

[1 | 2021]

ANWALTS

REVUE

DE L'AVOCAT

NIKLAUS RUCKSTUHL / KONRAD JEKER

Revision StPO – wohin gehen wir? SEITE / PAGE 5

ANDREAS GÜNGERICH

Revision der Schweizerischen
Zivilprozessordnung SEITE / PAGE 13

KASTRIOT LUBISHTANI / HADRIEN MONOD / RYAN GAUDERON

De l'exception à la règle
avec l'art. 80d^{bis} EIMP SEITE / PAGE 27



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA	2
IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	3
<hr/>	
THEMA / QUESTION DU JOUR	
Niklaus Ruckstuhl / Konrad Jeker Revision StPO – wohin gehen wir?	5
Andreas Güngerich Revision der Schweizerischen Zivilprozessordnung	13
Arnold Marti ZPO-Revision: Minimale Korrekturen beim Kostenvorschussrecht können das Recht auf Zugang zur Zivilgerichtsbarkeit nicht gewährleisten	17
Peter Breitschmid Die Revision(en) des Erbrechts	21
Kastriot Lubishtani / Hadrien Monod / Ryan Gauderon De l'exception à la règle avec l'art. 80d ^{bis} EIMP	27
Georg Rauber Lizenzierung von Software	35
<hr/>	
ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU	
Nicolas Gillard Plattform juridique en ligne: quand l'Ordre s'en mêle	43
<hr/>	
SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX	
Der SAV teilt mit / La FSA vous informe	46

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
24. Jahrgang 2021 / 24^e année 2021
ISSN 1422-5778 (Print)
e-ISSN 2504-1436 (Online)

Erscheinungsweise / Parution
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband /
Fédération Suisse des Avocats

Co-Chefredaktion / Co-rédacteurs en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (VL)
Koehnergasse 6, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bern.law

Dr. Patrick Sutter, Rechtsanwalt (PS)
Färberstrasse 4, CH-8832 Wollerau
Tel. 044 687 32 32, Fax 044 687 32 33
patrick.sutter@klgp.ch

**Kontakt Verlag /
Contact maison d'édition**
Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com
anwaltsrevue@staempfli.com
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Livia Kunz, MLaw (LKU)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli AG
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 82
mediavermarktung@staempfli.com

Auflage / Tirage
10 286 Exemplare / exemplaires
(notariell beglaubigt / authentifié par
un notaire)

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
zeitschriften@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.
Les membres de la FSA s'adressent
directement à la FSA pour leurs **change-
ments d'adresse**.

Preise / Prix
Jährlich / Annuel:
CHF 233.-, EUR 271.- (Print und Online);
CHF 187.-, EUR 187.- (Online)
Studenten / Etudiants: CHF 123.-
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 28.-, EUR 28.-
Mitglieder des SAV gratis /
Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2,5% MwSt. /
Tous les prix incluent la TVA de 2,5%
Die Preisangaben in € gelten nur
für Europa.
Les prix indiqués en € ne sont valables
que pour l'Europe.
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate
vor Ende der Laufzeit möglich. /
Résiliation de l'abonnement possible
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de
l'abonnement.

Copyright
©Titel <<AnwaltsRevue / Revue de
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-
verband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-
scher Anwaltsverband, Bern.
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /
Tous droits réservés. La revue est protégée
par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen
und Autoren geäußerte Meinungen und
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-
gen der Redaktion oder des SAV decken. /
Les opinions exprimées dans cette revue
par les auteurs sont personnelles et n'en-
gagent ni la rédaction ni la FSA.

DE L'EXCEPTION À LA RÈGLE AVEC L'ART. 80^d^{bis} EIMP

KASTRIOT LUBISHTANI

PhD cand. iur, MLaw, Assistant diplômé au Centre de droit pénal de l'Université de Lausanne

HADRIEN MONOD

PhD cand. iur, MLaw, Assistant diplômé au Centre de droit pénal de l'Université de Lausanne

RYAN GAUDERON

PhD cand. iur, MLaw, Assistant diplômé au Centre de droit pénal de l'Université de Lausanne

Mots-clés: lutte contre le terrorisme, entraide judiciaire internationale en matière pénale, transmission anticipée, entraide dynamique, art. 80^d^{bis} EIMP

L'art. 80^d^{bis} EIMP instaure le principe de la transmission anticipée à l'étranger sans contrôle judiciaire a priori. Cette nouvelle disposition qui doit permettre de lutter plus efficacement contre le terrorisme a suscité de nombreuses critiques au cours des travaux préparatoires, notamment parce qu'elle tend à généraliser une mesure se voulant exceptionnelle. Or, si certaines rectifications ont été apportées par le législateur, le résultat final n'est pas exempt de tout reproche.

I. Introduction

La lutte contre le terrorisme rime en droit avec la mise en place de régimes dérogatoires. L'exceptionnelle gravité du phénomène ne justifie pas tous les moyens, mais force est de constater qu'elle déplace en tout cas les limites dans divers domaines juridiques en mettant à l'épreuve les principes généraux de l'État de droit¹. La succession d'attentats perpétrés cette dernière décennie a indéniablement servi de catalyseur à une impressionnante activité normative. À la surveillance de masse du renseignement² viendront bientôt s'ajouter la généralisation de la répression pénale des actes préparatoires objectivement inoffensifs³ et les nouvelles mesures policières de lutte contre le terrorisme pour tout «terroriste potentiel», dont la très contestée assignation à résidence⁴.

C'est dans le contexte du renforcement de l'arsenal sécuritaire de la Confédération que s'inscrit la révision de la Loi fédérale sur l'entraide judiciaire internationale en

- 1 HANS VEST, *Terrorismusbekämpfung – erweiterte Vorfeld-durchleuchtung und -kriminalisierung oder Mut zur Lücke?*, RSJ 10/2020 323, p. 334 s.; FRÉDÉRIC BERNARD, *Lois contre le terrorisme et État de droit*, SJ 2016 II 177.
- 2 BERNHARD ISENRING/LAURA QUIBLIER, *Der Preis der Sicherheit. Die weitreichenden Instrumente des neuen Nachrichtendienstgesetzes im Überblick – Unzulänglichkeiten des NDG aus Sicht der Strafverteidigung*, *Sécurité & Droit* 3/2017 127, p. 128, au sujet des art. 39 ss LRens (RS 121), évoquent un «Überwachungsstaat». Voir par ailleurs: TF, arrêt 1C_377/2019 du 1.12.2020.
- 3 FF 2020 7651. La novelle comprend un art. 260^{sexies} CP relatif au recrutement, à la formation et au voyage en vue d'un acte terroriste. À ce sujet, cf. VEST, op. cit., p. 332 ss; KASTRIOT LUBISHTANI, *Terrorisme et droit pénal des mineurs: une équation complexe valant le détour par Winterthour*, *forumpoenale* 2/2020 141, p. 145 ss; NATHALIE DONGOIS/KASTRIOT LUBISHTANI, *Un droit pénal publicisé dans le contexte de la sécurité nationale à l'épreuve de la menace terroriste*, in: Véronique Boillet *et al.* (édit.), *Le droit public en mouvement, Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 182 s.
- 4 FF 2020 7499. La novelle introduit les art. 23e ss dans la LMSI (RS 120). Elle a été sévèrement critiquée par une soixantaine

matière pénale⁵. Pour lutter plus efficacement contre le terrorisme, le législateur a notamment adopté un nouvel art. 80d^{bis} EIMP qui consacre avec la «transmission anticipée» vers l'étranger une nouvelle forme «dynamique» d'entraide, c'est-à-dire en temps réel⁶. Il s'agit d'un changement de paradigme fondamental, car la transmission peut avoir lieu sans contrôle judiciaire *a priori*. Sans être entouré de cautèles appropriées le limitant à des faits relevant d'une criminalité grave, l'avant-projet, puis le projet de l'art. 80d^{bis} EIMP ont immédiatement été critiqués par la doctrine⁷. Pourtant, le processus parlementaire n'a pas remédié aux insuffisances de la disposition.

L'introduction de ce mécanisme soulève des interrogations que la présente contribution entend examiner. Pour ce faire, nous reviendrons tout d'abord sur l'entraide au sens strict de manière générale (II.). Cela permettra ensuite de mieux mettre en lumière le changement opéré par l'art. 80d^{bis} EIMP et les divers problèmes qui en découlent (III.), pour conclure sur l'éventuel besoin de repenser l'avenir de l'entraide pénale (IV.).

II. Petite entraide

Comme son nom l'indique, l'entraide judiciaire internationale en matière pénale concerne la collaboration que deux États peuvent entreprendre dans le respect de leur souveraineté respective pour mener à bien des procédures pénales nationales comportant des éléments d'extranéité⁸. Cette coopération se caractérise par le fait qu'un État «requis» accorde à l'État «requérant» une forme de soutien pour une procédure pénale interne conduite par ce dernier⁹. L'EIMP se divise en quatre sections: l'extradition (art. 32 ss); les autres actes d'entraide, aussi appelés entraide au «sens strict» ou «petite entraide» (art. 63 ss)¹⁰; la délégation de la poursuite pénale (art. 85 ss); et l'exécution de décisions pénales étrangères (art. 95 ss).

1. Principe

L'entraide au sens strict se rapporte à certains actes spécifiques pouvant prendre plusieurs formes, à savoir: la notification de documents, la remise de dossiers ou de documents, la remise d'objets ou de valeurs, la recherche et la transmission de moyens de preuve, ainsi que les fouilles, séquestres, auditions ou confrontations de personnes¹¹. L'accomplissement de ces différents actes se déroule selon une procédure particulière.

Schématiquement et généralement, cette procédure est engagée par une «demande»¹² émanant d'un État requérant auprès de l'OFJ (art. 17 al. 2 et 29 al. 1 EIMP). Si cette demande n'apparaît pas manifestement irrecevable (art. 17 al. 2 *in fine* EIMP), l'OFJ transmet alors la requête à une autorité – en général un ministère public cantonal ou le Ministère public de la Confédération – chargée d'exécuter l'objet de la requête (art. 79 et 80 EIMP). Dans ce cadre, l'autorité d'exécution devra concrètement accomplir les actes requis (pour autant qu'ils soient prévus par le CPP¹³) et procéder aux éventuels séquestres, auditions et autres mesures d'investigation¹⁴. À cet égard, elle peut être ame-

née à rendre des décisions incidentes susceptibles de recours lorsque celles-ci pourraient causer un préjudice immédiat et irréparable (art. 80e al. 2 EIMP).

Après avoir exécuté la mesure, l'autorité concernée rassemble et trie¹⁵ les éléments qu'elle a obtenus avant de rendre une décision de clôture portant sur l'étendue concrète de l'entraide accordée (art. 80d EIMP). Si cette décision de clôture n'est pas contestée (art. 80e ss EIMP), les informations et les moyens de preuves récoltés sont transmis à l'État requérant selon les art. 74 et 74a EIMP. Ce dernier n'étant, en principe¹⁶, pas partie à la procédure

d'experts des universités suisses, cf.: <<https://www.amnesty.ch/fr/pays/europe-asie-centrale/suisse/docs/2020/les-lois-antiterroristes-sapent-letat-de-droit/mpt-lettre-ouverte.pdf>> (consulté le 30.12.2020). Voir en doctrine: VEST, op. cit., p. 326 ss; GLORIA GAGGIOLI/ILLYA SOBOL, Counter-terrorism control orders come to Switzerland: is assigned residence for 'potential terrorists' compatible with art. 5 ECHR?, EJIL:TALK, 6.6.2020, <<https://www.ejiltalk.org/counter-terrorism-control-orders-come-to-switzerland-is-assigned-residence-for-potential-terrorists-compatible-with-art-5-echr/>> (consulté le 30.12.2020); KASTRIOT LUBISHTANI/HADRIEN MONOD, Mesures policières de lutte contre le terrorisme. Analyse critique du projet de loi fédérale, Sécurité & Droit 1/2020 19, p. 22 ss.

⁵ EIMP; RS 351.1.

⁶ La révision de l'EIMP a été traitée dans le cadre du projet de ratification des traités internationaux relatifs à la prévention du terrorisme du Conseil de l'Europe et de la modification correspondante du Code pénal précitée (n. 3). Pas contestée, elle devrait prochainement entrer en vigueur. L'autre innovation relative à l'entraide constitue l'introduction de l'équipe d'enquête commune (art. 80d^{ter} ss EIMP).

⁷ ALAIN MACALUSO/HADRIEN MONOD, Entraide spontanée – entraide sauvage: quelle différence demain?, in: Bertrand Perrin *et al.* (édit.), Mélanges en l'honneur de Nicolas Queloz, Bâle 2020, p. 391 ss, N 27 ss; MARIA LUDWICZAK GLASSEY, Transmission anticipée: l'avenir de l'entraide en matière pénale?, Jusletter du 20.4.2020 (Transmission), N 38 s.; ROBERT ZIMMERMANN, Les rapports entre l'entraide judiciaire internationale et la procédure pénale nationale, SJ 2018 II 1 (Rapports), p. 17 ss.

⁸ ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5^e éd., Berne 2019 (Coopération), N 1 ss; MARIA LUDWICZAK GLASSEY, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle 2018 (Entraide), N 2 s.

⁹ MACALUSO/MONOD, op. cit., N 2; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (OFJ), L'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Directives, 9^e éd., 2009, p. 5; CURT MARKEES, Entraide internationale en matière pénale – Loi fédérale du 20.3.1981 (EIMP) I: Dispositions générales, FJS 421, 421a, 421b, 1982.

¹⁰ LUDWICZAK GLASSEY, Entraide, op. cit., N 7; OFJ, Directives 2009, op. cit., p. 5.

¹¹ BSK ISTR-HEIMGARTNER/NIGGLI, Einführung N 29, in: Stefan Heimgartner/Marcel Alexander Niggli (édit.), Basler Kommentar. Internationales Strafrecht, 1^{ère} éd., Bâle 2015; CR Entraide, Introduction générale, N 22 ss, in: Laurent Moreillon (édit.), Commentaire romand. Entraide internationale en matière pénale, Bâle 2004. Voir également: MACALUSO/MONOD, op. cit., N 3; LUDWICZAK GLASSEY, Entraide, op. cit., N 9; OFJ, Directives 2009, op. cit., p. 5.

¹² Celle-ci doit respecter les limites posées par les art. 2, 3 et 4 EIMP. ¹³ RS 312.0.

¹⁴ LUDWICZAK GLASSEY, Transmission, op. cit., N 4 s.; BSK ISTR-HEIMGARTNER, art. 63 N 15.

¹⁵ Pour plus de détails sur le tri des pièces récoltées et l'avis de prochaine clôture rendu par l'autorité à l'égard des diverses personnes concernées par les mesures d'exécution, voir: LUDWICZAK GLASSEY, Entraide, op. cit., N 329 ss.

¹⁶ L'État requérant peut être partie à la procédure s'il démontre qu'il est un lésé au sens de l'art. 21 al. 2 EIMP. Voir à ce sujet ZIMMERMANN, Coopération, op. cit., N 284 ss.

d'entraide conduite par l'État requis, il ne bénéficie d'aucun accès au dossier et ne peut donc pas obtenir les résultats issus des actes d'exécution avant la transmission, c'est-à-dire après d'éventuels recours¹⁷.

Le processus classique de la petite entraide prend évidemment un certain temps. Or dans certaines enquêtes, l'enjeu réside dans le fait de trouver un juste équilibre entre la nécessité de répondre, le cas échéant, favorablement et efficacement aux requêtes d'un État étranger et de garantir l'indispensable respect des droits des personnes concernées par des actes d'entraide¹⁸.

2. Exception: entraide spontanée (art. 67a EIMP)

Bien que la transmission de moyens de preuve intervienne généralement à la suite d'une procédure relativement longue, il existe, depuis le 1.2.1997, une forme d'entraide dite «spontanée» qui permet, en dérogation au principe précédemment exposé, de transmettre certaines informations à l'État requérant avant même qu'une décision de clôture soit rendue (art. 67a EIMP). Dès son introduction, son objectif était de doter les autorités judiciaires d'outils modernes pour lutter plus efficacement contre la criminalité transfrontalière et économique¹⁹. Ainsi, la disposition autorise la transmission à un État requérant de renseignements que l'autorité de poursuite pénale suisse aurait recueillis au cours de sa propre enquête nationale. L'art. 67a EIMP envisage alors deux formes d'entraide spontanée: l'une complémentaire et l'autre anticipée²⁰. Toutes deux visent principalement à faciliter une éventuelle future demande d'entraide d'un État étranger, mais aussi à éviter que des informations utiles à ce dernier ne puissent être exploitées²¹.

L'entraide spontanée «complémentaire» correspond au cas où l'État requis transmet des renseignements qui pourraient servir à l'État requérant dans l'optique d'une seconde demande d'entraide plus précise²². Les informations transmises à ce titre permettront à l'autorité étrangère d'envoyer une nouvelle requête d'entraide complémentaire à la première. En revanche, ces informations ne doivent pas concerner l'objet de la demande initiale, ni s'inscrire dans le cadre d'une remise selon le principe de l'utilité potentielle, auquel cas il s'agirait d'une forme d'exécution de la première demande, nécessitant alors inévitablement une décision de clôture²³. Quant à l'entraide spontanée «anticipée», elle porte sur la transmission d'informations ou de moyens de preuve de l'autorité suisse à son homologue étrangère avant même que cette dernière n'ait préalablement adressé une requête d'entraide. Ce cas de figure permet à l'État étranger, disposant alors de précieuses informations, d'ouvrir une procédure pénale nationale et, le cas échéant, de requérir subseqüemment la collaboration de l'autorité suisse.

L'entraide spontanée, telle que prévue à l'art. 67a EIMP, constitue une exception aux principes de l'entraide. Ainsi, afin de ne pas éluder ses règles générales, elle est toutefois soumise à diverses conditions²⁴. En ce sens, le Tribunal fédéral a rappelé dans un arrêt de principe que les exceptions prévues par l'art. 67a EIMP s'envisageaient

«moyennant des précautions particulières, dans la mesure où [ces actes d'entraide] sont prévus par le droit interne»²⁵. Or le Tribunal fédéral constate, au moment de rendre cet arrêt, que l'entraide «dynamique», portant sur la transmission en temps réel d'écoutes téléphoniques, n'est pas autorisée, faute de base légale. Notre Haute Cour reconnaît objectivement qu'elle «peut se révéler d'une grande utilité», mais ne semble pas pour autant critiquer la solution légale. Les juges relèvent uniquement qu'un changement législatif est nécessaire pour permettre une telle transmission en temps réel²⁶.

III. Nouvelle transmission anticipée (art. 80d^{bis} EIMP)

1. Travaux préparatoires

À la suite de cet arrêt énonçant clairement l'interdiction de l'entraide dynamique, une proposition de révision de l'EIMP a vu le jour pour autoriser cette pratique. Elle s'est inscrite dans le cadre de l'avant-projet relatif à la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et son Protocole additionnel, ainsi que le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé²⁷. Afin d'assurer principalement le secret de procédures pénales menées dans ce contexte pour les «cas urgents» et «sauver des vies», mais avec «toutes les garanties», deux nouvelles adjonctions à l'EIMP ont été proposées: la transmission anticipée (art. 80d^{bis}) et l'équipe d'enquête commune (art. 80d^{ter})²⁸.

¹⁷ MACALUSO/MONOD, op. cit., N 4.

¹⁸ MACALUSO/MONOD, op. cit., N 5; LUDWICZAK GLASSEY, Transmission, op. cit., N 9.

¹⁹ BSK ISTR-GLUTZ, Art. 67a N 5 s.; FF 1995 III 1, 24.

²⁰ MACALUSO/MONOD, op. cit., N 10.

²¹ ATF 129 II 544, c. 3.1 s. Voir en doctrine: MACALUSO/MONOD, op. cit., N 10; ZIMMERMANN, Coopération, op. cit., N 415 ss; LUDWICZAK GLASSEY, Entraide, op. cit., N 276.

²² MARIA LUDWICZAK, Dans la jungle de l'entraide internationale en matière pénale, in: Sévane Garibian/Yvan Jeanneret (édit.), Dodécaphonie pénale – Liber discipulorum en l'honneur du Professeur Robert Roth, Genève 2017, p. 122. Voir également: MACALUSO/MONOD, op. cit., N 10.

²³ MACALUSO/MONOD, op. cit., N 10; LUDWICZAK GLASSEY, Entraide, op. cit., N 272.

²⁴ BSK ISTR-GLUTZ, Art. 67a N 28. Selon l'art. 67a EIMP, il faut distinguer s'il s'agit de «moyens de preuve» ou d'«informations» et si ces renseignements touchent au domaine secret. Si des moyens de preuves touchant au domaine secret sont absolument intransmissibles, les «informations» du même type le sont sous conditions (cf. al. 4 et 5).

²⁵ ATF 143 IV 186, c. 2.1. Voir plus récemment: ATF 146 IV 36, c. 2.2.

²⁶ ATF 143 IV 186, c. 2.2 s. Voir à ce sujet: MARIA LUDWICZAK GLASSEY, L'entraide pénale internationale «dynamique» en bref, PJA 2021 71 ss, 72, qui voit dans l'arrêt du Tribunal fédéral la reconnaissance d'une «lacune improprement dite»; MARIA LUDWICZAK GLASSEY, Mesures d'entraide judiciaire «dynamiques» vs. Droit de l'entraide statique: 0:1, forumpenale 1/2018 50, p. 50 ss.

²⁷ OFJ, Avant-projet du 21.6.2017 et rapport explicatif concernant 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.

²⁸ OFJ, Rapport explicatif, op. cit., p. 50, repris dans le Message: FF 2018 6469, 6527.

Ainsi, l'art. 80d^{bis} al. 1 AP-EIMP devait permettre avant la décision de clôture, moyennant des garanties (al. 4), la transmission anticipée d'informations «en relation avec la prévention ou la poursuite de faits punissables donnant lieu à extradition: a. si l'intérêt de la procédure l'exige, notamment pour préserver la confidentialité de la procédure; ou b. afin de prévenir un danger grave et imminent, en particulier lié à la commission d'une infraction terroriste».

À ce stade déjà, l'objet de la révision de l'EIMP est apparu indéterminé. S'agissait-il de lutter contre le terrorisme ou de parer à l'impossibilité juridique, constatée par le Tribunal fédéral, de procéder à une transmission anticipée dans d'autres hypothèses²⁹, et, le cas échéant, pour quel type d'infraction? Compte tenu de la gravité de l'atteinte aux droits procéduraux de la personne concernée que provoquera l'art. 80d^{bis} EIMP, l'interrogation est centrale et a été longuement discutée au cours de son élaboration. Il ressort que, d'un côté, l'entraide dynamique est identifiée comme «la réponse la plus adéquate» à une criminalité dépassant les frontières, à l'instar du terrorisme. De l'autre, l'entraide dynamique vise aussi à renforcer la coopération internationale face à «d'autres formes de grave criminalité, telles que, notamment les crimes contre l'humanité, le blanchiment organisé ou la corruption»³⁰. En ce sens, l'avant-projet avait été libellé de façon à englober toute infraction extraditionnelle, si bien qu'il ne se limitait pas aux seuls faits pouvant relever du terrorisme ou d'une forme grave de criminalité. Par ailleurs, la transmission anticipée n'est pas une exigence du droit international et en particulier des instruments précités du Conseil de l'Europe³¹.

C'est donc sous couvert de la lutte contre le terrorisme que la généralisation de la transmission anticipée a été proposée. En raison de sa large étendue, ce mécanisme a été très critiqué par de nombreux participants à la consultation qui ont requis, sinon sa suppression, à tout le moins une version resserrant son champ d'application et clarifiant d'autres problèmes observés³². Le Conseil fédéral n'a que partiellement tenu compte des critiques émises³³. En effet, malgré l'inscription du caractère «exceptionnel» de la transmission anticipée, la condition de l'infraction sujette à extradition a été maintenue comme seuil de référence autorisant une transmission anticipée (art. 80d^{bis} al. 2 pEIMP). De plus, aucune cautèle restreignant la transmission anticipée à des faits véritablement graves n'a été introduite à l'al. 1, dont les deux hypothèses alternatives ont été maintenues par rapport à l'avant-projet. Par soucis de clarté, la condition de «l'intérêt de la procédure étrangère» jugée beaucoup trop imprécise a été remplacée par celle, tout aussi peu claire, de «difficulté excessive» dont souffrirait l'enquête étrangère sans cette transmission.

Devant l'Assemblée fédérale, la transmission anticipée a fait l'objet d'une âpre bataille politique entre les deux Chambres à la faveur de trois propositions du Conseiller aux États Beat Rieder: cumuler les conditions découlant des deux hypothèses de l'art. 80d^{bis} al. 1 let. a et b pEIMP; modifier la let. b pour préciser que le «danger grave et imminent» doit se rapporter à «la vie et à l'intégrité corporelle»; exiger «par écrit» les engagements de

l'État étranger à l'al. 4³⁴. Cette tentative de restreindre le projet gouvernemental s'est néanmoins heurtée à l'argumentaire de la lutte contre le terrorisme³⁵, malgré la mise en garde de plusieurs parlementaires, résumée ainsi par le Conseiller aux États Mathias Zopfi: «*Achtung, es geht hier nicht nur um Terroristen*»³⁶. En fin de compte, le Conseil national n'aura concédé qu'une minime adaptation du champ d'application de la disposition: l'art. 80d^{bis} al. 1 let. a EIMP a été circonscrit aux seules «affaires de criminalité organisée ou de terrorisme»³⁷. En revanche, les autres propositions acceptées par la Chambre haute ont été rejetées, et la révision de l'EIMP a été adoptée au vote final le 25.9.2020³⁸. Au moment d'écrire ces lignes, sa date d'entrée en vigueur n'a pas encore été fixée, mais celle-ci devrait intervenir prochainement, car ce projet de loi n'a pas été combattu par référendum.

2. Champ d'application matériel

A) Criminalité sujette à la transmission anticipée

À teneur de l'art. 80d^{bis} al. 1 EIMP, la transmission anticipée par l'autorité fédérale ou cantonale compétente d'informations ou de moyens de preuve à titre exceptionnel et avant la décision de clôture a pour objet, alternativement, les «affaires de criminalité organisée ou de terrorisme» (let. a) ou tout «danger grave et imminent, notamment la commission d'un acte terroriste» (let. b). Ce premier alinéa

²⁹ Notons que l'ATF 143 IV 186 portait sur un délit d'initié et l'ATF 146 IV 36 sur un trafic de stupéfiants.

³⁰ OFJ, Rapport explicatif, op. cit., p. 49 s., repris dans le Message: FF 2018 6469, 6526.

³¹ ORDRE DES AVOCATS DE GENÈVE, Consultation relative à l'avant-projet visant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé, 13.10.2017, p. 3, <<https://www.odage.ch/medias/documents/Actualités/Lt%20à%20M.%20Adrian%20Candrian%20-%202013%2010%202017.pdf>> (consulté le 30.12.2020). LUDWICZAK GLASSEY, Transmission, op. cit., N 33, souligne toutefois que «l'entraide dynamique fait l'objet d'une recommandation du groupe de travail de l'OCDE sur la corruption».

³² Voir notamment les avis du Tribunal pénal fédéral, de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police, de la Fédération suisse des avocats, de la Conférence des Préposé(e)s suisses à la protection des données et de l'Ordre des avocats de Genève, cf.: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html> > Droit fédéral > Consultations > Procédures de consultations terminées > 2017 > 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 > Avis Tribunaux et Avis Organisations. Voir en outre OFJ, Synthèse des résultats de la consultation, avril 2018, p. 11 ss, disponible sous <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2880/contre-le-terrorisme-et-le-crime-organise_Rapport-resultats_fr.pdf> (consulté le 30.12.2020).

³³ LUDWICZAK GLASSEY, Transmission, op. cit., N 33.

³⁴ BO 2020 E 78 et 83.

³⁵ Voir en particulier les interventions du Conseiller aux États Daniel Jositsch (BO 2019 E 1103, 220 E 78, 80 et 671) et des Conseillers nationaux Mauro Tuena (BO 2020 N 987 et 1009), Jacqueline de Quattro (BO 2020 N 989) et Martin Candinas (BO 2020 N 689).

³⁶ BO 2020 E 672. Voir également l'intervention du Conseiller aux États Beat Rieder (BO 2019 E 1105).

³⁷ BO 2020 N 1727.

³⁸ FF 2020 7651.

doit être lu parallèlement au deuxième, lequel subordonne la transmission anticipée à «la prévention ou la poursuite d'infractions donnant lieu à l'extradition». La détermination de la criminalité sujette à la transmission anticipée est rendue difficile à divers égards.

Si l'art. 80d^{bis} al. 2 EIMP est présenté par le Conseil fédéral comme une limite restreignant la portée de la transmission anticipée pour ne concerner que «les faits punissables [...] graves»³⁹, il n'en est rien. En effet, cet alinéa renvoie à l'art. 35 al. 1 let. a EIMP⁴⁰ et signifie que la transmission anticipée peut concerner toute infraction punissable d'une peine privative de liberté d'un an au moins⁴¹. Dès lors que seule une minorité d'infractions du Code pénal⁴² connaissent une peine-menace inférieure à ce seuil, il ne s'agit donc pas d'une véritable limitation. Au contraire, l'art. 80d^{bis} al. 2 EIMP ouvre le champ des possibles à la transmission anticipée pour un très grand nombre de comportements dont la gravité semble discutable. Dans le catalogue des infractions visées, il paraît certes légitime qu'y soient inclus l'assassinat (art. 112 CP), le meurtre (art. 111 CP), la prise d'otage (art. 185 CP), l'organisation criminelle et terroriste (art. 260^{ter} CP) ou les crimes contre l'humanité (art. 264a CP). Cependant, il en va autrement selon nous pour le vol (art. 139 CP), l'obtention illicite de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale (art. 148a CP) et même pour la représentation de la violence (art. 135 CP) qui est régulièrement retenue par le Ministère public de la Confédération dans des affaires de terrorisme⁴³.

À cette première incertitude suit à l'art. 80d^{bis} al. 1 let. a EIMP l'emploi des notions juridiques indéterminées de «criminalité organisée» et, en particulier, de «terrorisme». Celles-ci ont été rajoutées lors des travaux parlementaires, dans l'optique de restreindre le champ de la transmission anticipée aux affaires de terrorisme et de criminalité organisée. Toutefois, ces deux notions sont sujettes à interprétation: la «criminalité organisée» vise-t-elle uniquement l'art. 260^{ter} CP ou aussi le blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP) et les infractions de corruption (art. 322^{ter} ss CP)? Quant à lui, le «terrorisme» est-il «l'acte de violence criminelle» de l'art. 260^{quinquies} CP (Financement du terrorisme)⁴⁴ ou comprend-il toutes les incriminations d'actes préparatoires y relatifs, à savoir les art. 260^{ter}, 260^{bis} et 260^{quinquies}, mais aussi le nouvel art. 260^{sexies} CP (Recrutement, formation et voyage en vue d'un acte terroriste) ou encore l'art. 94 CPM⁴⁵ (Service militaire étranger)? Quoiqu'indéterminées, ces notions témoignent d'une volonté restrictive du législateur et devraient, selon nous, être interprétées de façon limitative.

Pour ne pas rester vaine, cette restriction aurait dû être une exigence dans tous les cas de figure. Tel n'est cependant pas le cas, puisqu'une proposition parlementaire en ce sens a été refusée et la restriction de l'art. 80d^{bis} al. 1 let. a EIMP constitue seulement une hypothèse alternative à l'art. 80d^{bis} al. 1 let. b EIMP. Or dans ce dernier, le législateur se réfère à la notion juridique tout aussi indéterminée de «danger grave et imminent, notamment la commission d'un acte terroriste», ce qui a pour effet d'élargir le cadre

de la criminalité sujette à la transmission. De façon regrettable, le Message ne permet pas de déterminer la nature de ce «danger» (pour qui?; pour quoi?). En effet, le vocable ne se rapporte en lui-même à aucune infraction délimitée, le législateur ayant malheureusement renoncé à le relier à «la vie et à l'intégrité corporelle»⁴⁶. Par conséquent, tout bien juridiquement protégé est susceptible d'être en danger. Lors des travaux parlementaires, la Conseillère fédérale Karin Keller-Sutter a parlé d'infractions graves (*schwere Straftaten*) étroitement liées (*in engem Zusammenhang*) à des infractions terroristes (*terroristische Straftaten*), puis mentionné à titre exemplatif les cyberattaques et la paralysie de l'approvisionnement en électricité ou d'une infrastructure d'importance stratégique pour le pays, ainsi que le trafic de stupéfiants, la traite d'êtres humains ou des femmes ou encore le blanchiment d'argent⁴⁷. Pourtant, le lien étroit établi par la Conseillère fédérale entre le «danger grave» et le terrorisme s'écarte du texte clair de l'art. 80d^{bis} al. 1 let. b EIMP, au vu de l'emploi de l'adverbe «notamment». Ces indications confirment plutôt que cette disposition ne contient aucune véritable limitation quant aux infractions envisagées. Ainsi, les seules cautions apparentes sont l'intensité «grave» du danger et sa proximité temporelle «imminente». Toutefois, ces délimitations sont si vagues qu'elles ne circonscrivent pas la tâche des autorités d'exécution, qui devront interpréter ces notions rapidement, voire dans l'urgence, au risque de les étirer sans contrôle judiciaire au préalable.

En définitive, la criminalité qui peut faire l'objet de la transmission anticipée apparaît comme incertaine, car très étendue et ne se limitant pas à des faits graves tel qu'un attentat. À notre sens, il est regrettable que le législateur n'ait pas privilégié la technique législative «par référence» au travers d'un catalogue d'infractions⁴⁸, car seul ce choix aurait été à même de définir clairement la portée de la transmission anticipée pour assurer une parfaite sécurité juridique du point de vue du principe de la légalité.

B) Nécessité de transmettre de manière anticipée

Il ressort de l'art. 80d^{bis} EIMP que tout est en réalité question de «nécessité». En effet, la transmission anticipée devient *nécessaire* pour l'État requérant, d'une part, en rai-

³⁹ FF 2018 6469, 6529.

⁴⁰ LUDWICZAK GLASSEY, *Transmission*, op. cit., N 33; ZIMMERMANN, *Rapports*, op. cit., p. 20 s.

⁴¹ MACALUSO/MONOD, N 38; ZIMMERMANN, *Rapports*, op. cit., p. 20; LUDWICZAK GLASSEY, *Entraide*, op. cit., N 887.

⁴² RS 311.0.

⁴³ Voir récemment: TPF, jugements SK.2019.38 du 26. 6. 2020 et SK.2019.63 du 18. 12. 2020.

⁴⁴ Au sujet de cette notion et des infractions qu'elle englobe, cf.: URSULA CASSANI, *Droit pénal économique. Éléments de droit suisse et transnational*, Bâle 2020, N 8.26 ss.

⁴⁵ RS 321.0.

⁴⁶ LUDWICZAK GLASSEY, *Transmission*, op. cit., N 37, s'est montrée critique face à cette proposition.

⁴⁷ BO 2020 E 673.

⁴⁸ Dans le même sens: ZIMMERMANN, *Rapports*, op. cit., p. 20 s.

son du fait que son enquête s'avère excessivement difficile ou parce que la confidentialité de la procédure doit être préservée (al. 1 let. a) et, d'autre part, pour prévenir d'un danger grave et imminent, notamment la commission d'un acte terroriste (al. 1 let. b). Pourtant reformulée à la suite des résultats de la procédure de consultation⁴⁹, nous sommes d'avis que cette condition supposément limitative⁵⁰ s'apparente, là aussi, à une fausse restriction. Sans parler de connivence entre autorités, il est fort à prévoir que la réalisation de cette condition soit trop facilement reconnue⁵¹. Il paraît peu probable que la nécessité invoquée par l'État requérant soit remise en question par l'autorité suisse, alors que celui-ci détient par hypothèse plus d'informations qu'elle, ou que l'État étranger s'oppose à une transmission spontanée de moyens de preuve⁵². La loi ne pose d'ailleurs pas d'exigence sur l'intensité de la force probante que doit revêtir la demande étrangère. Cet examen doit-il se limiter à la vraisemblance⁵³ ou être mené sur des éléments formellement prouvés? La requête devrait selon nous inclure les éléments minimaux permettant à l'autorité suisse de contrôler, au moins sommairement, la réalisation des conditions d'octroi⁵⁴.

Déjà élargi de manière substantielle par le jeu de conditions alternatives (art. 80d^{bis} al. 1 let. a et b EIMP), le champ d'application de cette nouvelle disposition se voit donc être encore étendu, malgré une supposée limitation relative à la nécessité.

3. Garanties compensatoires de l'État requérant

Conscient de l'entorse que représente une telle transmission sans aviser les personnes concernées, le législateur a fait le choix de «compenser» celle-ci par l'exigence de garanties à fournir par l'État requérant (art. 80d^{bis} al. 4 EIMP), outil déjà bien connu en entraide (art. 80p EIMP)⁵⁵.

A) Utilisation aux seules fins de l'investigation

Faisant en quelque sorte écho au principe de la spécialité⁵⁶, mais dans une forme quelque peu adaptée⁵⁷, la garantie de l'utilisation des informations aux seules fins de l'investigation (al. 4 let. a) devrait permettre de cadrer strictement l'entorse faite au régime général de l'EIMP. Concrètement, les éléments transmis ne doivent être exploités que dans le cadre de l'équivalent étranger de la procédure préliminaire suisse⁵⁸, notamment pour fonder l'existence de soupçons permettant ensuite le prononcé de mesures de contrainte urgentes⁵⁹. Par conséquent, toute mise en accusation, toute condamnation ou toute conclusion d'accord entre le prévenu et l'autorité de poursuite étrangère (*plea bargain*) fondées sur la base des éléments transmis sont prohibées⁶⁰.

B) Information à l'autorité fédérale ou cantonale compétente

D'après l'art. 80d^{bis} al. 4 let. b EIMP, l'autorité étrangère doit informer son homologue suisse que la mesure d'instruction menée par cette dernière ne nécessite plus d'être maintenue secrète vis-à-vis de la personne concernée. Cela signifie que la décision de transmission anticipée n'est

communiquée par l'autorité suisse à la personne concernée qu'une fois les besoins de l'enquête étrangère satisfaits. Ce n'est donc qu'après le «feu vert» de l'autorité étrangère que l'autorité d'exécution suisse informe la personne concernée (80m al. 1 EIMP). Cette forme de dessaisissement par l'autorité suisse de son pouvoir de diriger les actes accomplis sur son territoire n'est pas sans risques. En effet, une suspension incontrôlable de la procédure suisse peut intervenir, provoquant alors une période d'incertitude de plusieurs mois durant laquelle la personne intéressée ne pourra pas faire valoir ses droits⁶¹. Pour éviter une errance des éléments remis de manière anticipée dans une procédure étrangère restée au point mort, l'autorité suisse devrait selon nous interpeller l'État requérant lorsque ce dernier tarde à donner des nouvelles sur l'avancée de sa procédure interne. Selon les explications fournies, la décision de transmission doit pouvoir être réévaluée⁶².

C) Retrait des informations en cas de refus de l'entraide

Enfin, l'autorité étrangère doit s'engager à retirer les informations du dossier pénal si l'entraide est refusée (al. 4 let. c). Cette dernière garantie a été introduite à la suite de la procédure de consultation⁶³. La transmission peut être déclarée illicite par l'autorité de recours (TPF, puis TF) saisie d'un pourvoi contre la décision de clôture (art. 80d^{bis}

49 Cf. *supra* III./1.

50 FF 2018 6469, 6529.

51 Dans le même sens, ZIMMERMANN, *Rapports*, op. cit., p. 19; MACALUSO/MONOD, op. cit., N 38.

52 MACALUSO/MONOD, op. cit., N 38.

53 LUDWICZAK GLASSEY, *Transmission*, op. cit., N 35.

54 L'intensité du contrôle doit au moins être équivalent à ce qui prévaut dans le cadre de l'examen de la demande d'entraide (cf. art. 28 al. 1 et 2 EIMP). Voir sur ce point TF, arrêt 1C_519/2018 du 11.10.2018, c. 1.2 et les références citées.

55 ZIMMERMANN, *Rapports*, op. cit., p. 21, relève par ailleurs que le lien entre l'art. 80d^{bis} et l'art. 80p EIMP est peu clair.

56 Cf. art. 67 EIMP. Le principe de spécialité permet ainsi la protection de la souveraineté de l'État requis (ATF 115 Ib 373 = JdT 1991 IV 151).

57 Il s'agit là de l'expression du principe appliqué aux *différents stades* de la procédure pénale étrangère.

58 Cf. art. 299 à 318 CPP.

59 Cette première limitation n'est en réalité que l'expression du principe jurisprudentiel selon lequel les informations transmises par la Suisse ne peuvent être utilisées comme moyens de preuve qu'après l'entrée en force de la décision de clôture (TPF, arrêts RR.2008.277 du 1.3.2010 et RR.2015.10 du 10.6.2015, cités dans la FF 2018 6469, 6530).

60 Cela dans le but d'éviter toute forme de pression sur le prévenu pour signer un accord (FF 2018 6469, 6530). Voir également: LUDWICZAK GLASSEY, *Transmission*, op. cit. N 28. Reste toutefois ouverte la question de savoir si les informations et moyens de preuve peuvent être exploités pour *motiver* une décision de classement, par hypothèse lorsque ceux-ci sont à décharge.

61 ZIMMERMANN, *Rapports*, op. cit. p. 22; LUDWICZAK GLASSEY, *Transmission*, op. cit., N 27.

62 TF, arrêt 1C_633/2017 du 12.2.2018, c. 2.4. Cet arrêt a reconnu à l'OFJ le droit de réévaluer la situation lorsque des incertitudes naissent sur la capacité de l'État requérant à respecter ses engagements.

63 Elle s'aligne sur les règles applicables en matière de preuve obtenues à la suite d'une mesure d'instruction déclarée finalement illicite (art. 141 al. 5 CPP) ou dont l'autorisation n'a pas été accordée (art. 277 et 289 al. 6 CPP).

al. 6 EIMP). L'autorité compétente devra ensuite en informer l'État requérant et lui demander d'honorer ses engagements. La loi ne précise pas à qui incombe cette tâche. Il pourrait s'agir de l'autorité ayant accordé la transmission anticipée ou de l'OFJ⁶⁴. L'autorité de recours saisie précèdera peut-être ce point directement dans son dispositif.

Une telle conséquence dans la procédure étrangère pourrait entrer en contradiction avec le droit interne de l'État requérant, qui se retrouverait devant un choix difficile: respecter ses engagements internationaux ou maintenir au dossier les informations et moyens de preuves nécessaires au prononcé d'une condamnation⁶⁵. En principe toutefois, les engagements pris par un État dans ses relations internationales priment l'application de dispositions de droit interne contraires⁶⁶.

Le législateur aurait gagné à formuler cette dernière garantie de manière plus extensive. En effet, appliquée strictement, elle ne permet pas d'éliminer entièrement les risques d'utilisation des éléments obtenus de manière illicite, par hypothèse dans une autre procédure ouverte contre la personne intéressée (cf. principe de spécialité)⁶⁷. Il serait ainsi plus judicieux d'exiger de l'État requérant qu'il s'engage au retrait du dossier *de toute procédure étrangère, notamment pénale*, des informations et moyens de preuve si l'entraide est refusée⁶⁸.

4. États destinataires

En fonction de l'État destinataire de la transmission anticipée, la question du respect effectif de ces garanties se pose⁶⁹. Bien que l'entraide judiciaire soit fondée sur les principes de la confiance et de la bonne foi internationales⁷⁰, doctrine et jurisprudence se divisent sur ce point. Quand la première rappelle régulièrement les risques de violations inhérents à de tels engagements⁷¹, la seconde insiste sur le fait que les garanties engagent les États qui les formulent, au même titre qu'ils s'engagent à respecter un traité international (*pacta sunt servanda*)⁷²⁷³.

À en croire le Conseil fédéral, les nouvelles dispositions de l'EIMP seront avant tout appliquées avec des États «avec lesquels une longue tradition d'entraide judiciaire empreinte de confiance existe et qui sont habitués à une coopération en temps réel, et donc aussi à une coopération très rapide sous condition»⁷⁴. Cette formulation renvoie en réalité aux États habituellement reconnus comme étant «dignes de confiance»: les États «à tradition démocratique»⁷⁵ et les États qui présentent certes des risques de violations, mais dont la formulation de garanties permet d'éliminer ces risques⁷⁶.

Malgré l'interprétation prudente du Conseil fédéral, le texte clair de l'art. 80d^{bis} EIMP ne se limite pas à ces États, mais englobe potentiellement aussi ceux qui sont peu scrupuleux. En effet, il existe un danger bien réel de voir ces garanties finalement mises à mal par ces derniers États et même ceux, ayant pourtant une certaine tradition d'entraide avec la Suisse. D'ailleurs, le Tribunal pénal fédéral relevait déjà ce risque dans la consultation⁷⁷, tout comme le Conseiller aux États Beat Rieder durant les travaux parlementaires avec l'exemple d'une demande de la Tur-

quie⁷⁸. Ce système revient également à faire peser sur le ministère public de la Confédération ou cantonal la lourde et difficile tâche de déterminer, sans contrôle judiciaire, si l'État requérant est ou non «digne de confiance»⁷⁹.

5. Information différée et recours

L'art. 80d^{bis} al. 5 EIMP rappelle le principe sous-jacent à une remise anticipée des moyens de preuve: l'information de la personne est différée. Pour autant, son droit d'être entendu n'est pas entièrement supprimé. En effet, une fois la personne concernée mise au fait des mesures d'instruction dont elle faisait l'objet, celle-ci peut «prendre posi-

⁶⁴ ZIMMERMANN, Rapports, op. cit., p. 22.

⁶⁵ LUDWICZAK GLASSEY, Transmission, op. cit., N 29.

⁶⁶ TF, arrêt 1A.200/1999 du 15.10.1999, c. 2b/bb; TPF, arrêt RR.2015.61 du 13.5.2015, c. 3. Le procureur étranger tenté de produire malgré tout les éléments à retrancher – ou le tribunal qui décide d'exploiter les éléments obtenus – prendrait alors le risque, pour le bénéfice d'une seule procédure, de mettre à mal les futures relations d'entraide entre son pays et la Suisse.

⁶⁷ ZIMMERMANN, Rapports, op. cit., p. 22; LUDWICZAK GLASSEY, Transmission, op. cit., N 30. Cette dernière autrice va même plus loin, et propose d'exiger de l'État requérant la restitution matérielle des informations et moyens de preuve inutilisables, avec l'engagement de ne pas lever copies des documents retournés.

⁶⁸ Ce d'autant plus que le législateur érige cette garantie en une assurance que l'entraide ne sera pas contournée (FF 2018 6469, 6931).

⁶⁹ Voir l'avis de l'Ordre des avocats de Genève, op. cit., p. 4.

⁷⁰ Ces principes commandent notamment de se fier aux explications fournies par un État requérant et d'accorder une confiance à ce dernier sur le respect de garanties données, cf.: ATF 142 II 218, c. 3.1; 130 II 217, c. 7.1. En doctrine: LUDWICZAK GLASSEY, Entraide, op. cit., N 56.

⁷¹ ANTONIN CHARRIERE, Extradition et garanties diplomatiques: examen de la pratique suisse, en particulier lorsque l'extradable a été jugé par défaut dans l'État requérant, in: PJA 2016 879 ss; STEFAN WEHRENBURG/IRENE BERNHARD, Auslieferung trotz kritischer Menschenrechtslage – Einhaltung von Menschenrechten durch diplomatische Garantien?, Jusletter du 21.4.2008.

⁷² Les garanties, lorsqu'elles sont acceptées par l'État requérant, dérogent alors aux prescriptions contraires du droit interne de cet État (TF, arrêt 1A.200/1999 du 15.10.1999, c. 2b/bb; TPF, arrêt RR.2015.61 du 13.5.2015, c. 3).

⁷³ ATF 134 IV 156 = JdT 2009 IV 59, c. 6; 121 I 181, c. 2c/aa; 101 Ia 405, c. 6; TF, arrêt 1C_610/2015 du 4.1.2016, c. 6.2; TPF, arrêt RR.2011.115 du 6.7.2011, c. 6.1.2.

⁷⁴ FF 2018 6469, 6529.

⁷⁵ Cela vise ici les pays dits «occidentaux» qui ne présentent aucun risque sous l'angle de l'art. 3 CEDH par exemple (TF, arrêt 1C_176/2014 du 12.5.2014 = SJ 2014 I 341, c. 4.4). Les États parties à la CEDH en font en principe partie (ATF 123 II 595, c. 5c/bb; TPF, arrêt RR.2008.180 du 2.10.2008, c. 2.3).

⁷⁶ LUDWICZAK GLASSEY, Transmission, op. cit., N 26; LUDWICZAK GLASSEY, Entraide, op. cit., N 492 et 994. Sur la notion de «cercles» et leurs délimitations, voir également: ATF 134 IV 156, c. 6.7; TPF, arrêt RR.2017.94 du 7.12.2017, c. 7.3.2. Élaborée d'abord dans le cadre de l'extradition, la théorie des trois cercles a été étendue à tous les actes d'entraide (TPF, arrêt RR.2009.26-31 du 23.2.2010 = JdT 2011 IV 288, c. 6.3.2; RR.2017.204 du 7.11.2017, c. 4.4.1), dont la transmission anticipée de l'art. 80d^{bis} EIMP fait partie.

⁷⁷ Voir l'avis du Tribunal pénal fédéral dans la procédure de consultation (n. 32), p. 4.

⁷⁸ BO 2020 E 79 s.: «Deshalb steht in der Botschaft des Bundesrates dann auch mehrfach der fast hilflose Verweis, dass man dieses Instrument der vorzeitigen Übermittlung nur mit gewissen Ländern einsetzen möchte».

⁷⁹ BO 2020 E 79 s.

tion» (art. 80d^{bis} al. 4 let. b EIMP). Si le Message insiste sur l'importance pour elle de pouvoir se prononcer à ce stade déjà, il est difficile de déceler le réel apport de cette possibilité, puisque les éventuelles observations déposées «ne constitueront cependant pas un recours»⁸⁰.

En outre, d'après l'art. 80d^{bis} al. 6 EIMP, l'OFJ n'est avisé de la transmission qu'avant son exécution. D'après le Message, en sa qualité d'autorité de surveillance, l'OFJ contrôle le bien-fondé de la décision incidente de transmission⁸¹. Cependant, la loi ne précise pas l'étendue de ce contrôle. Vu la formulation choisie par le législateur⁸², l'OFJ n'a pas la faculté de s'opposer à la transmission à ce stade⁸³. À notre sens, une transmission anticipée conditionnée à l'autorisation formelle de l'OFJ aurait ici eu le mérite de contrebalancer l'absence de contrôle judiciaire⁸⁴.

Enfin, la décision incidente de transmission anticipée ne peut faire l'objet d'un recours séparé et doit être attaquée conjointement avec la décision de clôture (cf. art. 25 al. 1 et 80e EIMP). Ce n'est qu'à ce moment que les personnes touchées et l'OFJ pourront user de leurs droits procéduraux⁸⁵.

6. Protection des données de tiers

Forte de nouvelles dispositions relatives à la protection des données, entrées en vigueur le 1.3.2019 dans le cadre de la mise en œuvre de la Directive UE 2016/680 (art. 11b ss), l'EIMP contient maintenant les *minimas* en matière de droits de la protection des données. Toutefois, en raison des limitations déjà apportées par le Tribunal fédéral⁸⁶, il n'est pas certain que ces droits soient à l'avenir réellement renforcés (cf. art. 11b al. 2 et 11f al. 3 EIMP)⁸⁷.

Le sort des données de *tiers non concernés* par la demande d'entraide dynamique ne nous paraît pas satisfaisant. Ces derniers devraient se voir reconnaître un droit de recours contre la décision de clôture ou à tout le moins le droit d'exiger que leurs données personnelles soient anonymisées avant toute transmission. Selon nous, les principes dégagés par le Tribunal fédéral dans le cadre de l'entraide fiscale⁸⁸ devraient être «exportés» en entraide pénale⁸⁹. Cela se justifie d'autant plus que le nouvel art. 80d^{bis} EIMP vise en premier lieu les résultats d'écoutes téléphoniques secrètes, faisant nécessairement état de communications entre un prévenu et des tiers *a priori* non concernés par l'investigation dont le premier fait l'objet.

Déjà fortement limitée dans le cadre d'actes d'entraide «classiques», la protection des données personnelles de tiers non concernés risque d'être définitivement anéantie par les impératifs visés par l'art. 80d^{bis} EIMP. En comparant les conditions de restrictions du droit d'accès (art. 11b al. 2 et 11f al. 3 EIMP) et le champ d'application de la transmission anticipée (art. 80d^{bis} al. 1 EIMP), une identité quasi parfaite se révèle, au point de reléguer loin derrière les intérêts du législateur en matière de protection des données⁹⁰. Au regard de la teneur de l'art. 11f al. 2 EIMP qui fait expressément mention de garanties (let. c), il nous paraît pourtant nécessaire que les tiers non concernés soient à tout le moins protégés par le biais des garanties de l'État requérant avant toute transmission anticipée.

IV. Conclusion

L'art. 80d^{bis} EIMP généralise l'exception qu'est la transmission anticipée d'informations avant que la personne concernée puisse faire valoir ses droits. Dès lors qu'il concerne un éventail d'infractions dépassant très largement le cadre de la criminalité organisée et du terrorisme, cela pose naturellement la question de sa légitimité, d'autant plus au regard de l'absence de restriction quant aux États destinataires et de la portée discutée des garanties prévues. De nombreuses autres questions restent non élucidées par rapport à l'art. 80d^{bis} EIMP, à l'instar des informations relevant du domaine secret (cf. art. 271 CPP)⁹¹, dans l'hypothèse où le Tribunal des mesures de contrainte, durant l'exécution de la mesure, ne serait pas saisi. Il en va de même pour l'équipe commune d'enquête (art. 80d^{ter} EIMP), qui pose de sérieuses difficultés en termes de souveraineté nationale, ainsi que l'a récemment démontré l'affaire des agents chinois présents sur le sol helvétique⁹².

Face à de nombreuses formes de criminalité qui s'affranchissent des frontières nationales, l'intention du législateur d'y répondre en améliorant la collaboration entre les autorités pénales par-delà leur territoire est louable. Sa concrétisation dans la présente révision est toutefois maladroite. Plutôt que de procéder à des adaptations ponctuelles chamboulant le système et faisant fi de ses principes, le législateur serait avisé de repenser l'entraide dans sa globalité et à la lumière des nouveaux enjeux de la criminalité⁹³. Dans ce contexte, il est impératif de prendre en compte les droits des personnes concernées qui ne peuvent être éludés sauf à méconnaître l'État de droit.

⁸⁰ FF 2018 6469, 6531.

⁸¹ FF 2018 6469, 6531.

⁸² Et vu la célérité attendue du mécanisme de transmission anticipée de l'art. 80d^{bis} EIMP (FF 2018 6469, 6531).

⁸³ Dans le même sens: LUDWICZAK GLASSEY, *Transmission*, op. cit., N 23. L'OFJ se retrouvera alors dans la même situation que la personne intéressée à qui l'information a été donnée (art. 80d^{bis} al. 4 let. b EIMP).

⁸⁴ Dans le même sens: ZIMMERMANN, *Rapports*, op. cit., p. 21, qui se fonde notamment sur le rôle de l'OFJ en entraide: assurer l'intermédiaire entre la Suisse et l'État requérant (80p EIMP) et exercer sa mission d'autorité de contrôle (art. 3 OEIMP [RS 351.11]).

⁸⁵ Avec cependant le risque pour elles de ne pas être en mesure de «rapatrier» en Suisse les éléments transmis de manière anticipée, si l'entraide est finalement refusée (cf. États destinataires).

⁸⁶ TF, arrêt 1C_550/2019 du 26.11.2019, c. 2.2.

⁸⁷ Pour un exposé de cette problématique, voir: MACALUSO/MONOD, op. cit., N 23 ss.

⁸⁸ ATF 143 II 506, c. 4, 5.2.1 et 5.2.2; TAF, arrêt A-506/2018 du 15.11.2019, c. 3.5.4.

⁸⁹ Dans le même sens: MACALUSO/MONOD, op. cit., N 25 s.

⁹⁰ FF 2017 6565, 6567. Sur cette question, voir également: MACALUSO/MONOD, op. cit., N 40.

⁹¹ Par contraste, le législateur a pourtant précisé cet aspect à l'art. 67a al. 4 EIMP.

⁹² Voir à ce sujet l'initiative parlementaire 20.338 déposée par la République et le canton de Genève.

⁹³ Dans ce sens: MACALUSO/MONOD, op. cit., N 44; LUDWICZAK GLASSEY, *Transmission*, op. cit., N 39.