



Chapitre de livre

2017

Published version

Open Access

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

Opportunité des poursuites et conflits de compétences : notes sur les
articles 8 al. 2 let. c et 8 al. 3 CPP

Villard, Katia Anne

How to cite

VILLARD, Katia Anne. Opportunité des poursuites et conflits de compétences : notes sur les articles 8 al. 2 let. c et 8 al. 3 CPP. In: Dodécaphonie pénale : Liber discipulorum en l'honneur du Professeur Robert Roth. Sévane Garibian et Yvan Jeanneret (Ed.). Genève : Schulthess, 2017. p. 131–144.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:102745>

KATIA VILLARD*

Opportunité des poursuites et conflits de compétences : notes sur les articles 8 al. 2 let. c et 8 al. 3 CPP

Sommaire	Page
I. Deux rappels préliminaires	132
II. L'art. 8 al. 2 let. c CPP	133
A. Une « fausse » opportunité des poursuites	133
B. La peine « prononcée » <i>versus</i> la peine « subie »	136
III. L'art. 8 al. 3 CPP	138
A. Cas d'application	138
B. La reprise de la procédure	140
Remarques conclusives	141
Bibliographie	143

* Docteure en droit, chargée de cours à l'Université de Genève, titulaire du brevet d'avocat.

Il y a environ trente ans, au bord d'une piscine baignée par le soleil, un tout petit garçon s'est fait sauvagement mordre le doigt de pied par l'une de ses congénères. En application du principe de l'opportunité, les autorités compétentes – en l'espèce, les parents – ont renoncé à la sévère sanction qui s'imposait à l'encontre de la cannibale...

A peu près à la même période, le Professeur Robert ROTH a été mandaté par la Société suisse des juristes pour rédiger un rapport sur le principe de l'opportunité de la poursuite. En Suisse, le débat tournait alors largement autour de la marge de manœuvre des autorités cantonales quant au classement en opportunité d'une infraction consacrée par le droit fédéral. L'entrée en vigueur du code de procédure pénale en 2011 y a mis fin et a introduit, sur le plan fédéral, une version limitée du principe de l'opportunité des poursuites, à son art. 8¹.

L'une des fonctions assignées à l'art. 8 CPP est la régulation des conflits de compétences au niveau international, qui vont en s'accroissant à mesure que le crime s'internationalise, que les titres de compétence se multiplient et que la notion de lieu de commission de l'infraction s'élargit. C'est au confluent de ces deux thématiques, bien connues de Robert ROTH, que nous situons notre propos. La réflexion nous mènera près d'une autre notion qui lui est également chère, le principe *ne bis in idem*.

I. Deux rappels préliminaires

Pour reprendre les termes de ROTH, le principe d'opportunité « se définit comme une *possibilité* reconnue à l'*autorité de poursuite* de mettre fin à l'action pénale, pour des motifs autres que l'absence des éléments constitutifs de l'infraction ou qu'un empêchement procédural, et cela en appliquant un *pouvoir discrétionnaire* »².

Le principe d'opportunité des poursuites comme instrument de résolution des conflits de compétences n'est pas une innovation et le mécanisme a en particulier été préconisé par le Conseil de l'Europe à la fin du siècle dernier, dans son rapport relatif aux compétences extraterritoriales des Etats européens³.

¹ CR CPP-ROTH, art. 8 N 7 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 528.

² CR CPP-ROTH, art. 8 N 1 (mises en gras omises ; nous mettons en italiques).

³ CONSEIL DE L'EUROPE, p. 32.

II. L'art. 8 al. 2 let. c CPP

A. Une « fausse » opportunité des poursuites

A teneur de l'art. 8 al. 2 let. c CPP, « [le ministère public et les tribunaux⁴] renoncent (...) à engager une poursuite pénale si aucun intérêt prépondérant de la partie plaignante ne s'y oppose et que sur la peine encourue pour l'infraction poursuivie, une peine de durée équivalente prononcée à l'étranger devrait être imputée ».

La première réflexion qui nous vient à l'esprit est que, malgré son étiquette, l'art. 8 al. 2 let. c CPP ne relève pas d'une réelle opportunité des poursuites.

En effet, si les notions qui gouvernent ce principe sont la *faculté*, appartenant à l'*autorité de poursuite*, de renoncer à une procédure pénale, au travers de l'exercice de sa *liberté d'appréciation*⁵, l'art. 8 al. 2 CPP – de même que son al. 1 d'ailleurs – n'octroie aucun pouvoir discrétionnaire à l'autorité. Bien au contraire, si les conditions légales sont remplies, il *doit* être mis fin à l'action pénale⁶. La seule marge de manœuvre laissée au magistrat réside dans l'interprétation des deux notions juridiques indéterminées que l'art. 8 al. 2 let. c CPP contient.

La première, le défaut d'intérêt prépondérant de la partie plaignante, n'entre évidemment en considération que pour autant qu'il y en ait une. Dans l'affirmative, la question devrait essentiellement s'articuler autour des prétentions civiles, soit de savoir si la partie plaignante a un intérêt prépondérant à ce que celles-ci soient examinées par le juge pénal

⁴ Dans une jurisprudence relative à l'art. 8 al. 1 CPP, le Tribunal fédéral a estimé que la notion de « tribunal » au sens de cette disposition ne visait que les tribunaux saisis au stade de la procédure préliminaire, soit les juridictions statuant sur les recours contre les ordonnances de non-entrée en matière ou de classement du ministère public. Notre Haute Cour en a déduit qu'après la mise en accusation, le classement en opportunité n'était plus possible et que le tribunal devait, en application des art. 52 à 54 CP, prononcer une déclaration de culpabilité, assortie d'une exemption de peine (ATF 139 IV 220 c. 3.4.3 ss, JdT 2014 IV 94) ; pour une critique de cette jurisprudence, cf. notamment, BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, art. 8 N 106a ; SCHMID, N 220 ; WOHLERS, in : DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO Komm., art. 8 N 11. Cette jurisprudence a également été appliquée en lien avec l'art. 8 al. 2 let. b CPP (arrêt du TF, 1B_222/2016 du 3 octobre 2016, c. 3.4 s.), de sorte qu'il faut sans doute en conclure qu'elle vaut de manière générale dans le cadre de l'art. 8 CPP (dans ce sens visiblement, arrêt du TF, 1B_222/2016 du 3 octobre 2016, c. 3.4). En d'autres termes, la notion de tribunal au sens de l'art. 8 CPP ne renverrait qu'aux juridictions appelées à intervenir durant la procédure préliminaire.

⁵ Cf. également, ROTH, p. 193.

⁶ Le message du Conseil fédéral est très clair à cet égard : « [J]es réglementations prévues aux al. 1 et 2 [de l'art. 8] ont ceci en commun qu'elles rendent impérative la renonciation à la poursuite pénale si les conditions prévues à cet effet sont réunies » (*Message CPP*, p. 1107).

suisse⁷. Cela ne sera probablement pas le cas si elle peut, sans difficultés majeures, faire valoir ses prétentions civiles dans le cadre de la procédure menée à l'étranger, *a fortiori*, bien entendu, si elle les a fait valoir⁸.

La deuxième réside dans l'estimation de la peine à laquelle le prévenu est – concrètement – exposé. Ici, bien plus qu'une marge de manœuvre, c'est la tâche d'éplucher la jurisprudence rendue en matière de fixation de la peine dans des cas similaires, ainsi que celle relative à la notion de « peine encourue » développée dans le cadre de la défense obligatoire au sens de l'art. 130 let. b CPP⁹, qui est dévolue à l'autorité de poursuite. Nous nous permettons le préjugé que, dans une bonne majorité de cas, le rapport d'équivalence devrait être donné, la Suisse n'ayant, de manière générale, pas la réputation d'être particulièrement répressive en matière de quotité des peines.

Ainsi, le magistrat bénéficiera d'une certaine latitude de jugement à condition qu'il y ait eu constitution de partie plaignante dans la procédure. Dans l'affirmative, cette liberté d'appréciation se résumera à la question de savoir si, en particulier au regard de ses prétentions civiles, l'intérêt de la partie plaignante doit l'emporter sur l'intérêt public à une économie substantielle de procédure et à celui du prévenu de ne pas subir les désagrégements d'une deuxième poursuite, alors même que l'éventuelle peine finalement prononcée serait entièrement compensée par la sanction étrangère. Sans discuter de concepts que nous laissons aux experts de la théorie générale du droit, dont Robert ROTH fait partie, l'étroite marge interprétative de l'autorité de poursuite ne peut guère être comparée au pouvoir d'appréciation que le principe d'opportunité est supposé lui conférer.

Ceci dit, il ne faut pas en conclure que la notion d'opportunité est totalement absente de l'art. 8 al. 2 let. c CPP : les *motifs*, établis par le législateur, de renonciation à la poursuite pénale, relèvent de l'opportunité – en l'occurrence essentiellement celle d'éviter une procédure peu utile quant à ses effets – en ce qu'ils ne se rattachent ni à la réalisation de l'énoncé légal, ni à des obstacles procéduraux.

Par ailleurs, le choix effectué de restreindre la latitude de jugement de l'autorité de poursuite à sa portion congrue n'est pas nécessairement critiquable. Si les deux conditions de

⁷ Cf. *Message CPP*, p. 1107 ; DFJP, *Rapport explicatif AP CPP*, p. 36 ; JEANNERET/KUHN, N 4092 ; comparer avec la jurisprudence et la doctrine rendues en application de l'art. 53 CP, en lien avec l'intérêt du lésé à la continuation de la procédure pénale (ATF 136 IV 41 c. 1.2.3, JdT 2011 IV 235 ; GARBARSKI/RUTSCHMANN, p. 186 ; BSK StGB-RIKLIN, art. 53 N 27).

⁸ Comparer avec la décision du TPF, BB.2016.192 du 30 novembre 2016, dans le cadre de l'affaire *Volkswagen* : le TPF annule l'ordonnance de non-entrée en matière du ministère public rendue à l'égard de la société Volkswagen AG et fondée sur l'art. 8 al. 3 CPP, notamment pour le motif que le droit allemand ne permet pas l'adhésion de prétentions civiles dans le cadre d'une procédure ouverte sur la base de l'*Ordnungswidrigkeitengesetz*, qui est la loi sur laquelle se base le système allemand de responsabilité des entreprises pour les infractions commises en leur sein (c. 3.2.5).

⁹ Cf. à ce dernier égard, CR CPP-ROTH, art. 8 N 35.

l'art. 8 al. 2 let. c CPP sont remplies, on ne voit pas pour quelle raison une procédure pénale devrait néanmoins être engagée, ce à partir du moment où, comme nous allons le voir dans quelques lignes, le juge du fond est de toute façon tenu d'imputer la peine exécutée à l'étranger sur celle qu'il prononce¹⁰. C'est toutefois sans compter sur ce qui constitue manifestement une inadvertance du législateur, qui a choisi, dans le cadre de l'art. 8 al. 2 let. c CPP, de parler de peine « prononcée » à l'étranger, plutôt que de peine « exécutée » ou « subie ». L'erreur est susceptible d'engendrer des conséquences tout à fait indésirables et, à teneur de texte, elle ne pourrait être réparée par les autorités compétentes, liées par leur obligation de renoncer à la poursuite pénale. La problématique, déjà esquissée par Robert ROTH dans son commentaire de l'art. 8 CPP¹¹, fait l'objet du chapitre qui suit.

Mais avant d'y venir, on peut encore s'interroger sur les conséquences, au niveau procédural, du caractère impératif de l'art. 8 al. 2 let. c CPP. En d'autres termes, une voie de droit est-elle ouverte contre la « décision » du magistrat qui, en violation de la disposition, engagerait une poursuite malgré la réalisation des conditions légales ?

En principe, conformément aux art. 300 al. 2 et 309 al. 3 CPP, l'introduction d'une procédure pénale n'est pas sujette à recours, à part si le prévenu fait valoir l'interdiction de la double poursuite¹². La question de savoir si l'exception renvoie au principe *ne bis in idem* sur le plan interne seulement (cf. art. 11 CPP) ou également dans sa dimension transnationale (cf. par exemple art. 6 al. 3 CP) ne fait pas l'unanimité¹³. La controverse semble provenir d'une lecture antinomique du message – ambigu – du Conseil fédéral¹⁴.

¹⁰ Dans le même sens, SCHMID, N 194.

¹¹ Cf. CR CPP-ROTH, art. 8 N 33.

¹² Si l'exception de la double poursuite n'est pas expressément mentionnée à l'art. 309 al. 3 CPP, l'ordonnance d'ouverture d'instruction peut être attaquée conformément à l'art. 300 al. 2 *in fine* CPP (cf. notamment, BSK StPO-OMLIN, art. 309 N 40 ; LANDSHUT/BOSSHARD, in : DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO Komm., art. 309 N 45).

¹³ En faveur d'une exception fondée sur le principe *ne bis in idem* dans sa dimension interne *et* internationale : LANDSHUT/BOSSHARD, in : DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO Komm., art. 300 N 8 ; CR CPP-MAÎTRE, art. 300 N 12 ; *contra* : BSK StPO-RIEDO/BONER, art. 300 N 30 et note 25.

¹⁴ Le passage idoine est libellé comme suit : « [a]fin d'assurer la célérité de la procédure, le projet ne permet pas, en principe, que l'ouverture de la procédure – par acte concluant ou formel – puisse être attaquée par voie de recours (...). Ce principe souffre une exception : l'objection selon laquelle l'introduction de la procédure viole l'interdiction de la double poursuite (*ne bis in idem*, art. 11) doit être examinée immédiatement au début de la procédure, au besoin, dans le cadre d'un recours. Cette règle vaut également si une procédure pénale conduite parallèlement à l'étranger, ne fait pas nécessairement obstacle à l'ouverture d'une procédure en Suisse (art. 3 ss, CP) » (*Message CPP*, p. 1241). Cf. aussi DFJP, *Rapport explicatif AP CPP*, p. 197 ss. La question de savoir si la « règle » dont il est question dans la dernière phrase du texte précité se rapporte au principe ou à l'exception de l'art. 300 al. 2 CPP n'apparaît en effet pas claire.

A notre sens, dans la mesure où le but de l'art. 300 al. 2 *in fine* CPP est l'économie de procédure, il n'y a pas de raison, lorsque le principe *ne bis in idem* sur le plan transnational est prévu à titre contraignant, de ne pas l'inclure dans l'exception de l'art. 300 al. 2 CPP. En revanche, il nous semble clair que le prévenu ne peut faire valoir la procédure pendante à l'étranger¹⁵, cette circonstance ne s'opposant à une poursuite pénale que si le ministère public le juge opportun (cf. art. 8 al. 3 CPP et III *infra*). Dans le prolongement du raisonnement, et pour les mêmes motifs d'économie de procédure, la question de savoir si l'autorité compétente *doit* renoncer à la poursuite conformément à l'art. 8 al. 2 let. c CPP mérite d'être immédiatement tranchée¹⁶. Vu la proximité matérielle entre la règle de l'art. 8 al. 2 let. c CPP et le concept de *ne bis in idem*, l'assimilation, aux fins de l'application de l'art. 300 al. 2 *in fine* CPP, nous paraît admissible.

B. La peine « prononcée » *versus* la peine « subie »

Sur le fond, l'art. 8 al. 2 let. c CPP constitue une sorte d'application anticipée du principe d'imputation qui impose au juge du fond de déduire, sur la sanction qu'il entend prononcer contre l'auteur, celle déjà subie à l'étranger pour les mêmes faits (cf. notamment art. 3 al. 2 CP). A l'instar du principe d'imputation, l'art. 8 al. 2 let. c CPP a vocation à s'appliquer aux situations dans lesquelles le principe *ne bis in idem* n'entre pas en ligne de compte, soit, essentiellement, lorsque la compétence pour connaître de l'infraction considérée découle du principe de territorialité. Si le principe *ne bis in idem* s'applique, c'est pour ce motif que l'autorité de poursuite n'exercera pas l'action pénale¹⁷.

Malgré l'emploi, à l'art. 8 al. 2 let. c CPP, du terme « infraction », ce n'est pas la qualification juridique qui importe et la notion doit s'interpréter de la même manière que dans le cadre du principe d'imputation qui, en droit suisse, se réfère à « l'acte » de l'auteur (cf. art. 3 al. 2 CP). Cette dernière notion est celle utilisée pour l'application du principe *ne bis in idem* (cf. par exemple art. 6 al. 3 CP), ce que commande d'ailleurs la plus élémentaire cohérence. En d'autres termes, l'« infraction » de l'art. 8 al. 2 let. c CPP doit s'interpréter à la lueur de la jurisprudence – notamment européenne – relative à *ne bis in idem*. Jusqu'ici, le système tient en place.

Les choses se gâtent lorsque l'on constate qu'à teneur de texte, l'art. 8 al. 2 let. c CPP ne prévoit pas, pour la renonciation à la poursuite pénale, que la première peine ait été exécutée¹⁸, mais simplement qu'elle ait été prononcée (« *ausgesprochen* », « *inflitta* »,

¹⁵ *Contra* : CR CPP-MAÎTRE, art. 300 N 12.

¹⁶ Cf. aussi BSK StPO-RIEDO/BONER, art. 300 N 26, qui proposent d'autres exceptions à l'art. 300 al. 2 CPP, telle que la question du délai pour le dépôt de la plainte pénale.

¹⁷ Dans le même sens, BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, art. 8 N 76.

¹⁸ L'avant-projet du CPP utilisait d'ailleurs les termes « peine exécutée » (art. 8 al. 2 let. c AP CPP).

selon les versions allemande et italienne). La norme se retrouve ainsi en porte-à-faux avec les règles de droit matériel régissant la prise en considération d'un jugement étranger : l'application tant du principe d'imputation que de *ne bis in idem* suppose que la sanction étrangère ait été effectivement subie¹⁹.

A partir de là, il n'est pas besoin de beaucoup d'imagination pour entrevoir les conséquences possibles du changement de vocabulaire : les autorités compétentes devraient, par exemple, renoncer à la poursuite d'un auteur qui se trouve en Suisse, qui a commis une infraction sur le territoire, et qui a été condamné par défaut à l'étranger pour celle-ci. Si l'auteur n'est pas de nationalité suisse, on peut encore imaginer que, sur requête, une extradition à l'autorité étrangère permette l'exécution de la sanction. Un ressortissant suisse pourra en revanche y échapper, étant en outre précisé que les conditions présidant à l'*exequatur*, en Suisse, du jugement étranger ne seraient pas réalisées (cf. art. 94 EIMP²⁰). Par ailleurs, quelque utiles que soient les instruments de coopération internationale, il heurte le bon sens que le seul *prononcé* d'une condamnation étrangère, équivalente à la peine encourue en Suisse, fasse obstacle à une poursuite sur le territoire, au surplus pour une infraction qui y est localisable. C'est pourtant le résultat auquel aboutit la lecture de l'art. 8 al. 2 let. c CPP.

En outre, la formulation de la disposition permettrait son application là où le défaut d'exécution de la sanction étrangère ferait obstacle à l'application du principe *ne bis in idem*. Conceptuellement parlant, l'incohérence du système atteint son paroxysme. Pour prendre un exemple concret, le ministère public devrait renoncer à la poursuite d'un citoyen et résident suisse, jugé à l'étranger pour une infraction sexuelle sur mineur (cf. art. 5 CP), et qui, par hypothèse, s'est enfui du pays en question avant que la peine prononcée à son encontre ne devienne exécutoire.

Précisons par ailleurs que la forme que revêt la décision de renonciation à la procédure pénale, soit une ordonnance de classement ou de non-entrée en matière (art. 8 al. 4 CPP) ne permet pas de remédier à la problématique. En effet, la reprise de la procédure après le prononcé de la décision ne peut avoir lieu qu'en cas de moyens de preuve ou de faits nouveaux, non décelables sur la base du dossier alors à disposition du ministère public (art. 323 al. 1 CPP, cas échéant *cum* art. 310 al. 2 CPP). Or, dans la constellation qui nous occupe, il n'est pas question d'éléments inconnus de l'autorité de poursuite à l'heure de rendre son ordonnance de classement.

La méprise est manifeste et la notion de « peine prononcée » doit se comprendre dans le sens de « peine subie »²¹. Si l'opération va au-delà de la lettre de la loi, elle correspond

¹⁹ Cf. CR CPP-ROTH, art. 8 N 33.

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

²¹ Les auteurs du *Commentaire bâlois* n'ont d'ailleurs pas hésité à remplacer, sans autre développement, le terme « *ausgesprochen* » par « *vollzogen* », cf. BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, art. 8 N 75 ss.

incontestablement à son esprit et les conséquences qu'une interprétation littérale engendre apparaissent trop absurdes pour ne pas permettre la substitution. Dans la mesure, en outre, où il ne s'agit pas de droit pénal de fond, nous pensons rester dans le cercle tracé du principe de la légalité (au sens large). Reste, cela étant, qu'une modification du code sur ce point serait la bienvenue.

III. L'art. 8 al. 3 CPP

A. Cas d'application

Au contraire de l'art. 8 al. 2 let. c CPP, l'al. 3 de la même disposition consacre une réelle opportunité des poursuites. Conformément à celle-ci, les autorités compétentes « *peuvent* renoncer à engager une poursuite pénale si aucun intérêt prépondérant de la partie plaignante ne s'y oppose et que l'infraction fait déjà l'objet d'une poursuite de la part d'une autorité étrangère ou que la poursuite est déléguée à une telle autorité »²².

Comme le relève ROTH, la première hypothèse de l'art. 8 al. 3 CPP constitue une étape en faveur de la reconnaissance d'une litispendance internationale dans le domaine pénal²³, comme c'est d'ailleurs le cas en matière civile (cf. art. 27 ss de la Convention de Lugano²⁴). A noter qu'un dispositif identique est consacré à l'art. 30 de la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives et a été également envisagé dans le Livre vert de la Commission européenne sur les conflits de compétences et le principe *ne bis in idem*²⁵.

En écho au rapport souligné sous II.B. *supra* entre l'art. 8 al. 2 let. c CPP et le principe d'imputation, l'art. 8 al. 3 CPP se conçoit comme une sorte d'application anticipée du principe *ne bis in idem* qui intervient, en droit suisse, lors de l'exercice par le juge d'un chef de compétence extraterritorial²⁶ (à l'exception du principe de protection de l'art. 4 CP). Le terme « infraction » mentionné à l'art. 8 al. 3 CPP doit, à nouveau, être interprété conformément au « *idem* » de *ne bis*. La portée de l'art. 8 al. 3 CPP n'est pas négligeable : dans ses conséquences, la disposition revient à permettre le respect du principe *ne bis in idem* y compris en matière de compétence territoriale.

²² Nous mettons en italiques.

²³ CR CPP-ROTH, art. 8 N 37.

²⁴ Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.12).

²⁵ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, p. 4 ch. 2.1.

²⁶ Cf. par exemple, arts 6 al. 3 et 7 al. 4 CP.

Dans une décision récente du Tribunal pénal fédéral rendue dans le cadre de l'affaire *Volkswagen*, on peut d'ailleurs lire que l'art. 8 al. 3 CPP se conçoit en lien avec des infractions à l'égard desquelles le juge suisse serait compétent sur la base du principe de territorialité²⁷. L'affirmation nous a surpris à première vue. Sur le plan théorique, il nous semble qu'elle ne fait guère de sens. En pratique, elle doit probablement se comprendre au regard de la condition du défaut d'extradition en lien avec l'exercice d'une compétence extraterritoriale, et avec cette précision que la tendance semble être à une priorité de l'extradition sur la poursuite²⁸, ce d'autant si l'Etat requérant et la Suisse sont liés par un traité de coopération. L'idée de base part du postulat qu'en principe l'Etat du for de la procédure pénale doit avoir le prévenu dans sa sphère de maîtrise et est donc probablement la suivante : si l'individu n'est pas extradé, cela signifie soit qu'il n'y a pas de poursuite à l'étranger, à défaut de quoi l'autorité étrangère aurait requis l'extradition, soit que cette dernière a été refusée. Dans les deux cas, il n'y a évidemment guère de place pour une application de l'art. 8 al. 3 CPP. Si l'individu est extradé, la compétence helvétique « s'éteindrait » de toute façon. Cette dernière conception ne tient toutefois pas compte de l'opinion qui veut que, si la présence du prévenu sur le territoire doit être donnée au moment de l'ouverture de la procédure, son départ ultérieur n'affecte, *sur le principe*, pas la compétence du juge suisse²⁹.

A notre sens, deux cas de figure sont à envisager. Dans le premier, la requête d'extradition intervient *avant* qu'une procédure pénale n'ait été engagée en Suisse, sur la base d'un titre de compétence extraterritorial. Si l'individu est extradé, le juge suisse ne peut effectivement pas exercer sa compétence et l'art. 8 al. 3 CPP n'entre donc pas en ligne de compte. Dans le second, une procédure pénale a *déjà* été engagée en Suisse lorsque la requête d'extradition lui parvient. Dans ce cas, c'est sur la base de l'art. 8 al. 3 CPP que l'autorité de poursuite pénale, en même temps qu'elle extrade le prévenu, rendra une ordonnance de classement.

La deuxième hypothèse de l'art. 8 al. 3 CPP, qui coule de source, renvoie à la délégation de poursuite au sens de l'art. 88 EIMP³⁰ et nous rappelons à ce stade que la délégation de poursuite est la seule hypothèse dans laquelle le code pénal prévoit expressément l'application du principe *ne bis in idem* en cas de compétence territoriale du juge suisse (art. 3 al. 3 CP). Malgré la formule potestative de l'art. 8 al. 3 CPP, il tombe sous le sens

²⁷ Décision du TPF, BB.2016.192 du 30 novembre 2016, c. 3.2.3.

²⁸ Cf. par exemple, en lien avec l'art. 5 CP, l'arrêt du TPF, RR.2012.230 du 14 novembre 2012, c. 2.2.

²⁹ Cf. notamment, en lien avec la compétence de représentation de l'art. 85 EIMP, HARARI/JAKOB/JENNI, p. 401 ss.

³⁰ Cf., pour le droit conventionnel, l'art. 21 de la Convention européenne du 20 avril 1959 d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ ; RS 0.351.1).

que si la poursuite d'une infraction est déléguée à un Etat étranger, les autorités suisses *doivent*, quant à elles, y renoncer³¹, ce qui découle d'ailleurs de l'art. 89 al. 1 EIMP³².

A première lecture, l'art. 8 al. 3 CPP reflète l'adage « premier arrivé, premier servi ». En pratique, et en particulier s'agissant des Etats avec lesquels la Suisse entretient une coopération renforcée, il ne sera probablement pas rare que les Etats compétents à l'égard de l'infraction s'accordent sur la juridiction qui apparaît « la mieux placée »³³ pour se charger de la procédure, la première autorité de poursuite se dessaisissant alors de l'affaire au profit de celle-là. Cette « cuisine interne » ne change rien pour l'application de l'art. 8 al. 3 CPP, sauf bien entendu à ce que l'Etat « le mieux placé » se trouve être la Suisse. Ainsi, l'art. 8 al. 3 CPP va notamment permettre la mise en œuvre procédurale du mécanisme prévu dans plusieurs conventions internationales et qui commande, en cas de conflits de compétences, une concertation entre les Etats concernés en vue d'une centralisation des poursuites dans un seul Etat³⁴.

B. La reprise de la procédure

Comme déjà esquissé sous II.B. *supra*, la procédure classée (ou ayant fait l'objet d'une ordonnance de non-entrée en matière, cf. art. 310 al. 2 CPP) conformément à l'art. 8 al. 4 CPP ne peut être réouverte qu'aux conditions de l'art. 323 al. 1 CPP. Cette dernière disposition autorise le ministère public à reprendre la procédure en cas de faits et/ou moyens de preuve nouveaux, révélant une responsabilité pénale du prévenu et ne ressortant pas du dossier antérieur. L'art. 323 al. 1 CPP ne vise que les faits dits « nouveaux anciens », soit ceux qui existaient déjà au moment du prononcé de l'ordonnance de classement³⁵.

Les conditions restrictives de cette disposition apparaissent problématiques au regard de l'art. 8 al. 3 CPP. En effet, les raisons justifiant la reprise d'une poursuite classée en raison d'une procédure étrangère parallèle devraient essentiellement s'articuler autour du

³¹ HARARI/JAKOB/JENNI, p. 407, note 87.

³² LUDWICZAK, N 418.

³³ Cf. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, p. 5 point 2.2 ; cf. aussi, sur les critères qui devraient guider la détermination de la juridiction « la mieux placée », LELIEUR-FISCHER, p. 12 ss.

³⁴ Cf. par exemple, l'art. 22 al. 5 de la Convention du 23 novembre 2001 sur la cybercriminalité (RS 0.311.43) ; l'art. 31 al. 4 de la Convention du 16 mai 2005 sur la lutte contre la traite des êtres humains (RS 0.311.543) ; dans la même optique, cf. l'art. 21 de la Convention du 15 novembre 2000 contre la criminalité transnationale organisée (RS 0.311.54) et l'art. 8 de la Convention du 20 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (RS 0.812.121.03).

³⁵ Notamment, arrêt du TF, 6B_1015/2013 du 8 avril 2014, c. 5.1 ; CR CPP-ROTH, art. 323 N 5 et 13 ; JEANNERET/KUHN, N 16037 ; cf. également, en lien avec l'exigence de nouveauté du moyen de preuve, ATF 141 IV 194 c. 2.3, JdT 2016 IV 228.

jugement finalement rendu à l'étranger. Or, dans la mesure où il s'agit d'une circonstance intervenant postérieurement à l'ordonnance de classement, la procédure ne peut être reprise pour un motif tiré de la décision étrangère.

Ainsi, les autorités suisses, par hypothèse territorialement compétentes à l'égard de l'infraction commise, ne pourraient reprendre la procédure même si le prévenu a été *acquitté* à l'étranger³⁶. Il en va de même si, par hypothèse, la procédure à l'étranger s'est soldée par un classement partiel à l'égard de certains faits, ce pourquoi pas, cas échéant, en opportunité, ou encore si la peine prononcée – et peut-être non exécutée – à l'endroit du prévenu apparaît plus clémente que celle qui eût été prononcée en droit suisse.

A noter d'ailleurs, en sus, que toutes ces hypothèses n'apparaissent pas non plus liées à l'établissement de la responsabilité pénale du prévenu au sens de l'art. 323 al. 1 let. a CPP.

Pour éviter de lier *ex ante* les mains de la justice pénale suisse, il faut recourir au mécanisme de la suspension de l'instruction au sens de l'art. 314 al. 1 let. b CPP, qui correspond matériellement à un classement provisoire³⁷. Ainsi, lorsqu'une procédure pénale est pendante à l'étranger, les autorités helvétiques suspendront la poursuite en Suisse³⁸ – ce qui suppose toutefois l'ouverture préalable d'une procédure pénale – en attendant l'issue effective, voire prévisible, de la procédure ouverte à l'étranger pour les mêmes faits. Une fois celle-ci connue, elles classeront la procédure sur la base de l'art. 8 CPP ou, si le jugement étranger devait être estimé « insatisfaisant », pourront la reprendre librement conformément à l'art. 315 CPP³⁹.

Remarques conclusives

Institution souple et pragmatique, un principe d'opportunité de la poursuite adéquatement aménagé est sans conteste un bon instrument pour *résoudre* les conflits positifs de juridictions. En particulier, la reconnaissance d'une litispendance internationale en ma-

³⁶ L'observation vaut indépendamment du titre de compétence dont se réclame l'autorité étrangère, de sorte que la question de l'appartenance de l'Etat étranger à l'espace Schengen est ici sans pertinence (cf. art. 54 et 55 de la Convention d'application de l'accord de Schengen, CAAS).

³⁷ Cf. COQUOZ, p. 364 ; cf. aussi DFJP, *De 29 à l'unité*, qui préconisait, en cas de procédure pénale ouverte à l'étranger, un classement provisoire de la poursuite en Suisse (p. 52).

³⁸ Dans le même sens, BSK StPO-OMLIN, art. 314 N 15 ; dans le cadre d'une délégation de poursuite à l'étranger par la Suisse, COQUOZ, p. 364 ; LANDSHUT/BOSSHARD, in : DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO Komm., art. 314 N 12.

³⁹ Cette solution apparaît d'ailleurs la plus adéquate au regard de l'art. 89 EIMP ; pour un cas d'application du mécanisme, cf. arrêt du TF, 1B_543/2012 du 6 décembre 2012, point A de la partie en fait.

tière pénale apparaît bienvenue. Le dispositif ne dispense toutefois pas le législateur de *prévenir* de telles situations, en faisant preuve de modération dans l'établissement de sa compétence pénale.

Par ailleurs, l'appréhension des conflits de compétences ne peut se cantonner à l'échelle interne. La création de règles sur le plan international, par le biais de conventions sectorielles⁴⁰, qui aménageraient un système de répartition des compétences ainsi que les facteurs de rattachement à prendre en considération en fonction de la nature de l'infraction commise⁴¹, nous semble nécessaire. Et le principe d'opportunité y aurait certainement son rôle à jouer.

Pour reprendre l'affaire mentionnée en introduction : la Suisse est compétente en vertu des principes de la nationalité active et passive pour poursuivre la cannibale ; la France l'est sur la base du principe de territorialité, le crime ayant eu lieu dans les eaux territoriales françaises (la piscine se situait en France voisine). Si le principe de territorialité est en théorie prépondérant, la nationalité suisse commune de l'auteur et de la victime, ainsi que leur résidence en Suisse, plaident *in casu* en faveur d'une poursuite helvétique. Quant à la procédure engagée en France, elle pourrait être classée en opportunité (cf. art. 40-1 § 3 du CPP français). Le cas est d'école mais la prescription coupe court à la discussion...

⁴⁰ Dans le même sens, CASSANI, p. 261.

⁴¹ Cf. en particulier le mécanisme de pondération des critères de rattachement proposé par LELIEUR-FISCHER, p. 12 ss.

Bibliographie

- U. CASSANI, *Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte (Art. 3-7 StGB)*, RPS 1996, p. 237 ss.
- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre Vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales*, COM (2005) 696 final, Bruxelles, 23 décembre 2005.
- CONSEIL DE L'EUROPE, COMITÉ EUROPÉEN POUR LES AFFAIRES CRIMINELLES, *Compétence extra-territoriale en matière pénale*, Strasbourg 1990.
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005*, FF 2006 1057 (cité : *Message CPP*).
- Ch. COQUOZ, *Les recours pendant la procédure préliminaire*, RPS 2010, p. 353 ss.
- DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *De 29 à l'unité. Concept d'un code de procédure pénale fédéral. Rapport de la Commission d'experts « Unification de la procédure pénale »*, Berne, décembre 1997 (cité : DFJP, *De 29 à l'unité*).
- DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif relatif à l'avant-projet d'un code de procédure pénale suisse*, Berne, juin 2001 (cité : DFJP, *Rapport explicatif AP CPP*).
- A. DONATSCH/Th. HANSJAKOB/V. LIEBER (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014 (cité : AUTEUR, in : DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, *StPO Komm.*).
- A. GARBARSKI/J. RUTSCHMANN, *La réparation selon l'article 53 du Code pénal : justice de cabinet ou disposition providentielle ?*, RPS 2016, p. 171 ss.
- M. HARARI/R. JAKOB/E. JENNI, *La délégation de la poursuite pénale à la Suisse*, SJ II 2013, p. 385 ss.
- Y. JEANNERET/A. KUHN, *Précis de procédure pénale*, Berne 2013.
- A. KUHN/Y. JEANNERET (édit.), *Commentaire romand. Code de procédure pénale*, Bâle 2011 (cité : CR CPP-AUTEUR).
- J. LELIEUR-FISCHER, *Observations sur le Livre vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales*, Fribourg-en-Brisgau, mars 2006, disponible sur https://www.mpicc.de/files/pdf2/observations_livre_vert_nebisinidem.pdf.
- M. LUDWICZAK, *La délégation internationale de la compétence pénale*, Genève/Zurich/Bâle 2013.
- M. A. NIGGLI/H. WIPRÄCHTIGER (édit.), *Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB*, 3^e éd., Bâle 2013 (cité : BSK StGB-AUTEUR).
- M. A. NIGGLI/M. HEER/H. WIPRÄCHTIGER (édit.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1–195 StPO*, 2^e éd., Bâle 2014 (cité : BSK StPO-AUTEUR).
- M. A. NIGGLI/M. HEER/H. WIPRÄCHTIGER (édit.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 196–457 StPO, Art. 1–54 JStPO*, 2^e éd., Bâle 2014 (cité : BSK StPO-AUTEUR).
- G. PIQUEREZ/A. MACALUSO, *Procédure pénale suisse*, 3^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2011.

R. ROTH, *Le principe de l'opportunité de la poursuite*, RDS 1989, p. 169 ss.

N. SCHMID, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2013.