

Wilhelm Gilliéron

AVOCATS



Auteur: Christophe Wilhelm | Le : 11 mai 2008

La présence du magistrat étranger en Suisse dans la procédure d'entraide internationale en matière pénale : Le cas particulier du triage de pièces

I. Introduction

Les modifications apportées à la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale entrées en vigueur le 1er février 1997 ont pour principaux objectifs de permettre la simplification et l'accélération de la procédure d'entraide.

Dans ce cadre, l'article 65a EIMP a pour but de permettre au fonctionnaire étranger de participer à la procédure d'entraide qui se déroule sur territoire suisse.

En effet, la présence du magistrat étranger peut se révéler fort utile lorsque le représentant de l'autorité étrangère qui mène l'enquête connaît bien le dossier. Dans cette optique, le message du conseil fédéral précisait clairement que la présence du magistrat étranger devait rester exceptionnelle et ne devait en rien devenir la règle. Force est pourtant de constater que la pratique tend à faire de plus en plus recours à cette possibilité, de telle sorte que l'exception tend à devenir la règle. En effet, de par l'évolution de la criminalité internationale, particulièrement celle ayant trait aux délits en col blanc et en raison de la complexité des affaires pénales transnationales, le magistrat suisse est souvent peu à même de déterminer et de comprendre avec précision l'ensemble des pièces du dossier, particulièrement lorsqu'il s'agit de pièces bancaires. Dès lors deux solutions s'offrent à l'autorité suisse d'exécution: soit transmettre à l'Etat requérant l'ensemble des documents requis dans les limites de la maxime de l'utilité potentielle et s'exposer à coup sûr à un recours de droit administratif au Tribunal fédéral, soit faire application de l'article 65a EIMP et permettre au magistrat étranger de participer à la procédure d'entraide. Par souci d'économie de procédure, l'autorité d'exécution se tournera de plus en plus vers la deuxième solution. Notre contribution entend faire un état des lieux de cette pratique, qui s'analyse de plus en plus comme une collaboration dite renforcée entre autorités de poursuite pénale.

A cet effet, nous analyserons les textes législatifs et conventionnels permettant au magistrat étranger de participer à la procédure d'entraide en Suisse. Nous nous arrêterons en particulier aux termes de l'accord sur la fraude entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part qui constitue une véritable révolution tant sur le plan de l'entraide en général que sur le point particulier de notre contribution. Nous traiterons ensuite des droits et des devoirs du magistrat requérant en cas de présence dans l'Etat requis. Nous terminerons enfin par l'analyse des issues possibles à la demande d'entraide.

II. La loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Le siège de la matière se trouve à l'article 65a EIMP. L'alinéa 1 de cette disposition prévoit que « lorsque l'Etat requérant le demande en vertu de son propre droit, les personnes qui participent à la procédure à l'étranger peuvent être autorisées à assister aux actes d'entraide et à consulter le dossier ». Le but de cette disposition est double : d'une part, elle doit permettre d'accélérer la procédure, d'autre part, elle permet au magistrat étranger d'intervenir au sein même de l'Etat requérant afin de participer au triage des pièces. Toutefois, l'autorité requérante ne bénéficie pas d'un véritable droit à participer à la procédure d'entraide. En effet, l'article 65a al. 2 EIMP ajoute que la présence du magistrat peut être admise si elle permet de faciliter considérablement l'exécution de la demande ou la procédure pénale étrangère. La présence du magistrat étranger est donc subordonnée au consentement expresse de l'Etat requis et pour autant que cette présence facilite le travail du magistrat suisse dans le traitement de la demande d'entraide.

On relèvera également que le tri des pièces n'est pas l'affaire exclusive de l'autorité d'exécution. Celle-ci doit donc donner au détenteur des pièces l'occasion concrète et effective de se déterminer à ce sujet afin de lui permettre d'exercer son droit d'être entendu. La

participation du détenteur doit être conçue comme un corollaire de la règle de la bonne foi, en ce sens que les particuliers sont tenus de collaborer à l'application correcte du droit par l'autorité. En matière d'entraide judiciaire, cela implique pour la personne soumise à des mesures de contrainte d'aider l'autorité d'exécution, notamment pour éviter que celle-ci n'ordonne des mesures disproportionnées, partant inconstitutionnelles. Cette participation du détenteur s'explique aisément par le fait que celui-ci connaît le contenu et la portée des pièces pour l'enquête pénale. Il est donc parfaitement logique de permettre au magistrat étranger d'être mis au bénéfice des connaissances du détenteur pour procéder au tri des pièces.

Lorsque l'autorité requise estime que l'autorité requérante est en mesure d'accélérer la procédure et de lui apporter son aide pour l'exécution de la demande d'entraide, elle rend une décision incidente. Cette décision peut faire l'objet d'un recours immédiat sans attendre la décision de clôture de l'entraide.

III. La Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ) et le deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale

L'article IV de la CEEJ prévoit que si la Partie requérante le demande expressément, la Partie requise l'informerait de la date et du lieu d'exécution de la commission rogatoire. Les autorités et personnes en cause pourraient assister à cette exécution si la Partie requise y consent. Cette disposition reprend le contenu de l'article 65a EIMP et précise que le consentement de l'Etat requis est un préalable nécessaire à la présence du magistrat étranger.

Le Protocole additionnel à la CEEJ est entré en vigueur le 1er février 2005 pour la Suisse. L'article 2 du Protocole prévoit que « les demandes visant la présence de ces autorités [étrangères] ou personnes en cause ne devraient pas être refusées lorsqu'une telle présence tend à ce que l'exécution de la demande d'entraide réponde mieux aux besoins de la Partie requérante et, de ce fait, permet d'éviter des demandes d'entraide supplémentaires ».

Cet ajout, qui complète l'article 4 de la Convention, a pour but de faciliter l'exécution des commissions rogatoires et, de ce fait, d'éviter autant que faire se peut des demandes complémentaires. L'article 2 du Protocole n'apporte donc aucune nouveauté, le message se limitant à préciser que la présence des personnes participant à une procédure à l'étranger ne doit pas avoir pour conséquence que ces personnes aient accès de manière prématurée à des informations concernant le domaine secret pendant l'exécution de la commission rogatoire. On ajoutera également que cette norme laisse à l'Etat requis le choix de décider s'il entend permettre au magistrat étranger de participer à la procédure sur sol helvétique. La seule véritable nouveauté du deuxième Protocole concerne l'audition par vidéoconférence prévue à l'article 9.

IV. Les accords bilatéraux

A côté de la Convention de base en matière d'entraide, la Suisse a signé de nombreuses conventions complétant la CEEJ qui ne seront pas examinées ici dans leur totalité. On citera toutefois à titre d'exemple que cette possibilité est prévue dans tous les traités conclus avec des Etats européens. Le Tribunal fédéral a précisé dans le cadre de l'application du traité entre la France et la Suisse en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale que la marge de manœuvre de l'autorité d'exécution, déjà réduite malgré le caractère potestatif de l'article 65a al. 2 EIMP, est limité à l'empêchement de comportements abusifs de la part de l'Etat requérant.

On trouve également une disposition permettant au magistrat étranger de participer à l'exécution de la demande d'entraide dans l'Etat requis dans le traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la République du Pérou ou encore dans le traité entre la Suisse et l'Australie, dans le cas d'auditions de témoins.

Un accord mérite tout fois notre attention. L'accord entre la Suisse et l'Italie en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 et d'en faciliter l'application est le premier texte de droit positif suisse régissant l'entraide internationale qui codifie l'utilisation de la vidéoconférence pour l'audition de témoins, d'experts ou de prévenus. On peut toutefois admettre qu'une requête d'entraide italienne ou d'un autre Etat visant l'audition par vidéoconférence aurait déjà pu être exécutée en

vertu de l'article 65 a EIMP . Cette possibilité offerte par l'Accord s'analyse comme un cas de présence virtuel du fonctionnaire étranger en Suisse. Dès lors, on peut admettre que les principes établis par l'article 65a EIMP, régissant la présence physique, sont néanmoins applicables par analogie .

L'article IX de l'accord italo-suisse traite de la présence du magistrat étranger dans l'Etat requis. Cette disposition prévoit que à la demande de l'autorité requérante, l'autorité requise ne peut pas refuser au magistrat requérant de participer à la procédure d'entraide. Cette disposition va plus loin que la CEEJ de sorte que le magistrat étranger se voit octroyé un véritable droit de participation à l'exécution de la demande d'entraide. Il est toutefois possible à l'Etat requis de s'opposer à la présence des autorités étrangères ou des personnes participant à la procédure si la présence est incompatible avec les principes du droit de l'Etat requis. Cette disposition a notamment pour but de faciliter l'exécution des requêtes d'entraide et, dans la mesure du possible, d'éviter à l'Etat requérant de devoir former des requêtes d'entraide complémentaires . Le paragraphe 3 de cet article interdit l'utilisation des documents avant une décision définitive sur l'octroi et l'étendue de l'entraide.

V. L'accord de coopération entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers (l'Accord sur le fraude).

Le but de l'Accord sur la fraude est d'approfondir et d'étendre la coopération dans les domaines de l'assistance administrative et de l'entraide judiciaire afin de lutter contre les infractions portant sur les impôts indirects, les subventions et les marchés public. L'article 30 de l'accord sur la fraude apporte une nouveauté importante dans le cas de l'entraide judiciaire. En effet, l'article 30 alinéa 1 stipule que : « la partie contractante requise autorise, à la demande de la partie contractante requérante, les représentants des autorités de cette dernière à assister à l'exécution de la demande d'entraide judiciaire ». Cette présence n'est pas soumise au consentement de la personne concernée par la mesure. L'autorisation peut être assortie de conditions. L'Accord sur la fraude institue donc un véritable droit à la partie requérante de participer à la demande d'entraide alors que dans la loi et la convention sur l'entraide internationale en matière pénale, l'autorité requise était libre de permettre au magistrat étranger de participer à la procédure d'entraide. Selon l'alinéa 2 de cette disposition, les personnes présentes ont accès aux mêmes locaux et aux mêmes documents que les représentants de l'autorité de la partie contractante requise, par leur intermédiaire et pour les seuls besoins de l'exécution de la demande d'entraide judiciaire. Elles peuvent en particulier être autorisées à poser ou à proposer des questions et suggérer des actes d'instruction.

Il est en outre expressément précisé à l'alinéa 3 que la présence des représentants de l'autorité étrangère ne peut en aucun cas avoir pour effet que des personnes autres que celles qui sont dûment autorisées prennent connaissance, en violation du secret judiciaire et des droits de la personne concernée, de faits relevés lors de l'exécution de la demande. Enfin, il est expressément interdit à la partie contractante requérante d'utiliser comme moyen de preuve les informations recueillies grâce à la présence de ses agents dans la procédure d'entraide judiciaire avant que la décision finale de l'autorité compétente qui statue sur l'octroi et l'étendue de l'entraide judiciaire n'ait acquis force de chose jugée .

VI. Les droits et les obligations du magistrat étranger

Selon la jurisprudence, le pouvoir des fonctionnaires de l'Etat requérant de collaborer à l'exécution de la demande d'entraide est fortement limité. Il en découle que l'Etat requis doit procéder lui-même au tri des pièces, le cas échéant avec la collaboration limitée au maximum de représentants de l'Etat requérant. Au cas où le soin de procéder à ce tri serait délégué à l'Etat requérant, les dispositions relatives au principe de la spécialité et à la protection de l'intimité du prévenu voire de tiers seraient sérieusement compromises . La présence de fonctionnaires étrangers lors d'une mesure d'exécution doit donc garder le caractère de passivité qui lui est propre . La conduite de l'enquête, notamment le choix des pièces utiles aux autorités requérantes et l'audition de témoins, revient de toute façon aux autorités suisses. L'article 26 al. 2 OEIMP rappelle que c'est à l'autorité d'exécution de statuer sur le droit des personnes qui participent à la procédure à l'étranger de poser des questions et de demander des suppléments d'enquête. Les fonctionnaires étrangers ne peuvent pas emporter avec eux une copie de tout ou partie du dossier ou des procès-verbaux d'auditions, tant que la décision de clôture n'est pas entrée en force . En principe, le fonctionnaire étranger doit s'abstenir de prendre des notes. Au vu de ce qui précède, on pourrait être amené à croire que le magistrat étranger se contente du rôle de « spectateur » dans la phase d'exécution de la demande d'entraide. La réalité est tout autre. En effet, il faut bien avoir à l'esprit que lorsque le magistrat étranger se rend en Suisse pour participer à l'exécution de la demande d'entraide, il connaît avec précision les éléments qui lui manquent dans le cadre de son enquête. Le magistrat étranger a donc un objectif à atteindre en participant au triage des pièces. Dans la pratique, ce sera donc bien

souvent le magistrat étranger qui procédera au tri des pièces sous le contrôle formel du magistrat suisse.

Il se peut également qu'un témoin soit présent au moment du triage des pièces. Sa présence peut en effet se révéler utile dès lors que celui-ci est à même de fournir des explications sur certaines pièces ou sur les relations existant entre les pièces bancaires, cela par exemple afin d'expliquer une transaction douteuse aux yeux du magistrat étranger. Dans ce cas, le fonctionnaire étranger ne saurait s'adresser directement au témoin et devrait passer par le magistrat suisse pour poser les questions ou obtenir l'autorisation de celui-ci de s'adresser directement au témoin.

La pratique est là aussi largement différente. Le fonctionnaire étranger s'adressera directement au témoin afin d'obtenir les informations qui lui font défaut. Le magistrat étranger est mieux à même de connaître ce qui lui est utile pour son enquête. Le magistrat suisse se bornera alors à jouer le rôle d'arbitre. Ainsi le caractère passif que la doctrine et la jurisprudence donne au magistrat étranger tend à s'éroder de sorte que la présence du magistrat étranger sur territoire suisse peut aller assez loin.

VII. Le recours contre la décision autorisant la présence du magistrat étranger

Selon, l'article 80g al. 2 EIMP, la décision incidente antérieure à la décision de clôture, rendue par l'autorité fédérale d'exécution, en cas de préjudice immédiat et irréparable au sens de l'art 80 e, let. b ch. 2 EIMP, peut faire séparément l'objet d'un recours de droit administratif dans les dix jours dès la communication écrite de la décision. Ainsi, en vertu de l'article 80 e litt. b ch. 2 EIMP, les décisions incidentes découlant de la présence de personnes qui participent à la procédure à l'étranger peuvent faire l'objet d'un recours. La seule participation de fonctionnaires étrangers lors d'une mesure d'exécution n'implique pas encore, en soi, un préjudice immédiat et irréparable. Le recourant qui entend s'opposer à la présence du magistrat étranger doit prouver ou au moins rendre vraisemblable, sur la base d'éléments précis et concrets, que la présence des personnes participant à la procédure à l'étranger lui cause un préjudice immédiat et irréparable et prouver que ce préjudice ne pourra être dédommagé par une procédure qui annulerait, le cas échéant, la décision identique de clôture. En conséquence, il est inutile, dans le cas d'un recours fondé sur l'art 80 e EIMP, de faire valoir que les pièces saisies ne pourraient pas être remises à l'Etat requérant, parce qu'allant au-delà de ce qui est nécessaire à la procédure étrangère, en ce sens que cette question ne pourra être tranchée qu'après le tri des pièces auquel l'autorité d'exécution est précisément tenue de faire avant le prononcé de la décision de clôture. Quant au préjudice, il ne doit pas nécessairement être réalisé pour être immédiat. Si de simples conjectures ou hypothèses ne démontrent pas ce caractère, une perspective sérieuse et rapprochée peut suffire. Lorsque la décision attaquée autorise la présence d'agents étrangers lors de l'exécution de la demande d'entraide, l'intérêt à prendre en compte est lié à la protection de principe de spécialité et à la sauvegarde de la procédure d'entraide.

L'article 65a al. 3 EIMP, précise également que cette présence ne peut avoir pour conséquence que des faits ressortissants au domaine secret soient portés à leur connaissance avant que l'autorité compétente ait statué sur l'octroi et l'étendue de l'entraide. Ainsi, dans le cadre d'un recours, le recourant doit rendre vraisemblable l'existence d'un tel risque. La présence du magistrat étranger peut en effet comporter le risque d'un dévoilement prématuré d'informations. C'est précisément pour les cas où ce risque existerait que l'article 80e litt. b ch. 2 EIMP ouvre la voie du recours séparé contre la décision incidente prise selon l'article 65a EIMP. Le Tribunal fédéral a ainsi précisé que lorsque une procédure pénale est ouverte en parallèle à une procédure d'entraide et que ces deux procédures sont intimement liées, la décision donnant un accès inconditionnel et illimité à la procédure pénale cause à la personne touchée par cette divulgation prématurée un dommage analogue à celui visé à l'art. 80e litt. b ch. 2 EIMP. Ce risque peut également être évité en obtenant l'engagement des autorités étrangères de ne pas utiliser les renseignements recueillis avant l'octroi formel de l'entraide. Comme le relève certains auteurs l'article 65a EIMP ne consacre pas une impossibilité absolue, pour les personnes participant à la procédure à l'étranger, d'avoir accès à des informations portant sur le domaine secret. L'interprétation de l'article 65a al.3 EIMP a pour objet de refuser aux personnes participant à la procédure à l'étranger la possibilité d'utiliser les renseignements obtenus de manière anticipée. L'article 65a EIMP ne fait donc pas obstacle à la simple prise de connaissance de faits portant sur le domaine secret. Cette solution est largement compréhensible, en effet admettre une solution différente reviendrait tout simplement à rendre l'article 65a EIMP inapplicable, dès lors que des pièces bancaires font clairement parti du domaine secret.

VIII. Les issues possibles de la procédure d'entraide

A) En cas d'accord

Il se peut que au terme de la procédure de triage des pièces, l'ayant droit consente à la transmission de toute ou partie des pièces à

l'autorité requérante. Si l'ayant droit consent à la transmission de l'ensemble des pièces à l'autorité requérante (règlement à l'amiable complet), ou si l'ayant droit consent à la transmission d'une partie des documents et que l'autorité requérante se satisfait de ces pièces (règlement à l'amiable partiel), on aboutit alors à une transmission simplifiée au sens de l'article 80c EIMP. L'autorité requise constate formellement la clôture anticipée de la procédure d'entraide. Cette clôture n'a pas à être motivée, mais elle doit mentionner l'accord des ayants droits, soit des parties à la procédure. Il va de soi que cette constatation n'est pas non plus sujette à recours .

B) A défaut d'accord

Si l'ayant droit refuse de transmettre l'ensemble des documents à l'autorité requérante, ou si l'ayant droit ne consent à la transmission que de certaines pièces et que l'autorité requérante ne s'en satisfait pas, la procédure ordinaire se poursuit pour le surplus (art. 80c al. 3 EIMP). L'autorité suisse devra donc se prononcer sur les pièces qu'elle entend transmettre à l'autorité requérante. Cette décision sera bien évidemment susceptible d'un recours cantonal en cas de délégation de la procédure ou directement d'un recours de droit administratif si le ministère public fédéral est compétent pour le traitement de la demande d'entraide.

IX. Conclusion

Le magistrat étranger est donc promis à un bel avenir non seulement en Suisse mais aussi à travers l'Europe. La jurisprudence du Tribunal fédéral et l'avènement des nouveaux textes conventionnels comme le Protocole additionnel à la CEEJ et l'accord sur la fraude font très clairement état de l'existence d'une collaboration renforcée entre les autorités de poursuite pénale. Le développement de la collaboration entre les autorités pénales se manifeste également par les nouveaux moyens mis à disposition. On pense ici particulièrement à l'utilisation de la vidéoconférence ou la mise sur pied d'équipes communes d'enquête. Si l'on peut se réjouir de cette tendance, il importe que le praticien du droit reste vigilant afin que les droits fondamentaux de tout justiciable au maintien de sa sphère privée et le secret de l'instruction puisse être sauvegardé. En ce sens, une collaboration étroite entre avocat et magistrat ne peut être que la solution à adopter à l'avenir dans ce cadre.

Auteur : Me Christophe Wilhelm

Source :

<https://www.wg-avocats.ch/actualites/actualites-litiges-judiciaires-ou-arbitraux-la-presence-du-magistrat-etrange-en-suisse-dans-la-procedure-dentraide-internationale-en-matiere-penale-le-cas-particulier-du-triage-de-pieces/>