



Article scientifique

Article

2019

Published version

Open Access

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

---

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2018) =  
Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2018)

---

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

#### How to cite

CASSANI, Ursula et al. Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2018) = Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2018). In: Swiss Review of International and European Law, 2019, vol. 29, n° 3, p. 419–459.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:124632>

# Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2018)

## Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2018)

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

### Table des matières

- I. Les instruments internationaux en matière pénale et leur transposition en droit suisse (par Ursula Cassani)
  - A. La mise en œuvre des standards du GAFI en matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme
  - B. La mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (actions au porteur)
  - C. La mise en œuvre de la Convention sur la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel
  - D. La ratification de la Convention de Macolin (manipulations sportives)
- II. L'entraide judiciaire internationale en matière pénale (par Maria Ludwiczak Glassey)
  - A. Actualité législative
  - B. Actualité judiciaire
- III. Le droit pénal international de la Suisse (par Maria Ludwiczak Glassey)
  - A. Actualité judiciaire
  - B. Varia
- IV. Die Schweiz und das Europäische Strafrecht (von Sabine Gless & Thomas Wahl)
  - A. Gesetzgebungstätigkeiten der EU im Überblick
  - B. Schengener Informationssystem (SIS) auf neuer Grundlage
  - C. Ausblick: Interoperabilität

\* Professeure de droit pénal, Université de Genève, membre du comité de rédaction de la SRIEL. L'auteure remercie son assistante Nadia Meriboute de son aide précieuse dans le repérage des actualités et la relecture du manuscrit.

\*\* Professorin für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Basel.

\*\*\* Docteure en droit, chargée de cours à l'Université de Genève, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel, enseignante à la Haute Ecole de Gestion Arc, Neuchâtel.

\*\*\*\* Referent für Europäisches Strafrecht, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i.Br.

## I. Les instruments internationaux en matière pénale et leur transposition en droit suisse (par Ursula Cassani)

### A. La mise en œuvre des standards du GAFI en matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme

Le droit suisse avait été révisé le 12 décembre 2014, dans la perspective du quatrième rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse<sup>1</sup>. Cela n'a pas empêché les experts de formuler différentes recommandations<sup>2</sup> qui ont eu ou auront des retombées sur le plan législatif et réglementaire.

L'adaptation des textes infra-légaux a été menée avec célérité. Sans prétendre à l'exhaustivité, on relèvera que la révision de l'OBA-FINMA, visant notamment à raffermir les obligations en matière de gestion globale des risques liés aux structures complexes et sociétés de domicile et dans le domaine de l'identification de l'ayant droit économique, a été adoptée le 20 juin 2018<sup>3</sup>. Elle entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020, tout comme la nouvelle Convention relative à l'obligation de diligence des banques du 31 juillet 2018 (CDB 20)<sup>4</sup>.

Mais les recommandations des experts nécessitent également des adaptations du cadre légal, soit de la LBA<sup>5</sup> et d'autres lois fédérales (CP<sup>6</sup>, CC<sup>7</sup>, CO<sup>8</sup>, LCMP<sup>9</sup>), qui ont fait l'objet d'un avant-projet législatif envoyé en procédure de consultation le 1<sup>er</sup> juin 2018<sup>10</sup>. A l'heure où nous finalisons cette chronique, le projet vient d'être

1 Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012; RO 2015 1389; FF 2014 9465; Message du Conseil fédéral FF 2014 585.

2 GAFI, Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, Suisse, Rapport d'évaluation mutuelle, décembre 2016.

3 Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA), modification du 20 juin 2018; RO 2018 2691, RS 955.033.0. Cf. aussi le projet d'Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA) et le Rapport explicatif du 4 septembre 2017; <https://www.finma.ch/fr/news/2017/09/20170904-mm-geldwaesche-reiverordnung-finma/> (consulté le 9 juillet 2019).

4 La CDB 20 est disponible sous <https://www.swissbanking.org/fr/medias/news/cdb-20-de-nouvelles-regles-en-matiere-de-blanchiment-d-argent> (consulté le 9 juillet 2019).

5 Loi fédérale concernant le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme du 10 octobre 1997, RS 955.0.

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

7 Code civil du 10 décembre 1907, RS 210.

8 Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220.

9 Loi fédérale sur le contrôle du commerce des métaux précieux et des ouvrages en métaux précieux du 20 juin 1933, RS 941.31.

10 Rapport explicatif sur le projet soumis à consultation du 1<sup>er</sup> juin 2018, Modification de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme; <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/ejpd/aktuell/news/2018/2018-06-01/bericht-f.pdf>.

rendu public, avec un Message du Conseil fédéral du 26 juin 2019<sup>11</sup>. Nous ne commenterons dès lors pas l'avant-projet paru pendant l'année 2018 mais directement le projet (P-LBA), qui en diffère sur plusieurs points.

## 1. Les obligations imposées aux « conseillers »

Le point le plus controversé lors de la procédure de consultation fut l'introduction d'obligations à la charge des « *conseillers* », soit des personnes qui fournissent *certaines prestations en lien avec des sociétés de domicile ou des trusts*<sup>12</sup>. On se souviendra que les experts du GAFI, dans le contexte de diverses affaires médiatisées à l'exemple de celle des « *Panama papers* », s'étaient montrés sévères sur la maîtrise des risques liés aux activités offshore, notamment en ce qui concerne le rôle joué par les professions juridiques en lien avec les sociétés de domicile de leurs clients<sup>13</sup>.

*De lege lata*, les avocats et notaires ne tombent sous le coup de la LBA qu'à condition d'agir comme organe d'une société de domicile ou de pratiquer une autre activité d'intermédiation financière, soumise en vertu de l'art. 2 al. 3 LBA, par exemple la gestion de fortune. *De lege ferenda*, il est proposé de soumettre les conseillers fournissant des services aux sociétés de domicile<sup>14</sup> ou trusts (art. 2 al. 1 lit. c et 2, lit. a<sup>bis</sup> et g P-LBA) aux obligations d'identification, de clarification, de documentation et d'organisation découlant de la LBA (art. 8b et 8c P-LBA), comme l'exigent la recommandation 22 du GAFI et la directive anti-blanchiment européenne<sup>15</sup>. Ce standard est bien établi sur le plan supranational, puisque la deuxième directive européenne de 2001 et les recommandations du GAFI de 2003 déjà le préconisaient et que sa compatibilité avec les garanties individuelles a été admise tant par la Cour de Justice européenne (2007)<sup>16</sup> que par la Cour européenne des droits de l'homme (2012)<sup>17</sup>.

11 Projet de loi fédérale concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA), FF 2019 5341 et Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) du 26 juin 2019, FF 2019 5237.

12 Consultation relative à la modification de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (loi sur le blanchiment d'argent), Rapport de résultats du 26 juin 2019, p. 7 s.

13 GAFI, Rapport précité (n. 2), ch. 22, 26, 49, 104, 283, 416.

14 Pour les sociétés étrangères, l'AP ne se limitait pas aux sociétés de domicile (art. 2 al. 1 lit. c AP-LBA).

15 Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission, JO L 141 du 5.6.2015, p. 73 ss. Cf. aussi Message, FF 2019, p. 5251.

16 Arrêt de la Cour (grande chambre) du 26 juin 2007, dans l'affaire C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophone et al. c. Conseil des ministres. ECLI:EU:C:2007:383 (droit à un procès équitable).

17 Affaire Michaud c. France du 6 décembre 2012, requête no 12323/11 (droit au respect de la vie privée).

Contrairement à l'avant-projet, le projet actuel soumet les conseillers au devoir de communiquer leurs soupçons fondés (art. 9 al. 1<sup>er</sup> P-LBA), mais en limite la portée en excluant les avocats et notaires tenus au secret professionnel (art. 321 CP) ou qui n'effectuent pas de transaction financière au nom ou pour le compte d'un client (art. 9 al. 2 P-LBA). Tout comme c'est le cas actuellement des négociants (i.e. des commerçants acceptant des espèces pour plus de 100 000 francs), il n'est pas prévu d'assujettir les conseillers à une surveillance. Plus modestement, le projet entend leur imposer le devoir de mandater une entreprise de révision possédant les connaissances et l'expérience requise<sup>18</sup>, chargée de vérifier qu'ils respectent leurs obligations en vertu de la LBA (art. 15 al. 1 P-LBA). Ce rapport de révision est destiné à l'organe responsable du conseiller lui-même et non à une autorité ou un organisme externe. Toutefois, si le conseiller ne remplit pas son obligation de communiquer, l'entreprise de révision est tenue d'y pourvoir (art. 15 al. 6 P-LBA).

## 2. Le remaniement du système des communications

Le deuxième point qui mérite que l'on s'y arrête est un remaniement du système de communication des soupçons au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS). Depuis la dernière révision législative entrée en vigueur en 2016, le MROS dispose d'un délai de 20 jours pour traiter la communication et la transmettre, si cela paraît justifié, à la justice pénale pour l'ouverture d'une procédure, comparé à cinq jours auparavant. Au motif que même ce délai allongé serait difficile à tenir, le Conseil fédéral propose de supprimer toute échéance (art. 23 al. 5 P-LBA). En contrepartie, l'art. 9b P-LBA, régissant la rupture de la relation d'affaires, permet à l'intermédiaire financier de rompre la relation avec son client en préservant le *paper trail* si le MROS ne lui a pas notifié qu'il transmettait les informations à une autorité pénale dans un délai de 40 jours dès la communication. Cela, *nota bene*, sans révéler au client qu'une communication a été faite (art. 10a al. 1 LBA et art. 34 P-LBA). Ainsi, le MROS pourra dorénavant collecter des données sans obligation de prendre, dans un délai défini, une décision qui amènera au blocage des avoirs et à l'ouverture d'une procédure pénale, comme cela semble être le cas, par exemple, au Royaume-Uni. Tout cela est censé favoriser les communications et leur traitement, mais pose des problèmes sous l'angle de l'atteinte à la vie privée par la collecte secrète et incontrôlée de données<sup>19</sup>. Ici aussi, le lien avec les critiques formulées par les experts du GAFI, qui considéraient que le nombre des déclarations d'opérations suspectes était insuffisant au vu de l'importance de la place financière suisse<sup>20</sup>, est indéniable.

18 Les exigences dépassent donc ce qui est imposé aux négociants à l'art. 15 actuel, qui se contente d'un rapport de l'organe de révision ; les exigences rehaussées s'appliqueront aussi aux négociants.

19 Le client a toutefois la possibilité d'exercer son droit d'accès au sens de l'art. 8 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1) vis-à-vis du MROS (art. 34 al. 3 P-LBA).

20 Rapport GAFI, supra, n. 13, p. 4.

Contrairement à l'avant-projet, le projet renonce en revanche, fort heureusement, à la suppression du droit de communication découlant de l'art. 305<sup>ter</sup> al. 2 CP.

### 3. Modifications concernant la *Know your Customer*-Rule

Certaines modifications visent à répondre aux critiques des experts du GAFI qui ont pesé sur la note obtenue par la Suisse lors de l'évaluation mutuelle<sup>21</sup>. Ainsi, concernant l'identification de l'*ayant droit économique*, le projet inclut une clause exigeant explicitement la *vérification des informations* avec la diligence requise par les circonstances (art. 4 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase P-LBA). *De lege lata*, la vérification de la plausibilité des informations données par le client est exigée implicitement seulement. Le Message du Conseil fédéral ne se prononce pas de manière précise sur les mesures qui doivent être entreprises, notamment quant à savoir si une copie de la pièce d'identité est exigée, comme c'est le cas pour la vérification de l'identité du cocontractant.

L'introduction d'une obligation générale d'actualiser les données des clients (art. 7 al. 1<sup>bis</sup> P-LBA) s'inscrit dans la même volonté d'éliminer des lacunes formelles qui ont pesé « de manière substantielle sur la note attribuée par le GAFI »<sup>22</sup>. *De lege lata*, l'art. 5 LBA exige déjà un renouvellement de l'opération d'identification lorsque des doutes surviennent, et les intermédiaires financiers doivent déjà en pratique revoir périodiquement le profil risque de leur clientèle<sup>23</sup>. Sous l'angle matériel, il ne faut donc s'attendre qu'à un impact limité de l'introduction explicite d'une obligation générale d'actualisation.

### 4. La transparence des associations à risque accru (problématiques des « OBNL »)

Les associations, qui constituent un élément essentiel du tissu social suisse, bénéficient d'un régime juridique notoirement souple, tant qu'elles n'exercent pas d'activité commerciale. Pour donner suite à la recommandation 8 du GAFI, visant à mieux maîtriser les risques de financement du terrorisme et de blanchiment d'argent liés aux *organismes à but non lucratif* (OBNL), le projet propose de soumettre certaines associations à un régime permettant d'en améliorer la transparence. Est considérée comme représentant un risque accru toute association « qui, à titre principal, collecte ou distribue directement ou indirectement des fonds à l'étranger à des fins caritatives, religieuses, culturelles, éducatives ou sociales » (art. 61 al. 2, ch. 3 P-CC). Le projet propose de soumettre ces associations particulières à l'obligation de s'inscrire au registre du commerce (art. 61 P-CC) et à celle de tenir une comptabilité commerciale

21 Message, FF 2019, p. 5261.

22 Message, FF 2019, p. 5261 s.

23 Message, FF 2019, p. 5262.

qui en découle (art. 957 al. 2 ch. 2 CO). Elles devront en outre tenir une liste de leurs membres (nom et prénom ou raison sociale et adresse, art. 61a P-CC) et désigner un représentant domicilié en Suisse ayant accès à ladite liste (art. 69 al. 2 P-CC). L'inobservation de ces obligations est érigée en contravention passible de l'amende jusqu'à 10 000 francs par l'art. 327 P-CP.

## 5. Modifications en lien avec les métaux et pierres précieuses

En vertu de l'art. 8a LBA, les vendeurs d'objets mobiliers et immobiliers (négociants) sont soumis aux obligations de diligence et de communication s'ils reçoivent le prix de vente en espèces pour une somme supérieure à 100 000 francs (art. 8a LBA). Le projet propose d'abaisser ce seuil à 15 000 francs pour les négociants en métaux précieux et en pierres précieuses, afin de s'aligner sur la recommandation 22 du GAFI (art. 8a al. 4<sup>bis</sup> P-LBA). Suite aux prises de position de la branche dans la procédure de consultation, le commerce des métaux précieux et des pierres précieuses typiquement destinés à être vendus à des clients finaux (p.ex. par un bijoutier) restera soumis au seuil de 100 000 francs<sup>24</sup>.

Par ailleurs, le projet propose un mécanisme de contrôle de l'achat de métaux précieux usagés pour la fonte, activité qui n'est actuellement soumise à aucune restriction. Les personnes qui exercent cette activité par métier auront l'obligation de s'assurer de la provenance de la marchandise et de la documenter (art. 31a al. 1 P-LCMP). Par ailleurs, elles seront tenues de s'enregistrer auprès du bureau central du contrôle des métaux précieux de l'Administration fédérale des douanes si elles sont inscrites au registre du commerce et d'obtenir une patente si ce n'est pas le cas (art. 31a al. 2 et 3 P-LCMP). Les tâches de surveillance du commerce des métaux précieux incombant au bureau central sont élargies à la lutte contre le blanchiment (art. 36 P-LCMP). Enfin, le bureau central deviendra la nouvelle autorité de surveillance LBA pour les essayeurs du commerce, qui déterminent le titrage des produits de la fonte (art. 42<sup>bis</sup> et 42<sup>ter</sup> P-LCMP).

Ici encore, de nouvelles infractions pénales sont proposées : il s'agit d'une série de délits et de contraventions soumis au droit pénal administratif (art. 56a–56i P-LCMP).

<sup>24</sup> Message, FF 2019, p. 5259.

## B. La mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (actions au porteur)

Les actions au porteur, permettant de détenir une participation dans une société anonyme sans être nommé dans le registre des actionnaires, sont dans le collimateur non seulement du GAFI, qui les considère comme un facteur de risque de blanchiment et de financement du terrorisme qu'il convient d'endiguer<sup>25</sup>, mais aussi du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, qui les considère comme un obstacle à la coopération internationale en matière fiscale.

La révision législative adoptée le 12 décembre 2014 dans la perspective de l'évaluation mutuelle conduite par les experts du GAFI a étendu la notion d'ayant droit économique aux personnes qui contrôlent les sociétés opérationnelles non cotées en bourse (art. 2a al. 3 LBA). Est notamment réputée contrôler la société la personne qui, seule ou de concert avec des tiers, détient au moins 25% du capital-social ou des voix. Les acquéreurs d'actions au porteur d'une société non cotée en bourse ont l'obligation de s'annoncer à la société concernée dans le délai d'un mois (art. 697i CO). Par ailleurs, l'acquéreur de titres qui atteint le seuil de 25% doit annoncer à la société, dans le même délai, le nom, prénom et adresse de l'ayant droit économique (art. 697j al. 1 CO).

Cette mesure a été qualifiée d'insuffisante par le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales dans son rapport d'examen de phase 2 de la Suisse le 26 juillet 2016<sup>26</sup>. Le processus législatif mené dans le but d'améliorer la note de la Suisse à temps pour le prochain examen par les pairs dans ce cadre a été mené tambours battants : après un avant-projet envoyé en consultation le 17 janvier 2018 et un projet du Conseil fédéral du 21 novembre 2018<sup>27</sup>, le parlement vient d'adopter la loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales du 21 juin 2019<sup>28</sup>.

La principale innovation est *que les actions au porteur sont en principe interdites*, sauf si la société a des titres de participation cotés en bourse, ou si elles sont émises sous forme de titres intermédiés déposés auprès d'un dépositaire en Suisse désigné par la société (art. 622 al. 1<sup>bis</sup> CO révisé). Ces deux exceptions sont admises au motif que la transparence des sociétés est alors suffisamment assurée grâce aux obligations d'an-

25 Recommandations du GAFI, février 2012, Recommandation 24.

26 Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, Rapport d'examen de phase 2 de la Suisse, ch. 150 et Message, FF 2019 277, p. 292.

27 Message du 21 novembre 2018 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial relatives à la transparence des personnes morales et à l'échange de renseignements émises dans le rapport de phase 2 de la Suisse, FF 2019 277.

28 Message, FF 2019 4313 ; le délai référendaire court jusqu'au 10 octobre 2019.

noncer inscrites aux art. 120 ss LIMF<sup>29</sup> pour les titres cotés en bourse et du fait que les renseignements relatifs aux ayants droit économiques des titres intermédiés peuvent être obtenus auprès du dépositaire désigné par la société conformément à l'art. 697j al. 5 CO révisé<sup>30</sup>.

Point controversé, les Chambres fédérales ont finalement suivi le Conseil fédéral et renoncé à introduire une clause de « *Grandfathering* », qui aurait permis de maintenir les titres au porteur déjà émis. En vertu des dispositions transitoires adoptées, les actions au porteur non autorisées seront converties en actions nominatives dans les 18 mois dès l'entrée en vigueur de la nouvelle<sup>31</sup>.

Les dispositions issues de la révision de 2014 subissent des précisions, à l'instar de l'art. 697j al. 2 CO révisé, régissant les participations indirectes, soit les situations dans lesquelles 25% des actions ou voix d'une société sont détenues par une personne morale ou une société de personnes. La personne physique qui doit être annoncée comme l'ayant droit économique sera dorénavant déterminée par une application par analogie de l'art. 963 al. 2 CO définissant le contrôle entre entreprises. S'il n'y a pas d'ayant droit économique, l'actionnaire est tenu d'en informer la société.

Enfin, deux nouvelles dispositions pénales sont créées, réprimant la violation des obligations d'annoncer l'ayant droit économique des actions ou des parts sociales (art. 327 CP) et la violation des obligations du droit des sociétés sur la tenue de listes et registres (art. 327a CP). Il s'agit de simples contraventions soumises au code pénal, passibles d'une amende maximale de 10 000 francs (art. 106 CP) et pour lesquelles la responsabilité pénale de l'entreprise n'est pas prévue (art. 105 al. 1 CP).

### C. La mise en œuvre de la Convention sur la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel

Le 14 septembre 2018, le Conseil fédéral a transmis aux Chambres son projet d'« arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé »<sup>32</sup>. Les modifications du droit suisse proposées reprennent très largement celles de l'avant-projet envoyé en consultation le 21 juin 2017, déjà commentées dans notre

29 Loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés du 19 juin 2015, RS 958.1. Toutefois, le devoir d'annonce suppose un seuil de participation de 3%; Message, FF 2019 277, p. 311.

30 Message, FF 2019 277, p. 311.

31 Art. 4 dispositions transitoires de la modification du 21 juin 2019, FF 2019 4316.

32 FF 2018 6557 ss; Message relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé, FF 2018 6469, Curia Vista no. 18.071.

chronique de l'année précédente<sup>33</sup>. Font exception à cet égard les propositions concernant la coopération internationale, en particulier la *transmission anticipée d'informations et de moyens de preuve* et les *équipes communes d'enquête*, qui ont été étoffées et remaniées. Elles seront commentées dans la partie de cette chronique consacrée à l'entraide internationale en matière pénale<sup>34</sup>.

Nous ne reviendrons pas sur nos critiques de fond des modifications du droit matériel sous l'angle du principe de la proportionnalité, notamment concernant l'élargissement du soutien à l'organisation criminelle ou terroriste (art. 260<sup>ter</sup> CP) à l'activité licite de celle-ci, allant de pair, pour les organisations terroristes, avec une augmentation de la peine menacée à dix ans. On relèvera tout de même que le projet de révision de l'art. 260<sup>ter</sup> CP propose d'augmenter la *peine plancher* pour la nouvelle catégorie d'auteurs que sont les *membres qui exercent une influence déterminante* au sein de l'organisation criminelle ou terroriste, qui passe de la peine privative de liberté d'un an dans l'avant-projet à trois ans, le maximum étant de 20 ans. Il convient de rappeler qu'il suffit de trois personnes pour former une organisation au sens de l'art. 260<sup>ter</sup> CP et que le but de cette dernière peut se limiter à s'enrichir au moyen de crimes, à l'instar du vol, de l'escroquerie, du trafic de stupéfiants, etc. La modification proposée risque ainsi d'aggraver exagérément la peine encourue par de petits chefs qui n'ont rien à voir avec le terrorisme international. Fort heureusement, le Conseil fédéral a résisté à la demande formulée par la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police et renoncé à exiger, lorsque la participation ou le soutien s'épuise dans une infraction concrète, que l'art. 260<sup>ter</sup> CP entre en concours parfait avec cette dernière<sup>35</sup>.

L'examen de ce projet a été suspendu en janvier 2019 par la commission de la politique de sécurité du Conseil des Etats<sup>36</sup>, afin qu'il soit traité en automne, avec le projet de loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme (MPT)<sup>37</sup>. Ce projet de loi à vocation préventive propose d'identifier des « *terroristes potentiels* », afin de les soumettre à un train de mesures extrêmement incisives, telles que l'interdiction de quitter le territoire avec mise sous séquestre du passeport, l'interdiction de contact, l'interdiction géographique et l'assignation à une propriété, la localisation des téléphones portables ou le port de bracelets électroniques.

33 URSULA CASSANI, SABINE GLESS, MARIA LUDWICZAK GLASSEY, CHRISTIAN SAGER & THOMAS WAHL, « Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2017)/Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2017) », 28 *Swiss Rev. Int'l & Eur. L.* (2018), 337–369, 342 ss.

34 *Infra*, Sect. II.A.1.

35 Message, FF 2018 6469, p. 6517 ss.

36 Communiqué de presse de la commission de la politique de sécurité du Conseil des Etats du 11.01.2019.

37 A l'heure où nous achevons cette chronique, le projet vient de paraître (FF 2019 4639), avec le Message concernant la loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme du 22 mai 2019 (FF 2019 4541). L'avant-projet a été envoyé en procédure de consultation le 8 décembre 2017.

## D. La ratification de la Convention de Macolin (manipulations sportives)

Adoptée par les Chambres fédérales le 14 décembre 2018, la ratification de la Convention sur la manipulation de compétitions sportives du Conseil de l'Europe conclue à Macolin le 18 septembre 2014 (Convention de Macolin)<sup>38</sup> a fait l'objet d'un Message du Conseil fédéral le 31 janvier 2018<sup>39</sup>. Cet instrument du Conseil de l'Europe entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2019, y compris pour la Suisse, qui a joué un rôle de « *early mover* »<sup>40</sup> en le ratifiant le 16 mai 2019.

Selon son art. 1<sup>er</sup>, la Convention de Macolin vise à « prévenir, détecter et sanctionner » la manipulation de compétitions sportives et à promouvoir la coopération nationale et internationale, non seulement entre les autorités publiques concernées, mais aussi avec les organisations sportives et les opérateurs de paris sportifs.

La manipulation de compétitions sportives, liée ou non à un pari<sup>41</sup>, doit être érigée en infraction pénale (art. 15 Convention de Macolin). Lorsque cette infraction génère des profits, le blanchiment de ces derniers doit être réprimé (art. 16 Convention de Macolin). La Suisse avait anticipé sur la ratification de cette convention dans le cadre de la révision de la loi sur les jeux d'argent<sup>42</sup>, en insérant, dans la LESP<sup>43</sup>, des dispositions réprimant la manipulation sportive dans le cadre d'une compétition sportive pour laquelle des paris sont proposés (art. 25a LESP)<sup>44</sup> et régissant la procédure (art. 25b LESP) et la transmission d'informations (art. 25c LESP). Lorsque la manipulation concerne une compétition pour laquelle aucun pari n'est proposé, la corruption privée réprimée aux art. 322<sup>octies</sup> et 322<sup>novies</sup> CP peut également entrer en considération. A noter que l'art. 25a al. 3 LESP érige la manipulation aggravée (bande, commission systématique de l'infraction ou métier produisant un chiffre d'affaires ou un gain important) en crime, de sorte qu'il s'agit d'une infraction donnant lieu au blanchiment d'argent (art. 305<sup>bis</sup> CP), ce qui n'est pas le cas de la corruption privée.

L'art. 18 Convention de Macolin oblige les Parties à introduire la responsabilité pénale, civile ou administrative des personnes morales selon le *modèle dit d'identifi-*

38 STCE n°215.

39 Message du 31 janvier 2018 portant approbation de la convention du Conseil de l'Europe sur la manipulation de compétitions sportives, FF 2018 989.

40 BO CN 2018 1238 (Wasserfallen).

41 Message, FF 2018 989, p. 994.

42 Loi fédérale sur les jeux d'argent (LJAr) du 29 septembre 2017, RS 935.51, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2019.

43 Loi fédérale sur l'encouragement du sport et de l'activité physique du 17 juin 2011, RS 415.0.

44 Pour une analyse, cf. PHILIPPE VLADIMIR BOSS, Manipulation de compétitions sportives (match fixing) : aspects pénaux de la nouvelle Loi fédérale sur les jeux d'argent, forumpoenale 2019, p. 52 ss; MIRIAM MAZOU & FABIO BURGNER, Manipulations des compétitions sportives, plaidoyer 3/19 p. 36 ss.

*cation* (responsabilité pour les organes et dirigeants) qui est habituellement consacré dans les conventions du Conseil de l'Europe. En droit suisse, la responsabilité de l'entreprise est régie par l'art. 102 CP, qui ne répond pas à ces critères.

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

### A. Actualité législative

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

Dans le cadre du projet accompagnant la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel du 22 octobre 2015<sup>45</sup>, le Conseil fédéral propose de modifier l'EIMP à deux titres<sup>46</sup>. D'une part, par le biais d'un nouvel art. 80a<sup>bis</sup>, l'autorité d'exécution d'une demande d'entraide pourrait, exceptionnellement, transmettre des informations et des moyens de preuve aux autorités pénales requérantes avant que la personne concernée ne soit informée. Cette proposition de modification législative fait suite à l'ATF 143 IV 186<sup>47</sup> dans lequel le TF constatait qu'il était impossible pour la Suisse d'informer l'Etat étranger du résultat d'écoutes téléphoniques sans rendre une décision de clôture et, ce faisant, en informer la personne sur écoute. L'art. 80a<sup>bis</sup> P-EIMP ne s'appliquera pas uniquement en cas de soupçon d'infraction terroriste, mais plus généralement afin de prévenir tout « danger grave et imminent » (art. 80a<sup>bis</sup> al. 1 let. b P-EIMP) ou encore lorsque les enquêtes étrangères seraient excessivement difficiles sans cette mesure, notamment en cas de risque de collusion ou parce que la confidentialité de l'entraide doit être préservée (art. 80a<sup>bis</sup> al. 1 let. a P-EIMP). L'infraction envisagée doit pouvoir donner lieu à extradition (art. 80a<sup>bis</sup> al. 2 P-EIMP), donc être passible d'une peine menacée d'au moins un an de privation de liberté (art. 35 al. 1 let. a EIMP). L'autorité étrangère doit s'engager notamment à n'utiliser les pièces qu'aux fins d'investigations et non pour requérir, motiver ou prononcer une décision finale (art. 80a<sup>bis</sup> al. 4 P-EIMP). L'avant-projet soumis à la consultation en juin 2017 avait soulevé un certain nombre de critiques, en particulier à propos de l'absence

45 Voir supra, n. 32.

46 Projet d'Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé, FF 2018 6557, 6564 ss et Message y relatif du 14 septembre 2018, FF 2018 6469, 6526 ss.

47 Voir URSULA CASSANI, SÉVANE GARIBIAN, SABINE GLESS, CHRISTIAN SAGER & THOMAS WAHL, « Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international/Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2016) », 27 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (2017), 415–446, 426–427.

d'information préalable de la personne concernée par la transmission et le risque de remettre en cause le système de l'EIMP si l'exception devenait la règle<sup>48</sup>.

D'autre part, le projet du Conseil fédéral prévoit l'insertion de nouveaux art. 80<sup>d<sup>ter</sup></sup> à 80<sup>d<sup>duodecies</sup></sup> P-EIMP portant sur une forme particulière d'entraide jusque-là inconnue de l'EIMP mais prévue par l'art. 20 du deuxième Protocole additionnel à la CEEJ<sup>49</sup>, à savoir l'équipe commune d'enquête. Il s'agit de permettre aux magistrats de plusieurs Etats d'enquêter de manière coordonnée sur des faits complexes et impliquant une mobilisation de moyens importante (art. 80<sup>d<sup>ter</sup></sup> al. 1 et 2 P-EIMP). Les membres de l'équipe auront en principe accès aux pièces, informations et moyens de preuve recueillis (art. 80<sup>d<sup>septies</sup></sup> P-EIMP) et la transmission anticipée sera possible en application de l'art. 80<sup>d<sup>bis</sup></sup> P-EIMP décrit ci-dessus (art. 80<sup>d<sup>octies</sup></sup> P-EIMP).

## 2. Transfèrement des personnes condamnées

Les ressortissants étrangers faisant l'objet, en Suisse, d'une procédure pénale ou d'un jugement peuvent se soustraire à la justice en se rendant dans leur Etat d'origine qui, par hypothèse, n'accorderait pas leur extradition. En effet, le système mis en place par la Convention du Conseil de l'Europe sur le transfèrement des personnes condamnées<sup>50</sup> (CTPC) et son Protocole additionnel<sup>51</sup> (PA CTPC) ne permet pas l'exécution du jugement s'il n'était pas définitif et exécutoire au moment où la personne a quitté le territoire de l'Etat de condamnation. Ce cas de figure s'est présenté dans la très médiatisée affaire Laurent Ségalat<sup>52</sup>. L'amendement vise à modifier le PA CTPC en y ajoutant l'alternative selon laquelle la personne quitte le territoire de l'Etat de condamnation en ayant connaissance de la procédure pénale instruite à son encontre. Le Conseil fédéral a adopté le message relatif à cet amendement en mai 2018. L'amendement entrera en vigueur une fois que tous les Etats parties au PA CTPC l'auront ratifié. Il faut rappeler que le système mis en place par la Convention ne rend pas l'acceptation du transfèrement obligatoire pour les Etats parties, qui doivent s'entendre au cas par cas. Ce principe ne sera pas modifié par l'amendement en cours.

48 OFJ, Approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé, Synthèse des résultats de la consultation, avril 2018, disponible sur <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/terrorismus-europarat/ve-ber-f.pdf>> (consulté le 21 juin 2019).

49 Convention européenne d'entraide judiciaire du 20 avril 1959, RS 0.351.1.

50 RS 0.343.

51 RS 0.343.1.

52 OFJ, Rapport d'activité 2015. Entraide judiciaire internationale, juin 2016, 19. Voir aussi la motion Olivier Feller (15.3510) déposée le 1<sup>er</sup> juin 2015 devant le Conseil national.

### 3. Entraide avec divers organismes internationaux

En l'état actuel du droit, la Suisse peut coopérer avec la CPI et les tribunaux pénaux internationaux sur la base de textes spécifiques<sup>53</sup>. Faute de base légale, l'entraide a par contre dû être refusée au Tribunal spécial pour le Liban et ne peut pas être accordée par exemple au Mécanisme international, impartial et indépendant appelé à enquêter sur les crimes les plus graves commis en Syrie<sup>54</sup>. Courant 2018, le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet portant sur l'introduction de deux alinéas (3<sup>bis</sup> et 3<sup>ter</sup>) à l'art. 1 EIMP. Il vise à étendre le champ de l'EIMP à l'entraide avec les institutions pénales internationales, telles que les tribunaux internationaux et d'autres institutions pénales interétatiques ou supranationales exerçant des fonctions pénales, de poursuite, d'instruction ou d'enquête et qui poursuivent des génocides, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre (art. 1 al. 3<sup>bis</sup> let. a AP-EIMP). L'entraide sera également possible avec les institutions pénales poursuivant d'autres infractions, comme le Tribunal spécial pour le Liban, dans la mesure où ces institutions ont été créées en vertu d'une résolution des Nations Unies contraignante pour la Suisse ou soutenue par elle (art. 1 al. 3<sup>bis</sup> let. b AP-EIMP). Le Conseil fédéral pourra étendre l'entraide à d'autres institutions pénales internationales si celle-ci ont été constituées sur une base juridique claire, que leurs procédures garantissent le respect des principes de l'Etat de droit et que la coopération contribue à la sauvegarde des intérêts de la Suisse (art. 1 al. 3<sup>ter</sup> AP-EIMP). Se posera alors notamment la question de savoir si le Parquet européen pourra être couvert par cette disposition<sup>55</sup>.

### 4. Compétence des tribunaux des mesures de contrainte ; mise sous scellés

La révision en cours du CPP aura un impact sur le droit de l'entraide. L'avant-projet, en consultation jusqu'en mars 2018, prévoit en effet notamment l'insertion d'un nouvel article 55a octroyant au tribunal des mesures de contrainte (TMC) une compétence en matière d'entraide active : le TMC sera chargé d'approuver les mesures de contrainte sollicitées par la Suisse par le biais de l'entraide lorsque le droit suisse le prévoit (art. 55a let. a AP-CPP) ou lorsqu'une telle approbation est requise par le droit de l'Etat requis (art. 55a let. b AP-CPP).

Par ailleurs, le Conseil fédéral entend modifier l'art. 9 EIMP en ce sens que la mise sous scellés ne pourra être demandée dans le cadre de l'entraide que lorsque des

53 Pour la CPI : sur la base du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, RS 0.312.1 et de Loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale du 22 juin 2001, RS 351.6. Pour les tribunaux pénaux internationaux : sur la base des statuts desdits tribunaux et de la Loi fédérale relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire du 21 décembre 1995, RS 351.20.

54 Voir infra, Sect. III.B.

55 A propos de l'entraide entre le Parquet européen et la Suisse, voir CASSANI ET AL., supra, n. 33, 368 s.

personnes participant à la procédure pénale à l'étranger assistent à l'exécution des actes en Suisse ou consultent le dossier de la procédure d'entraide (art. 65a EIMP; art. 9 al. 2 let. a AP-EIMP) ou encore lorsqu'une procédure pénale est conduite en parallèle en Suisse dans le même complexe de faits (art. 9 al. 2 let. a AP-EIMP).

## 5. Infractions en matière fiscale

En août 2018, le Conseil fédéral a renoncé à étendre la portée de l'EIMP concernant l'entraide en matière d'infractions fiscales. Le but initial<sup>56</sup> avait été d'aligner l'entraide en matière pénale sur les règles applicables en matière d'assistance administrative et permettre l'entraide en cas de soustraction fiscale. Toutefois, à la suite de la renonciation à la révision du droit pénal en matière fiscale, une extension de l'entraide aurait désavantagé les autorités fiscales suisses par rapport aux autorités étrangères<sup>57</sup>.

## B. Actualité judiciaire

### 1. Quelques chiffres

5362 cas d'entraide (au sens large, demandes entrantes et sortantes confondues) ont été traités en 2018 par les autorités suisses. 80% étaient des cas d'entraide au sens strict (4315 cas), 11% des extraditions (602 cas), 7 % des délégations de la poursuite (360 cas) et 2% des délégations de l'exécution de la décision pénale (85 cas), dont 74 transfèrements de personnes condamnées<sup>58</sup>.

Dans l'ensemble, les chiffres sont stables par rapport à l'année 2017. Trois points méritent toutefois d'être relevés. Tout d'abord, la Suisse fait un usage de plus en plus important de l'art. 67a EIMP (transmission spontanée à l'étranger de moyens de preuve et d'informations): leur nombre a doublé depuis 2014 (88 cas en 2014 contre 164 cas en 2018). Les transmissions spontanées à la Suisse sont en revanche stables et quasi inexistantes (1 seul cas en 2018). Ensuite, la Suisse a délégué bien plus de procédures pénales à l'étranger qu'en 2017 (225 cas en 2018 contre 153 en 2017). Finalement, les cas d'entraide au sens strict avec la CPI sont en augmentation (10 cas en 2018 contre 4 en 2017).

56 DFJP, Extension de l'entraide judiciaire en matière pénale, Rapport explicatif relatif à l'avant-projet, juin 2012, 6.

57 Conseil fédéral, Pas d'extension de l'entraide judiciaire en matière fiscale, Communiqué aux médias, 29 août 2018.

58 Ces calculs sont basés sur les chiffres fournis par l'OFJ, Rapport d'activité 2018, Entraide judiciaire internationale, mai 2019, 28 s.

Le TPF a rendu 235 décisions en matière d'entraide en 2018<sup>59</sup>. 6 décisions ont été publiées au Recueil officiel<sup>60</sup>. Le TF a, quant à lui, rendu 82 arrêts en entraide en 2018<sup>61</sup>. Un seul, traitant de l'entraide au sens strict et plus particulièrement de la remise aux fins de confiscation (art. 74a EIMP), est publié aux ATF<sup>62</sup>.

## 2. Extradition

### a) Détention extraditionnelle

Dans une affaire d'extradition aux Etats-Unis d'Amérique, l'OFJ avait décerné un mandat d'arrêt (art. 47 al. 1 EIMP) alors que le délai de trois jours à compter de l'arrestation (art. 46 al. 2 EIMP) était échu. Le TPF a précisé que le dépassement du délai en question n'avait pas d'incidence sur la licéité de la détention extraditionnelle puisqu'une réincarcération pouvait être ordonnée en tout temps<sup>63</sup> (art. 51 al. 2 EIMP). Le délai de l'art. 46 al. 2 EIMP doit ainsi être considéré comme un délai d'ordre.

Dans le cadre d'un recours contre un mandat d'arrêt en vue d'une extradition (art. 48 al. 2 EIMP) au Portugal, le TPF a rappelé que la détention extraditionnelle est la règle, la libération étant soumise à des conditions strictes dont la réalisation doit être analysée *in concreto* et de manière rigoureuse afin d'éviter la fuite de l'extradable. De jurisprudence constante, parmi les critères dont il faut tenir compte, l'on trouve notamment la gravité de la peine envisagée ou prononcée dans l'Etat requérant, les attaches de la personne avec la Suisse et les mesures de substitution à la détention qui peuvent être envisagées. Le TPF a estimé à ce propos qu'une peine privative de liberté de quatre ans doit être considérée comme lourde, qu'un séjour de dix ans en Suisse n'est pas suffisamment long pour admettre « un ancrage solide voire définitif » et que le dépôt d'une caution de CHF 20 000 n'est pas suffisant malgré le fait que la personne ne disposait que de « moyens relativement modestes »<sup>64</sup>.

### b) Décision d'extradition

#### *i. Absence de déclaration de recours (art. 56 al. 1 let. b EIMP)*

Dans un cas d'extradition au Portugal, après avoir notifié la décision d'extradition, l'OFJ avait informé le mandataire de l'extradable qu'il constatait l'absence de déclaration de recours dans le délai de cinq jours prévu à l'art. 56 al. 1 let. b EIMP et allait

59 Rapport OFJ 2018, supra, n. 58, p. 29. Les chiffres publiés par le TPF (Rapport de gestion 2018, janvier 2019, 49) font état du nombre de causes traitées et non du nombre de décisions rendues.

60 TPF 2018 27; TPF 2018 43; TPF 2018 127; TPF 2018 130; TPF 2018 143; TPF 2018 158.

61 Rapport OFJ 2018, supra, n. 58, p. 29.

62 ATF 145 IV 99. A propos de cet arrêt, voir aussi infra, Sect. B.5.c).

63 TPF RH.2018.11 du 18 juillet 2018, c. 5.2.

64 TPF RH.2018.6 du 18 mai 2018, c. 2.1.3 et c. 2.2.4. Le recours déposé au TF a été déclaré irrecevable (TF 1C\_269/2018 du 5 juin 2018).

procéder à l'extradition. Le jour même, le mandataire aurait rédigé un recours mais il l'avait posté – à l'attention du TPF – seulement cinq jours après. L'OFJ l'avait reçu cinq jours plus tard encore, soit le jour même de la remise de la personne aux autorités portugaises. Le recours est finalement parvenu au TPF le lendemain de la remise. Le TPF a constaté que le recours lui était parvenu alors que l'extradition avait été exécutée et qu'aucune déclaration de recours n'avait été faite dans le délai de l'art. 56 al. 1 let. b EIMP, partant le recours était devenu sans objet<sup>65</sup>.

*ii. Prescription de l'action pénale ou de la peine*

D'après l'art. 10 CEEextr, il y a lieu de tenir compte du droit tant de l'Etat requis que de l'Etat requérant. En application du principe de faveur, l'art. 5 al. 1 let. c EIMP prime sur l'art. 10 CEEextr en tant qu'il n'impose de tenir compte que du droit suisse. L'acquisition de la prescription doit être analysée au moment où l'autorité suisse d'exécution prend les mesures de contrainte. En l'absence de telle mesure, en particulier lorsque l'extraditable n'a pas été en détention extraditionnelle, le moment pertinent est celui de la décision d'extradition. La prescription doit s'examiner d'après le droit suisse en vigueur au moment de la décision d'extradition, sous réserve du principe de la *lex mitior* (art. 389 al. 1 CP). De plus, pour le calcul du délai de prescription, l'autorité suisse peut tenir compte des formes aggravées pour autant qu'une telle qualification ressorte des éléments de fait décrits dans la demande<sup>66</sup>.

*iii. Fourniture de garanties politiques par le Kosovo*

Le TPF a confirmé sa pratique, conséquence d'un rapport rendu par le Comité européen de prévention de la torture le 8 septembre 2016, consistant à exiger la fourniture de garanties diplomatiques de la part du Kosovo. Cette pratique valait déjà en matière d'extradition aux fins de poursuite<sup>67</sup> et est désormais étendue à l'extradition aux fins d'exécution de la peine<sup>68</sup>.

*iv. Situation des droits de l'homme en Pologne*

Dans un cas d'extradition aux fins d'exécution de la peine, le TPF<sup>69</sup> mentionne – mais considère que le recours était insuffisamment motivé sur ce point – l'arrêt de la

<sup>65</sup> TPF RR.2017.242 du 15 janvier 2018, c. 3.1–3.4.

<sup>66</sup> TPF RR.2018.100 du 14 août 2018, c. 3.1–3.3. Le recours déposé au TF a été déclaré irrecevable (TF 1C\_404/2018 du 30 août 2018).

<sup>67</sup> TPF RR.2017.278 du 21 décembre 2017 c. 6.2 et TPF RR.2017.264 du 22 décembre 2017, c. 6.2. Les recours déposés au TF contre ces arrêts ont été déclarés irrecevables (TF 1C\_6/2018 et TF 1C\_10/2018 tous deux du 12 février 2018).

<sup>68</sup> TPF RR.2017.336 du 15 février 2018, c. 8. Le recours déposé au TF a été déclaré irrecevable (TF 1C\_99/2018 du 27 mars 2018).

<sup>69</sup> TPF RR.2018.235 du 4 octobre 2018, c. 5.

CJUE du 25 juillet 2018<sup>70</sup> invoqué par le recourant. Pour mémoire, cet arrêt de la CJUE marque une étape importante dans l'évolution du mandat d'arrêt européen. Saisie sur renvoi préjudiciel, la CJUE a décidé qu'un Etat membre appelé à exécuter un mandat d'arrêt européen – ici l'Irlande – devait s'abstenir d'y donner suite s'il estimait que la personne concernée risquait de subir une violation de son droit fondamental à un tribunal indépendant, et donc à un procès équitable, du fait de défaillances susceptibles d'affecter l'indépendance du pouvoir judiciaire dans l'Etat membre d'émission – ici la Pologne. Cet arrêt a été rendu dans le contexte politique particulier que connaît la Pologne ces dernières années, une procédure d'infraction (art. 7 TUE) concernant la loi sur la Cour suprême polonaise étant en particulier en cours.

### 3. Transfèrement de personnes condamnées

Dans un arrêt concernant le transfèrement d'un ressortissant kosovar condamné à une peine privative de liberté de 42 mois notamment pour contraintes sexuelles, viols et délits à la loi fédérale sur les étrangers, le TPF a indiqué que la jurisprudence relative à l'art. 8 CEDH (respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance) développée en matière d'extradition s'appliquait par analogie au transfèrement de personnes condamnées. Tel est le cas puisque cette forme d'entraide a les mêmes effets concrets sur la vie privée et familiale de la personne qu'une extradition<sup>71</sup>. D'après cette jurisprudence, l'art. 8 CEDH ne donne pas le droit de ne pas être remis à l'Etat étranger. Toutefois, une extradition peut, dans certaines circonstances qui doivent rester très exceptionnelles, conduire à une violation de l'art. 8 CEDH si elle a pour conséquence de détruire les liens familiaux.

### 4. Entraide au sens strict demandée par la Suisse

#### a) Réciprocité et délit politique

Lorsque l'OFJ refuse de présenter une demande d'entraide à une autorité étrangère, l'autorité pénale suisse qui la sollicitait a la qualité pour recourir devant le TPF (art. 25 al. 3 *in fine* EIMP). Dans le cadre d'une procédure conduite en Suisse du chef d'espionnage et service de renseignements politiques (art. 272 CP), le MPC souhaitait obtenir l'aide du Royaume-Uni. L'OFJ a tout d'abord présenté ladite demande, puis l'a retirée. D'après le TPF agissant sur recours du MPC, dans la constellation inverse, les faits seraient constitutifs de délit politique au sens de l'art. 3 EIMP et, partant, la demande aurait été irrecevable. Ainsi, en application du principe de la ré-

70 CJUE C-216/18 PPU du 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality/LM*.

71 TPF RR.2018.138 du 25 juin 2018, c. 4.2.3.

ciprocité d'après lequel les autorités suisses ne peuvent adresser à un Etat étranger une demande à laquelle elles ne pourraient donner suite (art. 30 al. 1 EIMP), le TPF a confirmé la décision de refus de l'OFJ<sup>72</sup>.

#### b) Entraide sauvage

Le TPF a rappelé les règles en matière de recours par la personne concernée par la demande contre une demande d'entraide active. Celui-ci est en principe fermé (art. 25 al. 2 et 2<sup>bis</sup> EIMP *a contrario*) sauf dans deux constellations d'entraide dite « sauvage » (« *wilde Rechtshilfe* »), à savoir, d'une part, lorsque la demande d'entraide contient des documents utiles pour la procédure pénale conduite dans l'Etat étranger et pour lesquels il aurait dû présenter une demande d'entraide et, d'autre part, lorsque la demande suisse contient les pièces demandées par l'autorité étrangère et revient de fait à contourner la procédure d'entraide passive. La demande suisse est alors assimilée à une décision de clôture et un recours est ouvert au sens des art. 80e al. 1 et 25 al. 1 EIMP. Une attention particulière des autorités suisses est attendue lorsqu'elles présentent une demande d'entraide, l'exposé des faits contenu dans la demande devant se limiter à ce qui est nécessaire pour sa compréhension et son exécution. Cela est d'autant plus vrai que les autorités suisses ne peuvent assortir leurs demandes actives de l'exigence du respect du principe de la spécialité<sup>73</sup>. Dans le cas d'espèce, l'OFJ, autorité de surveillance en matière d'entraide, avait examiné puis transmis à l'Etat étranger la demande d'entraide émanant du MPC. Il devait ainsi être présumé que celle-ci ne contenait pas d'éléments relevant de l'entraide sauvage<sup>74</sup>.

### 5. Entraide au sens strict sur demande étrangère

#### a) Surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (art. 18a EIMP)

Dans une procédure ouverte contre des prévenus connus du « banditisme marseillais », la France a sollicité l'entraide de la Suisse notamment pour placer sous surveillance plusieurs lignes téléphoniques. La surveillance en temps réel et rétroactive a été autorisée par le TMC et cette décision a été communiquée à l'intéressé. Suite au recours de ce dernier, le TPF a précisé qu'une telle décision doit être qualifiée d'incidente, emportant application de l'art. 80e al. 2 EIMP. La mise sur écoute ne fait manifestement pas partie des décisions pour lesquelles un recours est ouvert à la lecture de cette disposition (saisie d'objets ou de valeurs, let. a, et présence de personnes qui parti-

72 TPF RR.2018.173 du 23 octobre 2018, c. 2.2–2.3 et 2.5. La même solution avait été retenue dans un arrêt similaire concernant une demande d'entraide à la France, TPF RR.2017.189 du 24 janvier 2018, c. 3.

73 TPF RR.2017.330 du 6 février 2018, c. 3.2–3.3.

74 TPF RR.2017.330 du 6 février 2018, c. 4.1.

cipent à la procédure à l'étranger, let. b)<sup>75</sup>. Dans une jurisprudence précédente, le TPF avait toutefois déclaré exceptionnellement recevable un recours contre une mise sur écoute. Le cas était particulier en ce sens qu'une transmission immédiate des résultats des écoutes était ordonnée, la décision causant ainsi un préjudice immédiat et irréparable à l'intéressé<sup>76</sup>. Tel n'étant pas le cas dans l'affaire de 2018, le TPF n'est pas entré en matière sur le recours<sup>77</sup>.

b) Remise de moyens de preuve (art. 74 EIMP)

i. *Principe de la spécialité et commission d'enquête parlementaire*

Le principe de la spécialité (art. 67 EIMP) limite l'utilisation que peut faire l'Etat requérant des pièces qui lui sont transmises. Dans un cas d'entraide avec l'Autriche en lien avec l'affaire « Eurofighter », le TPF a considéré que ce principe n'est pas violé lorsque les pièces transmises en exécution d'une demande d'entraide en matière pénale sont également utilisées dans l'Etat requérant par une commission d'enquête parlementaire aux fins de clarifier les responsabilités politiques de personnes impliquées dans l'état de fait présenté dans la demande d'entraide<sup>78</sup>.

ii. *Prise de position du recourant transmise à tort à l'Etat étranger*

La procédure d'entraide est une procédure interne suisse, et l'Etat requérant n'y est pas partie. Afin de garantir les droits de la défense, ne doivent pas être transmises à l'étranger notamment les décisions d'entrée en matière et de clôture ou encore les prises de position des personnes concernées. Dans un cas d'entraide avec l'Allemagne, le ministère public du canton de Thurgovie avait transmis au ministère public de Bonn la prise de position des titulaires des comptes concernés par la demande, afin que l'autorité étrangère précise sa demande. D'après le TPF, ce faisant, le ministère public cantonal avait violé de manière flagrante la règle susmentionnée. L'OFJ a été invité à obtenir la restitution de la pièce incriminée de la part de l'autorité étrangère, et de prier cette dernière d'en détruire les copies et de ne pas les utiliser<sup>79</sup>.

iii. *Violation du droit d'être entendu*

Le droit d'être entendu en droit de l'entraide comprend le droit pour la personne concernée de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit

75 TPF 2018 127, c. 3.3.

76 TPF 2015 129, c. 5.4 ss. Le recours déposé au TF avait été déclaré irrecevable (TF 1C\_594/2015 du 23 novembre 2015). Voir aussi TPF 2015 35, c. 6.4.

77 TPF RR.2018.175 du 25 septembre 2018, c. 3.4.

78 TPF RR.2018.238-239 du 16 novembre 2018, c. 3. Voir aussi Rapport OFJ 2018, supra, n. 58, p. 11 s.

79 TPF RR.2018.112, RR.2018.113, RR.2018.114, RR.2018.115 du 17 août 2018, c. 4.2-4.3. Le recours déposé au TF a été déclaré irrecevable (TF 1C\_410/2018 du 4 septembre 2018).

prise. Il en découle pour l'autorité un devoir notamment de motivation et d'indication des pièces qu'elle envisage de transmettre. Une violation du droit d'être entendu est en principe guérissable par la Cour des plaintes du TPF qui dispose d'un plein pouvoir de cognition en fait et en droit<sup>80</sup>, ce afin de satisfaire aux principes de célérité et d'économie procédurale (art. 17a EIMP). Une réparation n'est toutefois pas possible lorsque l'irrégularité est particulièrement grave. Dans un cas où la décision de clôture ne désignait pas les documents bancaires à transmettre à l'Etat requérant et où elle ne contenait pas de motivation, sous l'angle ni de la double incrimination (il s'agissait en l'espèce d'une escroquerie fiscale) ni de la proportionnalité, le TPF a estimé que la violation était trop importante pour pouvoir être réparée. Le recours a été admis et la cause renvoyée à l'autorité précédente pour nouvelle décision<sup>81</sup>.

*iv. Origine douteuse des données bancaires fondant la demande d'entraide*

Dans un cas d'entraide avec la Grèce, le TPF a annulé une décision de clôture rendue par le MPC, au motif qu'il ne pouvait pas être exclu que la procédure pénale grecque, et par conséquent la demande d'entraide présentée dans ce cadre, soient fondées principalement sur des données bancaires volées à la banque HSBC en Suisse par Hervé Falciani, puis transmises à la Grèce par la France (liste Lagarde). Le TPF a exposé la situation juridique des demandes d'entraide fondées sur des données bancaires volées, tant en matière fiscale qu'en matière pénale, et rappelé qu'une demande d'entraide en matière pénale fondée principalement sur des données volées à la Suisse aurait été contraire au principe de la confiance et de la bonne foi internationales, et partant, aurait dû être refusée<sup>82</sup>. Il a abouti à la conclusion que, dans le cas d'espèce, on ignorait comment les autorités grecques avaient appris l'existence des comptes bancaires en cause. Le MPC a été invité à clarifier la situation<sup>83</sup>. Saisi sur recours interjeté par l'OFJ, le TF a rappelé que seules les décisions finales pouvaient être attaquées (art. 93 al. 2 LTF), ce qui n'était pas le cas en l'espèce puisque l'entraide n'avait pas été refusée par le TPF et que la procédure était toujours pendante<sup>84</sup>.

*v. Transmission à l'étranger de déclarations obtenues dans la procédure pénale suisse conduite en la forme simplifiée*

Les pièces provenant d'une procédure pénale nationale peuvent en principe être transmises à un Etat étranger par le biais de l'entraide. La question qui s'est posée était celle de savoir si les procès-verbaux d'auditions faites dans le cadre de la procédure

80 Notamment TF 1C\_168/2016 du 22 avril 2016, c. 1.3.1. Voir aussi ATF 124 II 132, c. 2d.

81 TPF RR.2017.329 du 8 mai 2018, c. 3.6–3.8.

82 TPF RR.2017.338 du 17 juillet 2018, c. 3.4.3–3.4.6. Le recours déposé au TF a été déclaré irrecevable (1C\_374/2018 du 12 novembre 2018).

83 TPF RR.2017.338 du 17 juillet 2018, c. 3.7–3.9.

84 TF 1C\_374/2018 du 12 novembre 2018, c. 1.

pénale suisse conduite en la forme simplifiée (art. 358 ss CPP) pouvaient être transmis à l'Etat étranger requérant l'entraide<sup>85</sup>. Le TPF a fondé son raisonnement sur l'art. 362 al. 4 CPP d'après lequel « [l]es déclarations faites par les parties dans la perspective de la procédure simplifiée ne sont pas exploitables dans la procédure ordinaire qui pourrait suivre », étant précisé que cette disposition prévoit un cas d'inexploitabilité absolue des pièces au sens de l'art. 141 al. 1 2<sup>e</sup> phrase CPP<sup>86</sup>. Le TPF en a déduit que l'interdiction d'exploitation n'est pas limitée à la seule procédure pénale mais s'étend également à la procédure d'entraide. Ainsi, en cas d'échec de la procédure pénale simplifiée en Suisse, les procès-verbaux ne pourraient être transmis par le biais de l'entraide. Cette question ne pouvant être résolue qu'une fois qu'un jugement définitif est intervenu, toute transmission préalable est prématurée<sup>87</sup>.

*vi. Entraide et secret bancaire*

Dans un cas d'entraide à l'Espagne, le recourant s'opposait à la remise de la documentation bancaire concernant son compte au motif notamment que cela constituerait une violation du secret bancaire. Le TPF a alors rappelé que le secret bancaire, garanti par l'art. 47 LB, n'est pas opposable en matière d'entraide<sup>88</sup>. Les art. 2 let. b CEEJ et 1a EIMP, imposant aux autorités de ne pas compromettre la souveraineté, la sécurité et l'ordre public ou d'autres intérêts essentiels de l'Etat, peuvent couvrir le secret bancaire mais seulement sous certaines conditions : l'entraide doit vider le secret bancaire de son sens dans le système bancaire suisse voire porter atteinte à l'économie suisse dans son ensemble. Le seul fait de fournir à l'Etat étranger la documentation bancaire relative à un petit nombre de clients suisses ou étrangers n'empêche aucune violation de ces dispositions<sup>89</sup>.

*vii. Situation récente au Venezuela, garanties diplomatiques (art. 80p EIMP)*

Dans le cadre d'une affaire de corruption, les autorités vénézuéliennes demandaient à la Suisse la transmission de la documentation bancaire relative à plusieurs comptes bancaires. Sur recours, le TPF a estimé que le secteur des matières premières, concerné par la procédure pénale vénézuélienne, était sensible, ce d'autant plus que le Venezuela était « en proie à des problèmes économiques récurrents et particulièrement graves »<sup>90</sup>. Partant, les conditions de l'art. 2 let. a EIMP étaient remplies et l'entraide devait en principe être refusée, à moins que des garanties diplomatiques ne pussent

85 TPF 2018 143, c. 4.

86 ATF 144 IV 189, c. 5.2.3.

87 TPF 2018 143, c. 4.5.

88 TPF RR.2018.176 du 20 septembre 2018, c. 2.1 et les références citées, dont ATF 127 II 151, c. 4c/aa.

89 TPF RR.2018.176 du 20 septembre 2018, c. 2.1 et les références citées, dont ATF 123 II 153, c. 7.

90 TPF RR.2017.204-206 du 7 novembre 2017, c. 4.3.

être obtenues. De jurisprudence constante<sup>91</sup>, le Venezuela appartient à la seconde catégorie d'Etats, soit ceux pour lesquels il existe des risques de violation des droits humains ou des principes fondamentaux mais ceux-ci peuvent être éliminés ou, à tout le moins, fortement réduits grâce à la fourniture de garanties diplomatiques (art. 80*p* EIMP). Se basant sur un avis du DFAE, le TPF a estimé que cet état des choses n'avait pas à être remis en question, et ce malgré la crise politique agitant le Venezuela<sup>92</sup>. Le TPF a ainsi invité l'OFJ à obtenir du Venezuela des garanties portant sur le respect des droits humains du recourant. Le TF a confirmé cette position (sous réserve de l'anonymisation du nom du recourant du texte des garanties requises par le TPF<sup>93</sup>), tout en admettant que le Venezuela connaissait une « situation très volatile et des carences », relevées par le DFAE, concernant le pouvoir judiciaire qui manquait « d'autonomie, d'indépendance et d'impartialité »<sup>94</sup>. Le TF a encore ajouté que, à titre exceptionnel et compte tenu des incertitudes et de l'évolution rapide de la situation au Venezuela, l'OFJ dispose d'une certaine latitude pour réévaluer la situation après la décision de principe accordant l'entraide judiciaire et peut s'adresser au DFAE en cas de changements importants<sup>95</sup>.

c) Remise aux fins de confiscation (art. 74*a* EIMP)

Dans un arrêt concernant l'entraide avec la Turquie publié aux ATF, le TF a indiqué que, avant une remise aux fins de confiscation (art. 74*a* EIMP), un contrôle de la conformité de la procédure de confiscation dans l'Etat requérant aux principes découlant de la CEDH est nécessaire<sup>96</sup>. La décision étrangère ne doit en effet contredire ni l'ordre public suisse, ni les garanties internationales des droits de l'homme. En revanche, le contrôle du contenu matériel du jugement étranger de confiscation est exclu. Sur ce point, le TF confirme sa jurisprudence<sup>97</sup>. Le droit d'être entendu du titulaire du compte bancaire en cause fait partie des exigences juridiques minimales qui doivent en principe être respectées. En cas de besoin, l'Etat étranger peut être invité à fournir des garanties diplomatiques (art. 80*p* EIMP) quant au respect de ces principes de procédure<sup>98</sup>.

S'agissant de la procédure d'entraide conduite en Suisse suivant une demande étrangère de remise aux fins de confiscation, dans la mesure où la décision de clôture affectera de manière particulièrement grave la situation de la personne concernée, l'examen des arguments des parties doit être approfondi. Lorsqu'il existe des éléments

91 Notamment TPF RR.2015.42 du 10 juillet 2015, c. 3.

92 TPF RR.2017.204-206 du 7 novembre 2017, c. 4.4.1-5.1.

93 TF 1C\_633/2017 du 12 février 2018, c. 4.

94 TF 1C\_633/2017 du 12 février 2018, c. 2.2-2.3.

95 TF 1C\_633/2017 du 12 février 2018, c. 2.4.

96 ATF 145 IV 99, c. 3.2.

97 ATF 145 IV 99, c. 3.2.

98 ATF 145 IV 99, c. 3.3.

pertinents qui apparaissent en cours de procédure et dont l'autorité veut tenir compte, la personne concernée doit être informée à temps, de sorte à pouvoir se déterminer à leur sujet. Cela est d'autant plus important que l'autorité entend fonder sa décision sur une règle de droit ou un motif juridique qui n'a pas été évoqué dans la procédure et dont la pertinence ne pouvait être envisagée par les parties<sup>99</sup>.

La saisie d'avoirs en vue d'une remise aux fins de restitution à l'ayant droit ou de confiscation doit respecter le principe de la proportionnalité. Il faut que la mesure soit apte à produire les résultats escomptés et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive. Toute limitation allant au-delà du but visé est interdite, et un rapport raisonnable entre le but visé et les intérêts publics ou privés compromis est nécessaire<sup>100</sup>. S'agissant de l'étendue matérielle du principe de la proportionnalité, la saisie du produit ou du résultat de l'infraction (art. 74a al. 2 EIMP) ne doit en principe pas porter sur un montant plus élevé que celui allégué par l'Etat requérant. Dans un cas d'entraide avec l'Ukraine, le TPF a précisé qu'un écart de quelques 13% entre le montant saisi et le montant du dommage est acceptable sous l'angle de la proportionnalité lorsqu'un tel écart est dû à l'évolution du taux de change entre le moment du dommage et celui de la saisie et qu'il est susceptible de fluctuer encore à l'avenir<sup>101</sup>.

S'agissant de l'étendue temporelle du principe de la proportionnalité, il ressort de l'art. 33a OEIMP que les valeurs dont la remise est subordonnée à une décision définitive et exécutoire dans l'Etat requérant au sens de l'art. 74a al. 3 EIMP demeurent saisies jusqu'à réception de la décision étrangère ou jusqu'à ce que l'Etat requérant fasse savoir à l'autorité d'exécution qu'une telle décision ne peut plus être rendue selon son propre droit, notamment à raison de la prescription. Dans l'affaire des Frégates/Mirages, le TF a indiqué qu'un séquestre peut apparaître disproportionné lorsqu'il s'éternise sans motif suffisant ou lorsque l'autorité chargée de l'instruction pénale ne mène pas celle-ci avec une célérité suffisante<sup>102</sup>. En l'espèce, le blocage durait depuis presque 17 ans mais le TF a tenu compte du fait que les procédures pénales ouvertes à Taïwan étaient « complexes et paraiss[ai]ent avoir été activement poursuivies », un jugement de première instance ayant été rendu récemment. Ainsi, un retard particulier ne pouvait être reproché ni à l'Etat étranger ni à l'autorité suisse d'exécution. L'OFJ a toutefois été invité à « relancer très régulièrement » l'autorité requérante et se tenir au courant de ses démarches, tout en la « rendant attentive au fait que toute inaction inexplicée pourrait conduire à une libération définitive des fonds »<sup>103</sup>.

99 ATF 145 IV 99, c. 3.1–3.6.

100 Notamment TF 1C\_152/2018 du 18 juin 2018, c. 6.1 et les références citées.

101 TPF RR.2017.331 du 15 mai 2018, c. 6.4. Le recours déposé au TF a été déclaré irrecevable (TF 1C\_271/2018 du 6 juin 2018).

102 TF 1C\_239/2014 du 18 août 2014, c. 3.3 rappelé in: TF 1C\_152/2018 du 18 juin 2018, c. 6.1.

103 TF 1C\_152/2018 du 18 juin 2018, c. 6.2. Le TF confirme donc l'arrêt de la Cour des plaintes, TPF RR.2017.131-144 du 27 mars 2018.

d) *Varia* en matière de procédure d'entraide

i. *Représentation*

Il existe un conflit d'intérêts au sens de l'art. 12 let. c LLCA lorsque l'avocat souhaitant représenter les intérêts de l'Etat requérant (en l'occurrence le Pérou) a assumé, par le passé, la fonction de procureur fédéral et que, dans ce cadre, il a été en charge de la même procédure d'entraide<sup>104</sup>. Le TPF a ainsi confirmé la décision du MPC niant la possibilité pour l'avocat en question de représenter les intérêts du Pérou dans le cadre de cette procédure.

ii. *Procédure de scellés*

Le TPF a précisé la répartition des rôles – entre le MPC en sa qualité d'autorité d'exécution de la demande d'entraide provenant des Etats-Unis d'Amérique et l'OFJ, Office central USA – s'agissant de la procédure de scellés. Ni le TEJUS ni la LTEJUS ne traitent de la mise sous scellés. Le MPC en déduisait qu'il appartient à l'autorité centrale spécialisée de mener une telle procédure. Le TPF s'est fondé sur l'art. 7 al. 2 LTEJUS d'après lequel les autorités d'exécution appliquent les règles de procédure qu'elles sont tenues d'observer en matière pénale. Ainsi, la LTEJUS renvoie à l'EIMP, la PA ou encore le CPP. La tâche incombant à l'autorité d'exécution étant la phase de l'exécution de la demande (art. 12 al. 5 LTEJUS) qui prend fin lorsque tous les documents estimés pertinents sont transmis à l'OFJ pour décider de leur transmission, la procédure de scellés en fait partie et relève donc de la compétence de l'autorité d'exécution, en l'occurrence le MPC<sup>105</sup>.

Le TPF est compétent pour statuer uniquement sur les questions tranchées par l'instance précédente, faute de quoi l'objet de la contestation serait étendu. En particulier, en matière de recours contre une levée des scellés ordonnée par le TMC, il ne peut statuer sur la restitution d'objets (ici une valise) alors que le TMC s'était limité à ordonner la levée des scellés et la remise au Ministère public de copies des supports informatiques contenus dans ladite valise<sup>106</sup>.

iii. *Qualité de partie et qualité pour recourir*

La qualité de partie à la procédure (ou « ayant droit ») est déterminée en fonction de la qualité pour recourir<sup>107</sup> (art. 80b EIMP). De la qualité de partie à la procédure découle le droit de consulter le dossier (art. 80b EIMP). La perquisition ne pouvant être attaquée à elle seule (et en particulier lorsqu'une saisie n'a pas lieu), le fait d'avoir

104 TPF RR.2017.326 du 28 mars 2018, c. 4.1–4.2. Le recours déposé au TF a été déclaré irrecevable (TF 1C\_225/2018 du 16 mai 2018).

105 TPF 2018 158, c. 2.3.

106 TPF RR.2018.194 du 3 août 2018, c. 2.2.

107 Notamment TF 1C.24/2004 du 11 août 2004, c. 1.5.

dû subir une perquisition n'a pas pour effet de donner à la personne la possibilité de consulter le dossier de la procédure d'entraide<sup>108</sup>.

La qualité pour recourir appartient à la personne qui est personnellement et directement touchée par la mesure d'entraide et qui a un intérêt digne de protection (art. 80b let. b EIMP). En cas de remise à l'étranger de moyens de preuve saisis lors d'une perquisition, le propriétaire ou le locataire est réputé personnellement touché (art. 9a OEIMP). Le but est de déterminer la maîtrise effective au moment de la perquisition<sup>109</sup>. Lorsque les locaux sont des « *co-working spaces* », seul le sous-locataire du poste de travail concerné par la perquisition, et non le locataire des locaux (en l'occurrence quelques milliers de mètres carrés et plusieurs centaines de postes), dispose de la qualité pour recourir. Dans le cas en question, il est apparu – sur la base des déclarations de la secrétaire et de la présence d'objets tels que des photos de famille et des cartes de visite – que le poste de travail perquisitionné était utilisé exclusivement par une personne, seule autorisée à recourir<sup>110</sup>.

La qualité pour recourir contre la transmission de la documentation bancaire relative à un compte ouvert au nom d'un *trust* revient exclusivement au *trustee*, propriétaire des actifs qui ne doivent pas être mélangés avec ses actifs privés, et non au *trust* lui-même, dépourvu de toute capacité juridique<sup>111</sup>.

L'art. 17a LTEJUS prévoit que dispose de la qualité pour recourir quiconque est personnellement et directement touché par une mesure d'entraide et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Il ne traite en revanche pas de la qualité pour recourir de l'OFJ, Office central USA. Le TPF a précisé que l'OJF n'a pas à se prévaloir d'un intérêt pratique au recours contre une décision incidente du MPC, chargé de l'exécution, et peut agir dans le seul intérêt de la loi. Cela découle de la qualité d'autorité de surveillance de l'OFJ en matière d'entraide<sup>112</sup>.

De jurisprudence constante, lorsque la société titulaire du compte concerné par la transmission à l'étranger a été dissoute et liquidée, seul l'ayant droit au profit duquel la liquidation a eu lieu a la qualité pour recourir<sup>113</sup>. L'ayant droit doit alors prouver la liquidation, pièces à l'appui, et fournir des documents – par exemple l'acte de dissolution – l'indiquant clairement comme le bénéficiaire de la liquidation<sup>114</sup>. Exiger du recourant la preuve qu'il est le bénéficiaire direct de la liquidation ne relève pas du formalisme excessif ou d'une violation du principe de la bonne foi selon le TF. En

108 TPF RR.2018.240 du 12 décembre 2018, c. 4.2.

109 Notamment ATF 137 IV 134, JdT 2012 IV 67, c. 6; TPF RR.2018.194 du 3 août 2018, c. 1.4.2.

110 TPF RR.2018.224-225 du 10 octobre 2018, c. 2.5.2.

111 TPF RR.2018.77-80 du 23 octobre 2018, c. 2.2.2. Le recours déposé au TF a été déclaré irrecevable (TF 1C\_584/2018 du 28 décembre 2018).

112 TPF RR.2018.291 du 14 novembre 2018, c. 1.5.2–1.5.3, non publié in: TPF 2018 158. Voir aussi TPF 2018 130, c. 2.4.

113 Notamment ATF 139 II 404, c. 2.1.1.

114 Notamment TF 1C\_2/2016 du 11 janvier 2016, c. 2.2.

effet, il ne suffit pas que le recourant soit le bénéficiaire économique de la société liquidée, il faut encore qu'il soit le bénéficiaire de la liquidation. Le TF a ainsi confirmé la pratique du TPF voulant que le recours est irrecevable si la personne se limite à fournir des documents bancaires attestant de virements de fonds, sans démontrer que tous les fonds de la société dissoute lui ont été transférés<sup>115</sup>.

*iv. Demande d'entraide traitée en parallèle par deux autorités cantonales*

Lorsqu'une demande d'entraide étrangère est traitée en parallèle par deux ministères publics cantonaux différents et que des décisions contradictoires sont rendues, le TPF n'est pas lié par le refus de l'entraide prononcé par une des autorités cantonales. Dans le cas en question, le ministère public de Zurich avait rejeté la demande d'entraide espagnole au motif qu'elle n'était pas suffisamment motivée, alors que le ministère public genevois avait accordé l'entraide. La décision zurichoise était entrée en force, faute d'avoir été contestée, la décision genevoise étant quant à elle portée devant le TPF. Le TF a confirmé la position du TPF tout en précisant qu'il était « regrettable » que deux décisions divergentes aient été rendues s'agissant de la même commission rogatoire<sup>116</sup>.

*v. Condition du « cas particulièrement important » (art. 84 LTF)*

Pour rappel, l'art. 84 al. 1 LTF pose comme condition à la recevabilité du recours le caractère « particulièrement important » du cas. La condition est notamment remplie lorsqu'il y a des raisons de penser que la procédure à l'étranger viole les principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves (art. 84 al. 2 LTF). De jurisprudence constante, la condition est également remplie lorsqu'il s'agit d'une affaire de principe, soit quand il s'agit d'examiner une question qui ne s'était jamais posée précédemment, ou quand le TPF s'est écarté de la jurisprudence suivie jusque-là<sup>117</sup>.

Dans un cas d'entraide avec la Turquie, le TF a constaté que les versions allemande, italienne et française de l'art. 84 LTF n'étaient pas identiques. En effet, seule la version française fait état des défauts de la « procédure étrangère », les deux autres versions ne mentionnant que la « procédure ». Le TF retient que la compréhension de l'art. 84 LTF doit suivre les versions allemande et italienne : des vices tant de la procédure étrangère que de la procédure suisse peuvent justifier une entrée en matière<sup>118</sup>.

115 TF IC\_162/2018 du 29 mai 2018, c. 2.1.2–2.2.

116 TF IC\_424/2018 du 8 octobre 2018, c. 1.3, confirmant l'arrêt TPF RR.2018.29-31 du 23 août 2018.

117 Notamment ATF 133 IV 215, c. 1.2.

118 ATF 145 IV 99, c. 1.3. A propos de cet arrêt, voir aussi supra, Sect. B.5.c).

Dans l'affaire dite des Frégates/Mirages, le TF a considéré que la condition du « cas particulièrement important » était remplie du fait que le séquestre portait sur près d'un milliard de francs et durait depuis près de 17 ans<sup>119</sup>.

Dans un cas d'entraide avec le Venezuela, le TF est entré en matière sur le recours en raison des griefs soulevés concernant le respect des droits de l'homme et des garanties de procédure dans l'Etat requérant et au vu de la situation particulière prévalant dans cet Etat<sup>120</sup>, en particulier l'existence, depuis 2016, d'une grave crise politique et économique.

A l'inverse, dans le cadre d'une des très nombreuses demandes d'entraide adressées à la Suisse par le Brésil dans l'affaire Petrobras, le TF a indiqué que le seul fait que le cas fasse partie de cette affaire ne suffit pas à remplir la condition du « cas particulièrement important ». Le recourant n'avait pas démontré que la cause « constituerait un volet central de cette affaire avec une couverture médiatique importante et des incidences évidentes au niveau politique »<sup>121</sup>.

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

#### A. Actualité judiciaire

##### 1. Affaire Khaled Nezzar

L'année 2018 a été marquée par un rebondissement dans l'affaire Nezzar. Pour rappel<sup>122</sup>, le général Khaled Nezzar siégeait au Haut Comité d'Etat algérien en tant que Ministre de la défense entre 1992 et 1994. Il est poursuivi en Suisse par le MPC depuis 2011 du chef de crimes de guerre (art. 108 et 109 aCPM, art. 264b ss CP) pour avoir joué un rôle crucial dans la commission d'atrocités perpétrées dans le cadre du conflit interne algérien alors qu'il était au pouvoir. Il ressort de la dénonciation émanant de TRIAL que Nezzar aurait participé et instigué à l'utilisation massive de la torture en Algérie, aux meurtres et disparitions forcées de prétendus opposants, membres ou non des mouvances islamistes.

Le 4 janvier 2017, le MPC a rendu une ordonnance de classement de la procédure, au motif que la situation algérienne durant la période en question ne pouvait être qualifiée de conflit armé non international. Les groupes islamistes opposés au régime,

119 TF 1C\_152/2018 du 18 juin 2018, c. 1.1. A propos de cet arrêt, voir aussi supra, Sect. B.5.c).

120 TF 1C\_633/2017 du 12 février 2018, c. 1. A propos de cet arrêt, voir aussi supra, Sect. B.5.b), vii.

121 TF 1C\_703/2017 du 8 janvier 2018, c. 3.

122 Voir URSULA CASSANI, SABINE GLESS, REGULA ECHLE, SEVANE GARIBIAN & CHRISTIAN SAGER, « Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2012)/Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2012) », 23 *Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (SZIER/RSDIE)* (2013), 467–503, 500 ss.

notamment le Groupe islamiste armé (GIA), ne pouvaient, d'après le MPC, pas être qualifiés de groupes armés non internationaux.

Par décision du 30 mai 2018<sup>123</sup>, le TPF a admis les recours interjetés contre le classement par trois personnes se déclarant victimes de tortures et d'arrestations arbitraires en Algérie entre 1992 et 1994. D'après la Cour, les heurts entre les opposants islamistes et les forces de l'ordre étaient d'une violence telle qu'ils pouvaient être qualifiés d'intenses au sens de l'art. 3 Commun aux quatre Conventions de Genève et de la jurisprudence internationale y relative<sup>124</sup>. De plus, le GIA était suffisamment organisé pour pouvoir être qualifié de groupe armé<sup>125</sup>. Ainsi, la condition du conflit armé non international en Algérie entre janvier 1992 et janvier 1994 était réalisée, emportant application des art. 108 et 109 aCPM.

Par ailleurs, la Cour a considéré que le MPC aurait dû mener des investigations portant sur les dénonciations d'actes de torture sous l'angle du crime contre l'humanité (art. 264*a* let. f CP), les faits n'étant pas prescrits<sup>126</sup>.

## 2. Affaire des Tigres Tamouls

Au terme de neuf ans de procédure conduite par le MPC dans l'affaire des *Liberation Tigers of Tamil Eelam* (LTTE) contre notamment le leader et le responsable financier du *World Tamil Coordinating Committee* (WTCC), émanation en Suisse du LTTE, la Cour des affaires pénales du TPF a rendu un jugement le 14 juin 2018<sup>127</sup>. La question de la distinction entre organisation criminelle (art. 260<sup>er</sup> CP) et combattants pour la liberté a notamment fait l'objet des débats<sup>128</sup>.

La Cour n'a pas retenu la participation ou le soutien à une organisation criminelle<sup>129</sup>. D'une part, les procédés violents imputés au LTTE n'étaient pas avérés : le MPC n'aurait pas dû se limiter à des articles de presse, des informations publiées sur Internet et des commissions rogatoires au Sri Lanka pour fonder son accusation, le Sri Lanka ayant une position de partie dans le conflit qui l'a opposé au LTTE. Le fait que le LTTE soit considéré comme une organisation terroriste par divers Etats n'était par ailleurs pas pertinent<sup>130</sup>. D'autre part, entre le LTTE et le WTCC, la Cour a retenu un lien de coordination plutôt que de subordination<sup>131</sup>.

123 TPF 2018 96.

124 TPF BB.2017.9–BB.2017.10–BB.2017.11 du 30 mai 2018, c. 6–6.5.11, non publiés in : TPF 2018 96.

125 TPF BB.2017.9–BB.2017.10–BB.2017.11 du 30 mai 2018, c. 6.6–6.7, non publiés in : TPF 2018 96.

126 TPF 2018 96, c. 7.2–7.5.

127 TPF SK.2016.30 du 14 juin 2018 et modifications du 22 février 2019. Voir aussi MPC, Rapport établi sur ses activités au cours de l'année 2018 à l'intention de l'autorité de surveillance, janvier 2019, 19.

128 Voir à ce propos l'obiter dictum in : TPF SK.2016.30 du 14 juin 2018 et modifications du 22 février 2019, c. 2.6.

129 TPF SK.2016.30 du 14 juin 2018 et modifications du 22 février 2019, c. 2.3–2.5.

130 TPF SK.2016.30 du 14 juin 2018 et modifications du 22 février 2019, c. 2.2.7, en particulier c. 2.2.7.2.

131 TPF SK.2016.30 du 14 juin 2018 et modifications du 22 février 2019, c. 2.2.6.2.

Huit des 13 accusés ont été acquittés de tous les chefs d'accusation, les cinq autres écopant de peines privatives de liberté avec sursis du seul chef d'escroquerie par métier (art. 146 al. 1 et 2 CP). Le recours déposé par le MPC au début de l'année 2019 est pendant devant le TF.

### 3. Autres affaires

#### a) Affaire Sperisen

Le jugement rendu le 27 avril 2018 par la Chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice du canton de Genève vient s'ajouter à la saga dans l'affaire Erwin Sperisen. Ce dernier a été reconnu coupable de complicité – et non de co-activité comme cela avait été le cas dans le jugement de 2015 cassé par le TF<sup>132</sup> – dans l'assassinat, au Guatemala, de sept détenus et condamné à quinze ans de peine privative de liberté. Un recours est pendant au TF.

Pour rappel, Erwin Sperisen est jugé en Suisse en application de l'art. 7 al. 1 CP, prévoyant une compétence extraterritoriale des autorités pénales liée à la nationalité suisse de l'auteur.

#### b) Propagande en faveur d'Al-Qaïda

Par jugement du 15 juin 2018<sup>133</sup>, la Cour des affaires pénales du TPF a condamné Naim Cherni, membre du comité du Conseil central islamique suisse (CCIS), pour propagande en faveur d'Al-Qaïda (art. 2 de la loi « Al-Qaïda »<sup>134</sup>). Il lui était reproché d'avoir tourné en Syrie deux vidéos et de les avoir utilisées à des fins de propagande. Les vidéos présentaient Abdallah Al-Muhaysini, leader religieux de haut rang et représentant de l'organisation Jaysh-al-Fath, à laquelle le front Al-Nusra – branche syrienne d'Al-Qaïda – est affilié. Nicolas Blancho et Qaasim Illi, deux autres membres du CCIS auxquels le MPC reprochait d'avoir approuvé la diffusion des vidéos, respectivement d'en avoir fait la promotion, ont été acquittés, les faits n'ayant pas été suffisamment établis à leur encontre. Le TF a été saisi sur recours.

#### c) Appartenance à l'organisation criminelle « Etat islamique »

Le TF<sup>135</sup> a rejeté le recours et ce faisant confirmé la peine privative de liberté de trois ans et huit mois prononcée en 2017 par la Cour des affaires pénales du TPF<sup>136</sup> contre

132 Cour de justice GE AARP/295/2015 du 12 juillet 2015 et TF 6B\_947/2015 du 29 juin 2017, respectivement. Voir aussi CASSANI ET AL., supra, n. 33, 357 s.

133 TPF SK.2017.49 du 15 juin 2018. Voir aussi MPC, Rapport 2018, supra, n. 127, 18.

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

135 TF 6B\_1385/2017 du 3 août 2018.

136 TPF SK.2017.10 du 31 octobre 2017.

un Irakien membre de l'« Etat islamique » (EI) en application de l'art. 260<sup>ter</sup> CP. L'homme a été condamné pour avoir contribué à la mise en place de structures et d'activités liées au *jihad* en Europe, et en particulier pour avoir discuté, sur un *chat* Skype, d'un projet d'attentat terroriste en Europe en février 2014. Il a été retenu qu'il avait une fonction de niveau hiérarchique moyen et qu'il s'était pleinement identifié à l'activité terroriste de l'EI<sup>137</sup>.

d) Négation du génocide de Srebrenica

Dans une affaire tessinoise, le TF<sup>138</sup> a admis le recours d'un homme ayant nié, dans deux articles parus pour l'un dans un journal et pour l'autre sur un portail en 2012 mais au titre et contenu identiques, le génocide perpétré en 1995 contre les musulmans bosniaques à Srebrenica. L'homme en question avait été condamné à une peine pécuniaire de 45 jours-amende et une amende de 900 CHF par la *Corte di appello e di revisione penale* tessinoise<sup>139</sup> pour discrimination raciale (art. 261<sup>bis</sup> al. 4 2<sup>e</sup> partie CP). Cet arrêt intervient dans le prolongement de l'arrêt de la CourEDH dans l'affaire Perinçek contre Suisse<sup>140</sup> en lien avec le génocide arménien. Le TF a constaté que, en application de cette jurisprudence, la condamnation tessinoise était contraire à la liberté d'expression et, partant, devait être annulée<sup>141</sup>.

e) Compétence universelle en matière de crimes de guerre

Dans un arrêt<sup>142</sup> rendu sur recours contre une ordonnance de non entrée en matière du MPC, le TPF a eu l'occasion de préciser sa jurisprudence développée dans l'affaire Nezzar<sup>143</sup> portant sur la condition de la présence en Suisse prévue à l'art. 264<sup>m</sup> CP (compétence universelle pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide). Dans cette affaire, plusieurs dénonciations avaient été adressées au MPC contre Rifaat Al-Assad pour divers faits, dont le massacre du 27 juin 1980 de prisonniers détenus dans la prison de Tadmor (Palmyre), en Syrie, par des membres des Brigades de défense. Le MPC a ouvert une instruction du chef de crimes de guerre (art. 108 et 109 aCP, art. 264<sup>b</sup> ss CP) et a confié à la Police judiciaire fédérale (PJJ) la mission de déterminer si Al-Assad s'était trouvé sur le territoire Suisse. La présence n'ayant pu être établie, il a rendu une ordonnance de non entrée en matière au motif que les conditions de l'art. 264<sup>m</sup> CP n'étaient pas remplies.

137 TPF SK.2017.10 du 31 octobre 2017, c. 2.3–2.4.

138 ATF 145 IV 23.

139 Corte di appello e di revisione penale del Cantone Ticino, cause n. 17.2016.160+167 du 2 juin 2017.

140 CourEDH, arrêt Perinçek contre Suisse du 15 octobre 2015, Recueil 2015 IV 291.

141 ATF 145 IV 23, c. 5.

142 TPF 2018 151.

143 TPF BB.2011.140 du 25 juillet 2012, c. 3.1 non reproduit in : TPF 2012 97.

Le TPF a confirmé la décision de non entrée en matière dans le cas d'espèce, tout en précisant la jurisprudence Nezzar en ce sens que les termes « s'il se trouve en Suisse » de l'art. 264<sup>m</sup> CP ne doivent pas être interprétés trop restrictivement au regard de la *ratio legis* de cette disposition. Il suffit ainsi que la condition de la présence en Suisse de l'auteur soit réalisée à l'ouverture de l'action pénale. Par ailleurs, si la présence de la personne en Suisse est attendue ou annoncée, l'autorité de poursuite peut déjà procéder à des actes d'instruction et, partant, ouvrir une instruction même avant que la personne ne soit effectivement sur territoire suisse<sup>144</sup>.

f) Garantie de l'anonymat dans la procédure pénale suisse ouverte du chef de crimes de guerre en Syrie

Dans le cadre d'une procédure ouverte du chef de crimes de guerre pour des faits commis à Hama en Syrie, une partie plaignante s'est vu refuser l'anonymat par le MPC. Saisie d'un recours, la Cour des plaintes du TPF<sup>145</sup> a rappelé que la garantie de l'anonymat (art. 149 al. 2 let. a CPP) est une mesure de protection particulièrement incisive à l'égard des droits de procédure des parties, notamment de la défense, et n'entre donc en ligne de compte que comme *ultima ratio*. Dans le cas en question, la pondération qui devait être effectuée entre les intérêts divergents de la personne à protéger, du prévenu ainsi que de la procédure (intérêt public à la recherche de la vérité) tout en compensant dans la mesure du possible d'éventuelles restrictions aux droits des parties, a conduit le TPF à confirmer la décision du MPC.

Le TPF précise que, malgré le contexte « particulièrement sensible dans lequel s'insère la procédure pénale », le recourant ne pouvait se limiter à affirmer que des membres de sa famille se trouvaient dans les zones contrôlées par les forces gouvernementales syriennes et étaient donc en danger, exposer des faits généraux et présenter des exemples démontrant le climat de terreur régnant. En l'absence d'« élément concret ni indice suffisant quant aux membres de sa famille qui pourraient être exposés à un danger sérieux menaçant leur intégrité corporelle, voire leur vie (p. ex. région où ils résident, description du contexte dans lequel ils vivent, etc.) »<sup>146</sup>, l'anonymat ne pouvait être accordé.

## B. Varia

Le MPC a participé aux 24<sup>e</sup> et 25<sup>e</sup> réunions du *European Network of contact points in respect of persons responsible for genocide, crimes against humanity and war crimes* (Genocide Network) à la Haye<sup>147</sup>. Il s'agit d'un réseau de praticiens issus des minis-

144 TPF 2018 151, c. 2.3.

145 TPF 2018 111.

146 TPF 2018 111, c. 2.2.

147 MPC, Rapport 2018, supra, n. 127, 5.

tères publics et des autorités judiciaires et policières des Etats membres de l'UE et d'Etats observateurs dans le domaine du droit pénal international ayant pour objectif l'échange d'expériences et d'informations.

Le Mécanisme international, impartial et indépendant (MIII) appelé à enquêter sur les crimes les plus graves commis en Syrie depuis la révolution du printemps 2011 installé à Genève depuis 2016<sup>148</sup> a d'ores et déjà collecté plus de 900 000 documents et reçu sept demandes de la part de trois autorités judiciaires nationales européennes. Le MIII collabore étroitement avec le Genocide Network ainsi qu'avec des agences de l'ONU, notamment l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques (OIAC). Par ailleurs, le MIII a conclu un protocole d'accord avec de nombreuses ONG syriennes et plusieurs Etats ont adapté leur législation pour pouvoir collaborer avec cette instance<sup>149</sup>. La Suisse est en voie de le faire également par la modification de l'art. 1 EIMP<sup>150</sup>.

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

### A. Gesetzgebungstätigkeiten der EU im Überblick

Während das Jahr 2017 im Zeichen der Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft stand,<sup>151</sup> zeichnet sich das Berichtsjahr 2018 durch eine rege gesetzgeberische Tätigkeit der Europäischen Union in ganz unterschiedlichen Bereichen des europäischen Strafrechts aus. Grund dafür dürfte insbesondere sein, dass vor den Wahlen zum Europäischen Parlament im Mai 2019 noch möglichst viel von der gesetzgeberischen Agenda abgearbeitet werden sollte. Die wichtigsten Gesetzgebungsakte sind die 5. Geldwäscherichtlinie,<sup>152</sup> die Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche,<sup>153</sup> die Verordnung über die Überwachung von Barmitteln, die in die Union oder aus der Union verbracht werden,<sup>154</sup> die Verordnung über die gegenseitige

148 Voir CASSANI ET AL., supra, n. 33, 356.

149 Conférence de presse de la cheffe du MIII Catherine Marchi-Uhel à Genève le 20 septembre 2018, <[https://www.unog.ch/unog/website/news\\_media.nsf/\(httpNewsByYear\\_fr\)/BF0B4A22311CE715C125830F00552D8A?OpenDocument&cntxt=69C88&cookielang=fr](https://www.unog.ch/unog/website/news_media.nsf/(httpNewsByYear_fr)/BF0B4A22311CE715C125830F00552D8A?OpenDocument&cntxt=69C88&cookielang=fr)> (consulté le 21 juin 2019).

150 A ce propos, voir supra, Sect. II, A, 3.

151 Dazu CASSANI ET AL., supra, Fn. 33, 359 f.

152 Richtlinie (EU) 2018/843 vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU, ABl. L 156, 19.06.2018, 43.

153 Richtlinie (EU) 2018/1673 vom 23. Oktober 2018, ABl. L 284, 12.11.2018, 22.

154 Verordnung (EU) 2018/1672 vom 23. Oktober 2018, ABl. L 284, 12.11.2018, 6.

Anerkennung von Sicherstellungs- und Einziehungsentscheidungen,<sup>155</sup> und die Verordnung über Eurojust.<sup>156</sup>

Daneben wurden neuere Gesetzgebungsinitiativen gestartet, unter anderem der Vorschlag der Kommission zum grenzüberschreitenden Zugriff auf elektronische Beweismittel in Strafsachen.<sup>157</sup> Ziel ist, dass künftig Strafverfolgungsbehörden eines EU-Mitgliedstaates unmittelbar von Diensteanbietern (z.B. Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste, sozialer Netzwerke oder von Online-Marktplätzen) die Herausgabe oder Sicherung elektronischer Daten verlangen können, wenn sie als Beweismittel für das Strafverfahren gebraucht werden. Der Vorschlag will Strafverfolgungsbehörden ein adäquates Instrument zur Beweissicherung im grenzenlosen Internet geben. Dabei bricht er mit einigen festen Prinzipien der Rechtshilfe, wie bspw. dem Territorialitätsprinzip,<sup>158</sup> unter anderem weil die anvisierte grenzüberschreitende Informationssammlung nicht mehr zwischen staatlichen Behörden, sondern zwischen Justizbehörden und Privaten erfolgt. Dies setzt den Trend zur « Privatisierung der Rechtshilfe » fort, der unter anderem auch bei der Fluggastdatenspeicherung erkennbar ist.<sup>159</sup> Welche Gefahren dies für den notwendigen Schutz der Rechte der betroffenen Bürger in ihrem Heimatstaat bergen könnte, wird derzeit kontrovers diskutiert. Neben Datenschützern, Rechtswissenschaftlern und Anwaltsorganisationen<sup>160</sup> hat sich auch das Europäische Parlament als Ko-Gesetzgeber sehr kritisch zu dem Vorschlag positioniert.<sup>161</sup> In welche Richtung die Gesetzesinitiative

155 Verordnung (EU) 2018/1805 vom 14. November 2018, ABl. L 303, 28.11.2018, 1. Hierbei handelt es sich um einen Paradigmenwechsel: zum ersten Mal wird ein Bereich der Rechtshilfe durch die unmittelbar geltende Verordnung geregelt, und nicht mehr durch in das nationale Recht umzusetzende Richtlinien oder Rahmenbeschlüsse.

156 Verordnung (EU) 2018/1727 vom 14. November 2018 betreffend die Agentur der Europäischen Union für justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Eurojust) und zur Ersetzung und Aufhebung des Beschlusses 2002/187/JI des Rates, ABl. L 295, 21.11.2018, 138.

157 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen, COM (2018) 225 final.

158 Vgl. die Studie von MARTIN BÖSE, « An assessment of the Commission's proposals on electronic evidence », abrufbar unter: <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL\\_STU\(2018\)604989](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2018)604989)>; CHRISTOPH BURCHARD, « Der grenzüberschreitende Zugriff auf Clouddaten im Lichte der Fundamentalprinzipien der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen », ZIS 2018, 190 (Teil 1) und ZIS 2018, 249 (Teil 2).

159 Dazu CASSANI ET AL., supra, Fn. 47, 437 f.

160 Vgl. dazu THOMAS WAHL, « German Bar Association Highly Critical of EU's e-Evidence Initiative », eucrim 2/2018, 107 f.; DERS., « EDPS Criticises E-Evidence Proposals », und « CCBE Makes Critical Statement on E-Evidence Proposal », eucrim 3/2018, 162 f.; DERS., « Civil Society Organisations Voice Concerns over Council Plans on E-Evidence », eucrim 4/2018, 206 jew. m.w.N.

161 Vgl. THOMAS WAHL, « Council Pushes for E-Evidence Law, EP Applies the Brakes », eucrim 4/2018, 206. Die federführende Berichterstatterin im LIBE-Ausschuss, Birgit Sippel, hat Anfang 2019 in mehreren Arbeitsdokumenten Bedenken zu unterschiedlichen Aspekten des Vorschlags analysiert; dazu THOMAS WAHL, « Further Concerns of EP against E-Evidence Legislative Proposal », eucrim 1/2019, 38–40.

zum Zugriff auf elektronische Beweismittel nach Konstituierung des neuen Europäischen Parlaments im Herbst 2019 geht, bleibt abzuwarten.

Unklar ist derzeit bekanntlich auch noch, wie sich die Schweiz künftig mit der – auch im Bereich der grenzüberschreitenden Strafverfolgung – immer stärker integrierten EU vernetzen wird, denn dies hängt von der Ausgestaltung des immer noch offenen Rahmenabkommens ab. Trotz aller Unsicherheiten bleiben aber sicherlich in absehbarer Zukunft jene Reformen in der EU von Interesse, welche den Schengen-Besitzstand weiterentwickeln. Dazu gehören insbesondere Reformen<sup>162</sup> der Informationssysteme, in welche die Schweiz integriert ist, speziell solche, die das Schengener Informationssystem betreffen.

## B. Schengener Informationssystem (SIS) auf neuer Grundlage

### 1. Relevanz des SIS und Weiterentwicklung

Das Schengener Informationssystem (SIS) ist die bedeutendste Ausgleichsmaßnahme für den Wegfall der Binnengrenzkontrollen. Es ist ein Computernetzwerk, mit dessen Hilfe Daten zur Migrationskontrolle sowie zur polizeilichen Fahndung länderübergreifend rasch zugänglich gemacht werden können. Der Vorteil für Vollzugskräfte ist, dass sie in der Lage sind, unmittelbar vor Ort die Daten abzurufen.<sup>163</sup> Auch die EU-Agenturen Europol und Eurojust haben Zugriff auf die SIS-Daten. Nach der Statistik für das Jahr 2017<sup>164</sup> waren am 31.12.2017 fast 76,5 Mio. Ausschreibungen im SIS enthalten. Insgesamt wurden 2017 über 5,1 Milliarden Zugriffe auf das System durch die Mitgliedsstaaten verzeichnet, wobei insgesamt 243 818 Treffer erzielt wurden. Auch die Schweiz nutzt das System rege: 2017 sollen 1,3 Mio. Ausschreibungen (davon knapp 38 000 Personenausschreibungen) aus der Schweiz im System sein. Schweizer Behörden griffen rund 117 Mio. Mal auf das SIS zu.

Gegenwärtig wird das Schengener Informationssystem der zweiten Generation (SIS II) genutzt, das nach zahlreichen technischen Schwierigkeiten im Jahr 2013 in Betrieb genommen wurde. Drei Rechtsreformen aus dem Jahr 2018 bauen die Nutzung des Systems aus und gelten allesamt als Weiterentwicklung des Schengen-Acquis:

- Verordnung über die Nutzung für die Rückkehr illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger;<sup>165</sup>

162 Dazu CASSANI ET AL., *supra*, Fn. 47, 435 f.

163 SABINE GLESS, *Internationales Strafrecht*, 2. Aufl., Basel 2015, Rn. 532.

164 eu-LISA, « SIS II – 2017 Statistics », Ratsdokument 8279/18 vom 24.04.2018.

165 Verordnung (EU) 2018/1860 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. November 2018 über die Nutzung des Schengener Informationssystems für die Rückkehr illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 312, 07.12.2018, 1.

- SIS-Grenzkontrollen-VO;<sup>166</sup>
- SIS-Polizei-VO.<sup>167</sup>

Die ersten beiden Verordnungen betreffen die Funktionen des SIS im Hinblick auf die Migrationskontrolle während die SIS-Polizei-VO die Rechtsgrundlagen für die Nutzung des SIS zum Zwecke polizeilicher Fahndungen und der Strafverfolgung schafft.

Das rechtliche Konstrukt des SIS bleibt kompliziert. Das hat seinen Grund darin, dass EU-Mitgliedstaaten in unterschiedlicher Weise an den EU-Politiken « Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung » auf der einen Seite und « Zusammenarbeit in Strafsachen » auf der anderen Seite partizipieren. Die SIS-Grenzkontrollen-VO und SIS-Polizei-VO bilden gemeinsam die Rechtsgrundlage für die Einrichtung und den Betrieb des SIS. Sie enthalten deshalb in den allgemeinen Teilen gleichlautende Bestimmungen. Abweichende Regelungen werden in den Verordnungen etabliert, soweit sie sich jeweils auf die Nutzung des Systems für die bereichsspezifischen Zwecke beziehen. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die wesentlichen Neuerungen für die strafrechtliche Zusammenarbeit.

## 2. Ausbau präventiver Ausschreibungen

Die Reform ermöglicht eine weiter gehende Nutzung des SIS für eher präventive Massnahmen, um insbesondere terroristische Taten zu verhindern, etwa durch die Kontrolle von Reisetätigkeit oder gar Ausreiseverboten. Im Grenzbereich von Polizei- und Strafrecht wirken sich aber die Unterschiede im nationalen Recht aus, weshalb man in der Vergangenheit viele Kompromisse eingegangen ist. Während nach bisherigem Schengen-Recht im präventiven Bereich nur die Ausschreibung von vermissten Personen möglich war, ist nun auch eine solche « von schutzbedürftigen Personen möglich, die am Reisen gehindert werden müssen ».<sup>168</sup> Damit können Behörden künftig etwa auch die Umstände einer Reise von Kindern und Jugendlichen abklären und sie ggf. vor einer unerlaubten Verbringung in Drittländer

166 Verordnung (EU) 2018/1861 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. November 2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems (SIS) im Bereich der Grenzkontrollen, zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen und zur Änderung und Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006, ABl. L 312, 07.12.2018, 14.

167 Verordnung (EU) 2018/1862 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. November 2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems (SIS) im Bereich der polizeilichen Zusammenarbeit und der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, zur Änderung und Aufhebung des Beschlusses 2007/533/JI des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1986/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates und des Beschlusses 2010/261/EU der Kommission, ABl. L 312, 07.12.2018, 56.

168 Kapitel VII (Art. 32–33) SIS-Polizei-VO (= VO 2018/1862).

schützen. Dies können nach Art. 32 der SIS-Polizei-VO Kinder sein, die in bewaffnete Gruppen (z.B. Islamischer Staat) rekrutiert werden oder Kinder/Jugendliche, die Gefahr laufen, Opfer von Menschenhandel zu werden.

Neu ist auch die Ausschreibungskategorie der « unbekanntes gesuchte Person zwecks Identifizierung nach Massgabe des nationalen Rechts ». <sup>169</sup> Sie erlaubt, dass Fingerabdruck- oder Handflächenabdrucksätze von Tatorten « terroristischer oder sonstiger schwerer Straftaten » im SIS gespeichert werden, um Personen während einer Grenz- oder Kraftfahrzeugkontrolle leichter zu identifizieren.

### 3. Ausbau der gespeicherten Daten

Im SIS sollen künftig mehr biometrische Daten gespeichert werden. Künftig können auch Gesichtsbilder und Handflächenabdrücke abgerufen werden. <sup>170</sup> Erstmals können auch DNA-Profile gespeichert werden – allerdings nur zur Identifizierung von Vermissten, die in Gewahrsam sind (entweder zu ihrem eigenen Schutz oder um eine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit zu verhindern). <sup>171</sup>

Die Verwendung daktyloskopischer Daten zur Identifizierung unbekannter Täter ist ebenfalls möglich, aber nur wenn der Versuch fehlgeschlagen ist, die Identität durch Konsultation der einschlägigen Unions- und internationalen Datenbanken (z.B. Prüm, Eurodac, Interpol) festzustellen. <sup>172</sup>

### 4. Ausbau der Zugriffs- und Nutzungsrechte

Die Geschichte des SIS ist durch die graduelle Ausweitung behördlicher Zugriffsrechte geprägt. Ursprünglich konnten nur mit der Registrierung und Kontrolle von Personen betraute nationale Behörden auf die Datenbank zugreifen. <sup>173</sup> Diese Sichtweise änderte sich in den Jahren 2006/2007 <sup>174</sup> mit dem Zugriffsrecht für Visums- und Asylbehörden. <sup>175</sup> Gleichzeitig durften neu SIS-Daten für andere Zwecke genutzt werden, als jene, zu denen die Ausschreibung in das SIS eingegeben wurde.

Die SIS-Verordnungen im Berichtsjahr 2018 erweitern den Kreis zugriffsberechtigter nationaler Behörden erheblich: Neben den schon von Anfang an zugriffsberechtigten Grenzkontroll-, Polizei-, Zoll- und Justizbehörden, sollen nun alle zur

169 Art. 40–41 SIS-Polizei-VO (= VO 2018/1862).

170 Vgl. Art. 20 Abs. 3 lit. e) und f), Art. 22 VO 2007/533/JI.

171 Art. 42 Abs. 3 i.V.m. Art. 32 Abs. 1 lit. a) SIS-Polizei-VO (= VO 2018/1862).

172 Art. 40 Uabs. 2 SIS-Polizei-VO (= VO 2018/1862).

173 Siehe für das SIS der ersten Generation Art. 101 SDÜ. Vgl. auch SANDRA STÄMPFLI, Das Schengener Informationssystem und das Recht der informationellen Selbstbestimmung, Bern 2009, 68.

174 STÄMPFLI, supra, Fn. 173, 68.

175 Vgl. Art. 27 Abs. 3 VO 1987/2006.

« Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung terroristischer oder sonstiger schwerer Straftaten » zuständigen Behörden das SIS abfragen können.<sup>176</sup> Dadurch soll wohl gewährleistet werden, dass das SIS möglichst umfangreich durch die Sicherheitsbehörden eines Staates genutzt werden kann.<sup>177</sup> Des Weiteren vorgesehen sind Erweiterungen der Zugriffsberechtigungen der Ausländer- und Einwanderungsbehörden<sup>178</sup> was dazu führt, dass illegal aufhältige Drittstaatsangehörige einer effektiven – nicht nur auf die Aussengrenze beschränkten – Kontrolle im Schengen-Raum unterliegen.<sup>179</sup> Ferner werden zusätzlich zu den Kfz-Zulassungsstellen, den Zulassungsstellen für Wasser- und Luftfahrzeuge sowie für Schusswaffen Zugänge zu bestimmten Sachfahndungsdaten erlaubt.<sup>180</sup>

## 5. Datenschutz

Die neuen Rechtsgrundlagen sehen in einigen Punkten strengere und präzisere Regeln zum Datenschutz, der Datensicherheit und der Datenkontrolle vor.<sup>181</sup> Das Ziel, auch den Datenschutz des grössten IT-Systems im Bereich der europäischen Sicherheitspolitik zu stärken, ist insbesondere vor dem Hintergrund zu sehen, dass die EU im Vergleich zur Vorgängerregelung mittlerweile einen strengeren datenschutzrechtlichen Gesamtrahmen geschaffen hat. Grundlage hierfür sind die sog. Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) und die speziell für Datenerhebungen und -austausch im Bereich der Straftatenverfolgung zugeschnittene Richtlinie 2016/680.<sup>182</sup> An

176 Art. 44 Abs. 1 lit. c) und Art. 34 Abs. 1 lit. c) SIS-Polizei-VO (= VO 2018/1862). Eine Begründung für die Abweichung zur Vorgängerregelung und die nun vorgenommene weite Formulierung der Zugriffsberechtigung findet sich erstaunlicherweise nicht (vgl. den Kommissionsvorschlag zum SIS-Gesetzespaket, COM(2016) 883 final, S. 19f.).

177 Keine Zugriffsberechtigungen erhalten jedoch die Inlands- und Auslandsgeheimdienste, was sich durch den Zusatz « sofern die Richtlinie 2016/680 Anwendung findet » in Art. 44 Abs. 1 lit. c) und Art. 34 Abs. 1 lit. c) SIS-Polizei-VO (= VO 2018/1862) ergibt. Denn die Gewährleistung nationaler Sicherheit durch Geheimdienste fällt nicht in den « Anwendungsbereich des Unionsrechts » (s. Art. 2 Abs. 3 lit. a) RL 2016/680).

178 Einschliesslich Sicherheitskontrollen von Drittstaatsangehörigen, die internationalen Schutz beantragen, durchführenden und die für Einbürgerung zuständigen Behörden. Vgl. zum Ganzen Art. 44 Abs. 1 lit. e) und Abs. 2 sowie Art. 34 Abs. 1 lit. e) und Abs. 2 SIS-Polizei-VO (= VO 2018/1862).

179 Siehe auch Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems (SIS) im Bereich der polizeilichen Zusammenarbeit und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, COM(2016) 883 final vom 21.12.2016, S. 19.

180 Art. 46 und 47 SIS-Polizei-VO (= VO 2018/1862). Hier handelt es sich jeweils um beschränkte Zugänge.

181 Vgl. im Einzelnen Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, « Erläuternder Bericht zur Übernahme und Umsetzung des Reformpakets zum Schengener Informationssystem (SIS) – Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstandes », Februar 2019, 16.

182 Ausführlich URSULA CASSANI, SABINE GLESS, ROBERT ROTH & CHRISTIAN SAGER, « Chronique de droit pénal suisse dans le domain international (2015)/Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2015), 26 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (2016), 486 f.

diesen Datenschutzrahmen musste auch die Datenverarbeitung in Bezug auf das SIS angepasst werden.

Die neuen SIS II Verordnungen stellen klar, dass die Datenschutzbestimmungen der vorgenannten unionsrechtlichen Akte auch für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen des SIS gelten.<sup>183</sup> Ein im Hinblick auf das Transparenzgebot und der effektiven Sicherung des Grundrechts auf Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GrCh) wünschenswerter einheitlicher Datenschutzrahmen wird jedoch weiterhin aus mehreren Gründen nicht erreicht:<sup>184</sup>

Erstens ist die Abgrenzung zwischen DS-GVO und Richtlinie 2016/680 schwierig.<sup>185</sup> So kann es dazu kommen, dass die Ersterhebung der Daten durch eine Behörde der DS-GVO unterfällt, während für die Verwendung der Daten durch eine andere Behörde das die Richtlinie umsetzende nationale Datenschutzgesetz massgeblich ist. Denn letztlich ist für die Abgrenzung auf den Zweck der Datenverarbeitung abzustellen, nicht darauf, wie die Behörde institutionell-organisatorisch einzuordnen ist.<sup>186</sup> Zweitens haben die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Datenschutzrichtlinie Spielräume. Die mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetze können deshalb in einzelnen Punkten ganz unterschiedlich ausgestaltet sein. Drittens kommen eigene datenschutzrechtliche Vorschriften hinzu, wenn die Datenverarbeitung durch EU-Agenturen erfolgt. Dies ist namentlich bei der Verarbeitung personenbezogener SIS-Daten durch Europol der Fall, da hierfür die besonderen Datenschutzregelungen in der Rechtsgrundlage von Europol – der Verordnung 2016/794 – gelten.<sup>187</sup>

Betroffene Bürger finden sich in einem Datenschutzdschungel, zumal in der Praxis oft unklar bleiben dürfte, welche personenbezogenen Daten, wann, durch welche Behörde und wie verarbeitet worden sind. Dadurch entsteht die Gefahr, dass die zustehenden Rechte faktisch entweder nicht wahrgenommen oder im Kompetenzgerangel der einzelnen Behörden nicht effektiv durchgesetzt werden können.<sup>188</sup>

183 Art. 66 Abs. 2 und 3 SIS-Polizei-VO (= VO 2018/1862) und Art. 51 Abs. 2 SIS-Grenzkontrollen-VO (= VO 2018/1861).

184 Kritisch schon zur Vorgängerregelung STÄMPFLI, *supra*, Fn. 173, 247 ff., 415.

185 DIETER KUGELMANN, « Bausteine und Perspektiven des Rechts der Zivilen Sicherheit », in: Ch. Gusy, D. Kugelmann & Th. Würtenberger (Hrsg.), *Rechtshandbuch Zivile Sicherheit*, Heidelberg 2017, Kap. 31, Rn. 37; zur Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereiches der Richtlinie siehe GERRIT HORNING, STEPHAN SCHINDLER & JANA SCHNEIDER, « Die Europäisierung des strafverfahrensrechtlichen Datenschutzes », ZIS 2018, 566.

186 PETRA BECKERHOFF, « Reform des europäischen Datenschutzrechts », *eucri* 2017, 88, 89.

187 Art. 66 Abs. 1 SIS-Polizei-VO (= VO 2018/1862) und Art. 51 Abs. 1 SIS-Grenzkontrollen-VO (= VO 2018/1861); siehe für weitere Spezialregelungen verschiedener Agenturen Art. 66 Abs. 1 SIS-Polizei-VO (= VO 2018/1862) i.V.m. Verordnung (EU) 2018/1725 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2018 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 45/2001 und des Beschlusses Nr. 1247/2002/EG, ABl. L 295, 21.11.2018, 39.

188 Vgl. auch STÄMPFLI, *supra*, Fn. 173, 420.

Erfreulich ist, dass auch die neuen SIS-Rechtsgrundlagen einige innovative datenschutzrechtliche Aspekte beibehalten. So können Betroffene ihre Rechte auf Auskunft, Berichtigung, Löschung, Information oder Schadensersatz in allen Staaten ausüben, in denen das SIS II betrieben wird, unabhängig davon, welcher Mitgliedstaat die Ausschreibung tatsächlich vorgenommen hat.<sup>189</sup> Ferner bleiben die Staaten verpflichtet, die unanfechtbaren Entscheidungen der Gerichte oder Behörden (z.B. Datenschutzbehörde/-kommission) entsprechend zu vollziehen.<sup>190</sup> Beibehalten wird auch die Organisation der Datenkontrolle: Die nationalen Aufsichtsbehörden überwachen die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen in ihren jeweiligen Ländern.<sup>191</sup> Der Europäische Datenschutzbeauftragte überwacht die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen durch eu-LISA im zentralen SIS II. Durch die gemeinsame Zusammenarbeit der Behörden wird eine koordinierte Aufsicht gewährleistet.<sup>192</sup>

## 6. Umsetzung in der Schweiz

Die neuen SIS-Verordnungen sind am 28.12.2018 in Kraft getreten. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Bestimmungen der Verordnungen in allen ihren Teilen auch ab diesem Tag in allen Staaten anwendbar sind. Sie müssen noch technisch und rechtlich umgesetzt werden.<sup>193</sup>

Der Bundesrat hat am 13. Februar 2019 die Vernehmlassung zur Übernahme und Umsetzung des SIS-Reformpakets eröffnet. Sie beinhaltet den Erläuternden Bericht sowie entsprechende Vorentwürfe für Änderungen der Bundesgesetze und für die Notenaustausche gegenüber der EU.<sup>194</sup> Was die SIS-Polizei-VO anbelangt, besteht rechtlicher Anpassungsbedarf vor allem in Bezug auf die Erweiterung der Datenkategorien, die Ausschreibung von schutzbedürftigen Personen, die Einführung der Ausschreibung zu Ermittlungsanfragen, die zusätzlichen Objektkategorien bei Sachfahndungsausschreibungen, die neue Ausschreibungskategorie zu unbekannt gesuchten Personen zwecks Identifizierung sowie die bisher nicht enthaltenen Zugriffsrechte von Zulassungsstellen.<sup>195</sup>

Ausgehend vom Verfahren zur Übernahme der Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstandes (Art. 7 SAA)<sup>196</sup> muss die Schweiz die Übernahme und Um-

189 Art. 68 Abs. 1 SIS-Polizei-VO (= VO 2018/1862); vgl. dazu auch den eindeutigeren Wortlaut in der ursprünglichen Vorschrift zur Rechtsschutzgarantie in Art. 111 SDÜ.

190 Art. 68 Abs. 2 SIS-Polizei-VO (= VO 2018/1862).

191 Art. 69 Abs. 1 SIS-Polizei-VO (= VO 2018/1862).

192 Vgl. Art. 71 SIS-Polizei-VO (= VO 2018/1862).

193 Die Inbetriebnahme des SIS gemäss der SIS-Polizei- und SIS-Grenzkontrollen-Verordnungen bestimmt die Europäische Kommission, vgl. Art. 79 Abs. 2 SIS-Polizei-VO (= VO 2018/1862) und Art. 66 Abs. 2 SIS-Grenzkontrollen-VO (= VO 2018/1861). Der Beschluss soll spätestens am 28.12.2021 erfolgen.

194 Abrufbar unter: <[https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2019/ref\\_2019-02-13.html](https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2019/ref_2019-02-13.html)>.

195 EJPD, supra, Fn. 181, 31 ff.

196 GLESS, supra, Fn. 163, Rn 560 ff.

setzung der Verordnungen bis 20. November 2020 notifizieren. Diese Frist kann jedoch verlängert werden, wenn der EU-Zeitplan einen späteren Umsetzungsstermin vorsieht.<sup>197</sup> Eine allfällige Nichtübernahme der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes könnte zu einer Beendigung der Schengen-Zusammenarbeit insgesamt führen (Art. 7 Abs. 4 SAA).

### C. Ausblick: Interoperabilität

Das Schengener Informationssystem wird durch weitere Informationssysteme ergänzt. Neben dem bereits existierenden Visa-Informationssystem (VIS), das den europaweiten Datenaustausch über Schengen-Visa sicherstellt, und Eurodac, das den europaweiten Abgleich der Fingerabdrücke von Asylbewerbern und illegalen Einwanderern ermöglicht, werden künftig zwei weitere grosse Informationssysteme hinzutreten, welche Reisebewegungen von Drittstaatsangehörigen erfassen.<sup>198</sup> Bereits die Errichtung dieser neuen Informationssysteme sowie die erweiterte Nutzung des SIS II zu Strafverfolgungszwecken hat datenschutzrechtliche Bedenken hervorgerufen.<sup>199</sup> Datenschutzrechtliche Probleme, insbesondere im Hinblick auf Verhältnismässigkeit, Einhaltung des datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatzes sowie ausreichende Gewährleistungen der datenschutzrechtlichen Individualrechte nach Auskunft, Löschung oder Korrektur personenbezogener Daten, potenzieren sich jedoch, wenn man nicht nur das Design der Informationssysteme separat betrachtet, sondern die Zugriffsmöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden im Gesamten.

Hintergrund ist die anvisierte « Interoperabilität » der Informationssysteme aus den Bereichen Sicherheit, Grenzschutz und Migrationskontrolle. Dadurch sollen bisher getrennt in den IT-Grosssystemen gespeicherte Informationen zusammengeführt werden, um noch existierende Informationslücken für die zuständigen Behörden zu schliessen.<sup>200</sup> Als Ziel wird neben einer effizienteren Kontrolle der EU-Aussengrenzen und der Verhinderung bzw. Bekämpfung illegaler Migration auch die Verbesserung der Sicherheit innerhalb der EU definiert.

197 EJPD, *supra*, Fn. 181, 7.

198 Hierbei handelt es sich um das Ein- und Ausreisensystem (EES) und das Europäische Reiseinformations- und -genehmigungssystem ETIAS. Vgl. dazu näher CASSANI ET AL., *supra*, Fn. 47, 436 f.

199 CASSANI ET AL., Fn. 47, 439 f.

200 Vgl. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen (polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit, Asyl und Migration), COM(2017) 794, final 1.

Das Europäische Parlament und der Rat der EU haben den Rechtsrahmen für diese Interoperabilität im Mai 2019 angenommen.<sup>201</sup> Verschiedene Interoperabilitätskomponenten sollen künftig sicherstellen, dass die Behörden Abfragen parallel in mehreren EU-Informationssystemen durchführen können, und zwar sowohl von biografischen als auch biometrischen Daten. Der Rahmen erstreckt sich auf das SIS II, VIS, Eurodac, EES, ETIAS und das Strafregistraustauschsystem ECRIS-TCN. Die Umsetzung des Programmes « Interoperabilität » beginnt noch 2019. Es wird damit gerechnet, dass alle Komponenten 2023 verfügbar sind.

Das Vorhaben wurde bereits im Vorfeld heftig kritisiert.<sup>202</sup> Der Europäische Datenschutzbeauftragte merkte unter anderem an, dass die Interoperabilität zuvorderst nicht eine technische, sondern eine politische Wahl sei, welche tiefgreifende rechtliche und gesellschaftliche Folgen habe. Die Entscheidung des EU-Gesetzgebers, die IT-Grosssysteme interoperabel zu machen, habe nicht nur permanente und tiefgreifende Auswirkungen auf die Struktur der Systeme und die Art ihrer Anwendung, sondern verändere auch die Art, wie Rechtsprinzipien im Bereich Justiz und Inneres bisher interpretiert worden sind, was zu einer unumkehrbaren Entwicklung führe.<sup>203</sup>

Die Schweiz stellt das neue Ziel einer Interoperabilität wieder vor die Frage, ob und wie sie die EU-Schritte in Richtung einer immer engeren Verflechtung mitgehen soll – denn aus Sicht der EU gelten die Interoperabilitäts-Verordnungen als Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes.

201 Verordnung (EU) 2019/818 vom 20. Mai 2019 zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen (polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit, Asyl und Migration) und zur Änderung der Verordnungen (EU) 2018/1726, (EU) 2018/1862 und (EU) 2019/816, ABl. L 135, 22.05.2019, 85; Verordnung (EU) 2019/817 vom 20. Mai 2019 zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen in den Bereichen Grenzen und Visa und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008, (EU) 2016/399, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240, (EU) 2018/1726 und (EU) 2018/1861 des Europäischen Parlaments und des Rates, der Entscheidung 2004/512/EG des Rates und des Beschlusses 2008/633/JI des Rates, ABl. L 135, 22.05.2019, 27.

202 Vgl. THOMAS WAHL, « Data Protection Experts Give Critical Statement on Planned Interoperability », eucrim 1/2018, 21; CORNELIA RIEHLE, « FRA Opinion on Interoperability », eucrim 1/2018, 21.

203 EDPS, « Opinion 4/2018 on the Proposals for two Regulations establishing a framework for interoperability between EU large-scale information systems », 16. April 2018, 3.