recherche des preuves, *in* *Revue Générale de Droit International Public* 117(3) 2013, p. 677 ss

AMBOS Kai, *European Criminal Law*, Cambridge (Cambridge University Press) 2018 (cité : AMBOS, *European Criminal Law*)

AMBOS Kai, Transnationale Beweiserlangung – 10 Thesen zum Grünbuch der EU-Kommission “Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat”, *ZIS* 2010  
<https://goedoc.uni-goettingen.de/bitstream/handle/1/7508/Transnat-Beweiserlangung-ZIS-2010%5B1%5D.pdf?sequence=1> (cité : AMBOS, 10 Thesen) (consulté le 10 décembre 2018)

BACHMAIER Lorena, Transnational evidence: towards the transposition of the directive 2014/41 regarding the European investigation order in criminal matters, *Eucrim* 2015, p. 47 ss  
[https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim\\_issue\\_2015-02.pdf](https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim_issue_2015-02.pdf) (consulté le 10 décembre 2018)

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

BLACKSTOCK Jodie, *The European Investigation Order*, *in* *New Journal of European Criminal Law*, 2010, p. 481 ss

DANIELE Marcello, CALVANESE Ersilia, Evidence gathering, *in* *Handbook of European Criminal Procedure*, KOSTORIS Roberto E. ed., Cham (Springer) 2018

DEDIU Daniela, *The European investigation order in criminal matters - grounds for non-recognition or non-execution*, *in* *Challenges of the Knowledge Society*, 12 2018, p. 66 ss

FLORE Daniel, *Droit pénal européen : Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2e éd., Bruxelles (Larcier) 2014 (cité : FLORE, *Droit pénal européen*)

FLORE Daniel, Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité, *in* KERCHOVE Gilles de, DI LELLO FINUOLI Giuseppe, LENAERTS Koenraad, VERWILGHEN Marc et WEYEMBERGH Anne, *Reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles (Université de Bruxelles) 2001, p. 65 ss  
<https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/79814/1/reconnaissance+mutuelle+double+incrimination+et+territorialit%C3%A9-2001.pdf> (cité : FLORE, *Reconnaissance mutuelle*) (consulté le 10 décembre 2018)

GARCIMARTIN MONTERO Regina, The European Investigation Order and the Respect for Fundamental Rights in Criminal Investigations, *Eucrim* 2017, p. 45 ss  
[https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim\\_issue\\_2017-01.pdf](https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim_issue_2017-01.pdf) (consulté le 10 décembre 2018)

HARARI Maurice, CORMINBOEUF Corinne, EIMP révisée : considérations critiques sur quelques arrêts récents, *in* PJA, 1999, p. 139 ss

HEARD Catherine, MANSELL Daniel, The European investigation order: changing the face of evidence-gathering in EU cross-border Cases, *in* *New Journal of European Criminal Law*, 2011, p. 353 ss

JANSSENS Christine, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford (Oxford University Press) 2013

JURKA Raimundas, ZAJANČKAUSKIENĖ Jolanta, Movement of evidence in the European Union: Challenges for the European investigation order, *in* *Baltic Journal of Law & Politics*, 2016, p. 56 ss

KERCHOVE Gilles de, La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général, *in* KERCHOVE Gilles de, DI LELLO FINUOLI Giuseppe, LENAERTS Koenraad, VERWILGHEN Marc et WEYEMBERGH Anne, *Reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles (Université de Bruxelles) 2001

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

LUDWICZAK Maria, Dans la jungle de l'entraide internationale en matière pénale, *in* *Dodécaphonie pénale : Liber discipulorum en l'honneur du Professeur Robert Roth*, Genève (Schulthess) 2017, p. 117 ss (cité : LUDWICZAK, Dans la jungle)

LUDWICZAK Maria, La proportionnalité en entraide internationale en matière pénale : évolution jurisprudentielle, *in* PJA, 2017, p. 608 ss (cité : LUDWICZAK, Proportionnalité)

LUDWICZAK GLASSEY Maria, *Entraide judiciaire internationale en matière pénale*, Précis de droit suisse, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2018

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

MANGIARACINA Annalisa, A new and controversial scenario in the gathering of evidence at the European level: the proposal for a directive on the European investigation order, *in* *Utrecht Law Review*, 2014, p. 113 ss

MARTY Marie, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, Bruxelles (Larcier) 2016 (cité : MARTY, *Légalité*)

MARTY Marie, Un exemple de décision nouvelle : la décision d'enquête européenne, *in* *Jurisdoctoria* 7 2011  
[https://old.jurisdoctoria.net/pdf/numero7/aut7\\_MARTY.pdf](https://old.jurisdoctoria.net/pdf/numero7/aut7_MARTY.pdf) (cité : MARTY, *Décision nouvelle*) (consulté le 10 décembre 2018)

MITSILEGAS Valsamis, *EU criminal law*, Oxford (Hart Publishing) 2009

MOREILLON Laurent (édit.), *Entraide internationale en matière pénale, Commentaire romand*, Genève, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2004

REEB Bertrand, *La raison d'Etat dans l'entraide internationale en matière pénale*, in ZEN-RUFFINEN Piermarco (édit.), *Du monde pénal : droit pénal, criminologie et politique criminelle, police et exécution des sanctions, procédure pénale : mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2006, p. 235 ss

RONSFELD Philipp, *Rechtshilfe, Anerkennung und Vertrauen : die Europäische Ermittlungsanordnung*, Berlin (Duncker & Humblot) 2015

ROUILLER Claude, *L'évolution du concept de délit politique en droit de l'entraide internationale en matière pénale*, in RPS, 1986, p. 24 ss

SATZGER Helmut, *International and European Criminal Law*, 2e éd., Munich (C. H. Beck) 2018

SCHUPP Pierre-Dominique, *La révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)*, in RPS, 1997, p. 180 ss

WEYEMBERGH Anne, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les états membres de l'Union européenne : mise en perspective*, in KERCHOVE Gilles de, DI LELLO FINUOLI Giuseppe, LENAERTS Koenraad, VERWILGHEN Marc et WEYEMBERGH Anne, *Reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles (Université de Bruxelles) 2001 (cité : WEYEMBERGH, Reconnaissance)

WEYEMBERGH Anne, *L'harmonisation des législations : Condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles (Université de Bruxelles) 2004 (cité : WEYEMBERGH, Harmonisation)

ZIMMERMANN Frank, GLASER Sanja, MOTZ Andreas, *Mutual recognition and its implications for the gathering of evidence in criminal proceedings: a critical analysis of the initiative for a European investigation order*, in *European Criminal Law Review*, 2011, p. 56 ss  
<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/euclr1&i=56> (consulté le 10 décembre 2018)

ZIMMERMANN Robert, *Communication d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale : un paradigme perdu?*, in PJA, 2007, p. 62 ss (cité : ZIMMERMANN, Paradigme)

ZIMMERMANN Robert, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 4<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 2014 (cité : ZIMMERMANN, Coopération)

## B. Documents officiels

Commission européenne, Communiqué de presse du 22 mai 2017, disponible sur [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1388\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1388_fr.htm) (cité : Communiqué de presse 2017) (consulté le 10 décembre 2018)

Commission européenne, Communication du 26 juillet 2000 sur la reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, COM (2000) 495 final (cité : Communication reconnaissance 2000)

Commission européenne, Livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un État membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité du 11 novembre 2009, COM (2009) 624 (cité : Livre vert relatif à l'obtention de preuves)

Conseil Européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la Présidence, disponible sur [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_fr.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm) (cité : Conseil de Tampere) (consulté le 10 décembre 2018)

Conseil Européen de Cardiff, 15 et 16 juin 1998, Conclusion de la Présidence, disponible sur [http://europa.eu/rapid/press-release\\_PRES-98-150\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_PRES-98-150_fr.htm) (cité : Conseil de Cardiff) (consulté le 10 décembre 2018)

Conseil de l'Union européenne, Le programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens du 4 mai 2010 (2010/C 115/01), disponible sur [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:52010XG0504\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:52010XG0504(01)) (cité : Stockholm programme) (consulté le 10 décembre 2018)

Conseil de l'Union européenne, Initiative du Royaume de Belgique, de la République de Bulgarie, de la République d'Estonie, du Royaume d'Espagne, de la République d'Autriche, de la République de Slovénie et du Royaume de Suède en vue d'une directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, Bruxelles, 21 mai 2010, Dossier interinstitutionnel : 2010/0817 (COD), 9288/10 COPEN 117 EUROJUST 49 EJM 13 CODEC 384 PARLNAT 13., disponible sur [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/cls/cons\\_cons\(2010\)09288/cons\\_cons\(2010\)09288\\_fr.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/cls/cons_cons(2010)09288/cons_cons(2010)09288_fr.pdf) (cité : Conseil de l'UE, Initiative 2010) (consulté le 10 décembre 2018)

OFJ, Aide-mémoire pour les demandes étrangères d'entraide judiciaire en matière pénale, 2017, disponible sur <https://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/strafrecht/wegleitungen/checkliste-ersuchen-ausland-f.pdf> (cité : OFJ, Aide-mémoire 2017) (consulté le 10 décembre 2018)

OFJ, Fact Sheet : Obtention de preuves, juillet 2016, disponible sur <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen/beweiserhebung/beweiserhebung-f.pdf> (cité : OFJ, Fact Sheet 2016) (consulté le 10 décembre 2018)

OFJ, Guide sur l'entraide judiciaire, disponible sur <https://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/rechtshilfefuehrer.html> (cité : OFJ, Guide) (consulté le 10 décembre 2018)

OFJ, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Directives, 9<sup>e</sup> éd, 2009, disponible sur <https://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/strafrecht/wegleitungen/wegleitung-strafsachen-f.pdf> (cité : OFJ, Directives) (consulté le 10 décembre 2018)

## **DÉCLARATION DE NON-PLAGIAT**

Je déclare que je suis bien l'auteur de ce texte et atteste que toute affirmation qu'il contient et qui n'est pas le fruit de ma réflexion personnelle est attribuée à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets.

Le 10 décembre 2018

À Genève

Signature :

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized, cursive script that appears to be 'SK' or similar initials.

Sacha KANOFF