



23.058

Message relatif à l'approbation du traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et le Panama

du 23 août 2023

Monsieur le Président,
Madame la Présidente,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet d'un arrêté fédéral portant approbation du traité du 3 mars 2023 d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la République du Panama¹, en vous proposant de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Madame la Présidente, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

23 août 2023

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Alain Berset
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

¹ FF 2023 2124

Condensé

Le traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et le Panama a pour but d'améliorer la coopération judiciaire en matière pénale avec le Panama et contribue à renforcer la lutte contre la criminalité transnationale. La Suisse étend ainsi son réseau mondial de traités dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale, dans l'intérêt d'une sécurité accrue.

Contexte

Pour lutter efficacement contre le crime, un État peut de moins en moins se passer d'entraide avec d'autres pays. Ce constat se vérifie particulièrement pour les infractions à caractère transnational, qui se multiplient dans un contexte de mondialisation croissante. D'où l'importance d'une coopération efficace avec les autorités judiciaires étrangères. Le présent traité établit des règles contraignantes pour la coopération judiciaire en matière pénale avec le Panama.

Dans la droite ligne des traités d'entraide judiciaire déjà conclus avec de nombreux États, le traité signé avec le Panama permet à la Suisse d'étendre son réseau à un nouveau pays pour renforcer l'efficacité de la lutte contre la criminalité transnationale.

Contenu du projet

Le traité d'entraide judiciaire signé avec le Panama crée un instrument de droit international, qui permettra aux autorités judiciaires des deux États de coopérer au cours des enquêtes et lors de la poursuite d'infractions pénales. Il reprend les grands principes énoncés dans la loi suisse sur l'entraide pénale internationale et dans la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale; ces principes sont complétés par des dispositions tirées d'autres instruments internationaux pertinents. Il s'inscrit ainsi dans la continuité des traités d'entraide conclus jusqu'ici par la Suisse.

Les États contractants s'engagent à coopérer aussi largement que possible dans ce cadre. Le traité énumère à cette fin les actes de soutien envisageables et fixe les conditions de la coopération, ainsi que les modalités de son exécution pratique. Il définit par ailleurs les exigences que doit remplir une demande d'entraide judiciaire, ainsi que la liste exhaustive des motifs pouvant justifier le refus de l'entraide. Afin de simplifier et d'accélérer la procédure d'entraide, il élimine les formalités inutiles et désigne une autorité centrale compétente dans les deux États. Il comprend une disposition qui prévoit la possibilité de constituer des équipes communes d'enquête, ainsi que des dispositions sur le blocage, la confiscation et la remise de valeurs patrimoniales. Et finalement, il facilite une transmission électronique des demandes d'entraide dans le respect du droit national de chaque État et lorsque les parties auront un canal sûr de communication.

Le traité ne requiert pas de modification du droit en vigueur.

Message

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

Les relations entre la Suisse et le Panama étaient jusqu'ici d'ordre essentiellement économique et commercial, ainsi que l'illustre notamment l'Accord de libre-échange du 24 juin 2013 entre les États de l'AELE et les États d'Amérique centrale² ou encore l'Accord du 19 octobre 1983 entre le Gouvernement de la Confédération suisse et le Gouvernement de la République du Panama concernant la promotion et la protection des investissements³. Les grandes affaires de corruption transnationale ayant éclaté ces dernières années en Amérique latine et en Amérique centrale ont démontré l'importance de la coopération pénale internationale entre la Suisse et les centres financiers de cette région. La Suisse et le Panama souhaitent à présent renforcer leur coopération dans la lutte contre la criminalité transnationale. Il est dans l'intérêt des deux États d'améliorer l'efficacité de la coopération dans ce domaine. Les points forts de cette lutte sont les infractions économiques, le blanchiment d'argent et la corruption. Il en va non seulement de la volonté des autorités de poursuite pénale de poursuivre et de réprimer les infractions aux fins d'améliorer la sécurité, mais encore des efforts visant à protéger l'intégrité de la place financière suisse, plus précisément à empêcher l'utilisation des instituts financiers suisses à des fins criminelles, ce qui nuit indéniablement à la réputation de notre place financière.

Au-delà, il existe bien sûr aussi un besoin de coopération bilatérale efficace dans le domaine de la lutte contre la criminalité en général. Face à la mondialisation croissante et à la modernisation constante des technologies, dans les domaines de la communication et de la transmission des données notamment, les États se trouvent de plus en plus souvent confrontés, en matière pénale, à des faits qui ont un caractère transnational. Pour traiter ce type d'affaires avec succès, un pays ne peut souvent se passer du soutien d'autorités partenaires à l'étranger. Or, cette coopération est facilitée par des bases légales *ad hoc* voire, pour certains États, elle les requiert.

Des instruments existent certes, au niveau du Conseil de l'Europe, qui facilitent déjà la coopération en matière pénale, notamment, pour la Suisse, la Convention européenne du 20 avril 1959 d'entraide judiciaire en matière pénale⁴ et le Deuxième Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale⁵, qui sont tous deux ouverts à la ratification des États non membres du Conseil de l'Europe. Une cinquantaine d'États ont ratifié la convention européenne d'entraide judiciaire à ce jour et 43 ont adhéré au deuxième protocole additionnel (état: juin 2023). Les deux instruments s'appliquent à la Suisse: la convention depuis 1967 et le deuxième protocole additionnel depuis 2005. Pour sa part, le Panama n'est cependant pas partie à ces instruments multilatéraux.

² RS 0.632.312.851

³ RS 0.975.262.7

⁴ RS 0.351.1

⁵ RS 0.351.12

En juin 2021, le Panama a fait savoir à la Suisse qu'il était intéressé à négocier un traité d'entraide judiciaire. Compte tenu du fait que le Panama n'a pas manifesté d'intérêt à rejoindre les instruments du Conseil de l'Europe, mais aussi de l'importance, pour la Suisse, de renforcer la coopération bilatérale avec cet État en matière d'entraide judiciaire, un accord bilatéral s'avérait indispensable. Ce nouveau traité permet aux deux États de resserrer leur coopération dans la lutte contre la criminalité. L'objectif d'une coopération plus efficace dans ce domaine sert les intérêts des deux pays. Plusieurs affaires ont déjà donné lieu à une entraide judiciaire entre la Suisse et le Panama par le passé, essentiellement dans le cadre d'infractions financières et de corruption. Mais au-delà de ce type d'infractions, la nécessité d'une coopération efficace concerne l'ensemble des actes punissables. La conclusion d'un traité d'entraide judiciaire était également souhaitable sous l'angle des relations bilatérales, sans compter qu'elle permet à Panama de coopérer de manière plus efficace en matière pénale.

1.2 Autres solutions étudiées

La loi du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale (EIMP)⁶ offre déjà à la Suisse de vastes possibilités de coopérer avec d'autres États sans que des bases conventionnelles ne soient nécessaires. La coopération avec le Panama se fonde actuellement sur les législations nationales de chaque État. Toutefois, le droit interne ne créant pas d'obligation de coopérer, la conclusion d'un traité bilatéral s'imposait pour permettre à la Suisse de s'appuyer, en tant qu'État requérant, sur un dispositif de coopération qui soit également contraignant pour l'autre partie.

1.3 Déroulement et résultat des négociations

En octobre 2021, le Panama a soumis à la Suisse un projet de traité que cette dernière a étudié. Elle a envoyé en réponse, en mars 2022, un projet de traité suisse qui reprenait certains éléments du projet panaméen. Ce projet s'appuyait sur la convention européenne d'entraide judiciaire et son deuxième protocole additionnel, ainsi que sur les traités d'entraide judiciaire antérieurs signés par la Suisse. En raison de la pandémie de COVID-19, une première réunion s'est tenue en juin 2022 par vidéoconférence et des consultations ont été menées par écrit. Sur invitation des autorités suisses, un cycle de négociations s'est ensuite tenu à Berne du 19 au 21 septembre 2022 dans un climat très agréable et constructif. Il est apparu d'emblée que les deux parties s'accordaient sur l'importance d'un traité d'entraide judiciaire. La législation du Panama en matière d'entraide judiciaire est compatible avec la législation suisse et les accords internationaux ratifiés par les deux États reposent sur des bases similaires, ce qui a grandement facilité les négociations. Les délégations des deux pays ont ainsi pu s'entendre sur le texte du traité lors dudit cycle de négociations. La rapidité avec laquelle les négociations ont abouti s'explique sans doute aussi par la volonté du Panama de lutter contre la criminalité financière et de faire de sa place financière une place stable qui correspond aux critères fixés par les organisations internationales importantes en la matière.

⁶ RS 351.1

Ce traité s'appuie sur les principes de la législation suisse en matière d'entraide judiciaire et s'inscrit dans le droit fil des accords antérieurs conclus par la Suisse dans ce domaine. Certaines dispositions de l'EIMP ont pu être reprises dans le traité; elles acquièrent ainsi un caractère de droit international et contraignant pour les deux parties. Différentes réglementations permettent de simplifier et d'accélérer la procédure d'entraide judiciaire. Ce traité constitue un instrument moderne et commode, qui tient compte des besoins de la pratique et constitue ainsi la base d'une lutte plus efficace contre les infractions transnationales.

Le traité a été approuvé par le Conseil fédéral le 25 janvier 2023 et signé le 3 mars 2023 à Panama par la Ministre panaméenne des affaires étrangères, Janaina Tewaney Mencomo, et l'Ambassadeur de Suisse auprès de la République du Panama, Gabriele Derighetti.

1.4 Relation avec le programme de la législature et avec le plan financier, ainsi qu'avec les stratégies du Conseil fédéral

Le projet ne figure ni dans le message du 29 janvier 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023⁷, ni dans l'arrêté fédéral du 21 septembre 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023⁸. Les objectifs de prévention du terrorisme et de lutte efficace contre la criminalité figurent néanmoins au programme de la législature 2019 à 2023.

Le projet s'inscrit dans la politique de la Suisse visant à étendre, au niveau mondial, le réseau d'instruments juridiques qui soutiennent la coopération internationale en matière pénale pour renforcer la lutte contre la criminalité⁹. Il s'inscrit aussi dans la stratégie du Conseil fédéral consistant à renforcer la coopération au service de la sécurité (voir «La sécurité par la coopération», rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la politique de sécurité de la Suisse (RAPOLSEC 2000), daté du 7 juin 1999¹⁰). La coopération plus étroite ainsi scellée contribue donc à la lutte contre la criminalité internationale et vise à empêcher que des instituts financiers suisses soient utilisés à des fins criminelles. Le présent projet soutient également les efforts déployés par le Conseil fédéral pour assurer l'intégrité de la place financière suisse.

⁷ FF 2020 1709

⁸ FF 2020 8087

⁹ Voir le message du 23 janvier 2008 sur le programme de législature 2007 à 2011, FF 2008 639, et le message du 25 janvier 2012 sur le programme de législature 2011 à 2015, FF 2012 349, lesquels consacrent tous deux l'objectif d'une intensification de la coopération transfrontière.

¹⁰ FF 1999 6903

2 Procédure préliminaire, consultation comprise

En vertu de l'art. 3, al. 1, let. c, de la loi du 18 mars 2005 sur la consultation (LCo)¹¹, une consultation est organisée lors des travaux préparatoires concernant les traités internationaux qui sont sujets au référendum prévu par l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, de la Constitution (Cst.)¹². Tel est le cas en l'espèce.

L'art. 3a LCo permet de renoncer à la procédure de consultation lorsqu'aucune information nouvelle n'est à attendre, du fait que les positions des milieux intéressés sont connues, notamment parce que l'objet dont traite le projet a déjà été mis en consultation précédemment (al. 1, let. b).

Le présent traité s'inscrit dans la droite ligne d'une politique que le Conseil fédéral suit de longue date, consistant à développer le réseau mondial d'accords en matière d'entraide judiciaire pénale. Son contenu se recoupe pour l'essentiel avec celui d'accords similaires déjà conclus par la Suisse. La disposition prévoyant la constitution d'équipes communes d'enquête correspond, pour sa part, à l'art. 20 du deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire et aux art. 80^d^{ter} à 80^d^{duodecies} EIMP, ainsi qu'à la disposition réglant les équipes communes d'enquête du traité avec le Kosovo¹³. Il n'y a donc pas lieu d'attendre de nouvelles informations d'une procédure de consultation, puisque les positions des milieux intéressés sont déjà connues. Finalement, une disposition relative à la communication électronique a été intégrée sous une forme nouvelle dans ce traité. La communication électronique est cependant prévue en matière d'extradition par le Quatrième Protocole additionnel du 20 septembre 2012 à la Convention européenne d'extradition¹⁴. La communication électronique ayant fait l'objet d'une procédure de consultation dans le cadre de la ratification du quatrième protocole additionnel à la convention européenne d'extradition, il y a lieu de considérer qu'aucune information nouvelle ne devrait ressortir d'une procédure de consultation à ce sujet dans la mesure où l'entraide judiciaire en matière pénale est une forme moins incisive de coopération judiciaire.

Par conséquent, il a été renoncé à l'ouverture d'une consultation sur la base de l'art. 3a, al. 1, let. b, LCo.

3 Présentation de l'accord

Le présent traité règle la coopération entre la Suisse et le Panama en matière d'enquête, de poursuite et de répression des infractions. Les États contractants s'engagent à s'accorder l'entraide judiciaire la plus large possible dans ce domaine.

Le traité s'aligne sur la convention européenne d'entraide judiciaire et son deuxième protocole additionnel, ainsi que sur l'EIMP, dont il reprend pour l'essentiel les principes. À l'instar des traités d'entraide judiciaire conclus à ce jour par la Suisse, il

¹¹ RS 172.061

¹² RS 101

¹³ Traité d'entraide judiciaire en matière pénale du 5 avril 2022 entre la Confédération suisse et la République du Kosovo (RS 0.351.947.5).

¹⁴ RS 0.353.14

énumère les mesures susceptibles d'être prises pour soutenir une procédure pénale dans l'autre État; il définit les conditions posées à l'exécution d'une demande d'entraide, les indications qui doivent y figurer pour qu'elle puisse être traitée par l'État requis, ainsi que les modalités d'exécution de l'entraide. Il énonce par ailleurs des principes auxquels la Suisse est attachée, tels que l'exigence de la double incrimination ou le principe de spécialité, autrement dit les restrictions posées à l'utilisation des informations ou des moyens de preuve transmis. Il énumère ensuite de manière exhaustive les raisons pour lesquelles l'entraide judiciaire peut être refusée ou différée, par exemple s'il existe de sérieux motifs de penser que certains droits de l'homme importants de la personne poursuivie pénalement ne peuvent pas être garantis ou si elle est poursuivie en raison de ses opinions politiques. S'agissant de la protection des données (art. 10), le traité reprend la disposition qui avait été insérée (art. 9) dans le Traité d'entraide judiciaire en matière pénale du 4 février 2019 entre la Confédération suisse et la République d'Indonésie¹⁵. La disposition sur la responsabilité d'une personne morale (art. 2, al. 2) et celle permettant d'instituer des équipes communes d'enquête (art. 25) sont reprises du traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et le Kosovo. Finalement, la disposition relative aux voies de transmission a été adaptée afin de permettre, dans le futur, une transmission électronique des demandes pour autant qu'un canal sécurisé entre les deux États soit mis en place et que le droit national des deux États permette une telle transmission.

Le traité ne nécessite pas de transposition dans le droit suisse. Il repose en effet sur les principes déjà inscrits dans la législation suisse en vigueur dans ce domaine. De plus, ses dispositions sont formulées de façon suffisamment détaillée pour être considérées comme directement applicables.

Le traité a été établi en langues française, anglaise et espagnole, les trois versions faisant également foi. En cas de divergences d'interprétation, la version anglaise est déterminante.

4 **Commentaire des dispositions de l'accord**

Art. 1 Obligation d'accorder l'entraide judiciaire en matière pénale

Le traité créé une obligation de droit international public entre les deux parties contractantes, lesquelles s'engagent à s'accorder mutuellement l'entraide judiciaire en matière pénale. Aux termes de cette disposition, cette coopération devra être la plus large possible. Il devra ainsi être donné suite à une demande d'entraide judiciaire déposée dans le cadre du traité, à moins que des motifs d'inapplicabilité ou de refus au sens des art. 3 et 4 ne s'y opposent et pour autant que les autres conditions énoncées dans le traité soient remplies, notamment la condition de double incrimination lorsque le soutien demandé implique des mesures de contrainte (art. 6).

¹⁵ RS 0.351.942.7

Art. 2 Étendue de l'entraide

L'al. 1 énumère les mesures d'entraide judiciaire qui peuvent être prises à l'appui de la procédure de l'État requérant. Il s'agit de mesures courantes, connues du droit suisse en matière d'entraide judiciaire. L'al. 1 contient également une clause générale (*let. k*) qui permet de prendre des mesures autres que celles expressément énumérées, à condition que ces mesures soient conformes aux objectifs du traité et au droit de l'État requis. Cette disposition offre une certaine souplesse dans le cas particulier pour pouvoir tenir compte de circonstances spéciales ou de développements futurs.

L'al. 2 étend le champ d'application du traité aux procédures pénales visant des personnes morales. À noter que l'entraide judiciaire ne pourra pas être refusée au seul motif que la législation de l'État requis ne prévoit pas la responsabilité pénale d'une personne morale dans son droit administratif ou pénal. Une disposition de même teneur se trouve à l'art. 1, par. 4, du deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire.

L'al. 3 porte sur l'obligation – inscrite pour la première fois dans le traité d'entraide judiciaire conclu avec l'Indonésie – d'accorder également l'entraide judiciaire la plus large possible dans le cadre d'infractions fiscales, dans le respect du droit interne de l'État requis. À noter que, dans les traités antérieurs, le caractère fiscal de l'infraction pouvait constituer un motif de refus de l'entraide. L'art. 2, al. 3, n'a toutefois pas de portée particulière pour la Suisse, sachant que cette disposition ne va pas au-delà de ce que prévoit l'EIMP (notamment l'art. 3, al. 3, EIMP), qui reste déterminante pour la Suisse.

L'al. 4 énonce un principe connu de l'entraide judiciaire suisse, à savoir que le traité peut également s'appliquer à des infractions antérieures à son entrée en vigueur. Ce principe figure déjà explicitement dans les traités d'entraide judiciaire conclus avec le Kosovo (art. 2, al. 4), l'Indonésie (art. 2, par. 2), les États-Unis d'Amérique¹⁶ et l'Australie¹⁷. L'al. 4 ne s'applique toutefois pas aux procédures d'entraide judiciaire closes, ni aux demandes d'entraide déclinées définitivement.

Art. 3 Inapplicabilité

À l'instar de tous les traités d'entraide judiciaire conclus à ce jour par la Suisse, le traité signé avec le Panama se limite à l'entraide judiciaire accessoire en matière pénale. Les autres domaines de la coopération judiciaire sont exclus de son champ d'application, à savoir la recherche, l'arrestation et la détention de personnes aux fins d'extradition, l'exécution de jugements pénaux, y compris le transfèrement de personnes condamnées aux fins de l'exécution de leur peine, ainsi que la délégation de la poursuite pénale.

La restitution de valeurs prévue à l'art. 22, qui s'appuie en général sur un jugement prononcé par l'État requérant, n'entre pas dans le champ d'exclusion prévu à la *let. b*.

¹⁶ Traité du 25 mai 1973 entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale (RS 0.351.933.6); art. 41, par. 2.

¹⁷ Traité du 25 novembre 1991 entre la Suisse et l'Australie sur l'entraide judiciaire en matière pénale (RS 0.351.915.8); art. 22, par. 2.

Art. 4 Motifs de refuser ou de différer l'entraide judiciaire

L'*al. 1* dresse une liste exhaustive des motifs pouvant être invoqués pour refuser l'entraide judiciaire. Il s'agit de motifs de refus usuels, qui figurent déjà dans les traités antérieurs conclus par la Suisse. Ils concernent les infractions de nature politique ou militaire (*let. a et b*), les cas où l'exécution de la demande porterait atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts nationaux (*let. c*), les faits qui ont déjà fait l'objet d'un jugement définitif (*let. d*) ainsi que les cas relevant des droits de l'homme (*let. f et g*). De plus, les faits qui sont prescrits (*let. e*) peuvent également donner lieu à un refus de l'entraide.

Lorsqu'un motif de refus visé à l'*al. 1* est constaté, le droit interne de l'État requis est déterminant pour décider de décliner ou non la demande. Pour la Suisse, ce seront souvent les art. 1a, 2, 3 et 5, EIMP, qui s'appliqueront. En présence d'un tel motif, l'entraide judiciaire devra être refusée. Selon la conception du droit suisse, la notion d'«ordre public» (voir la *let. c*) comprend aussi le respect des droits fondamentaux, notamment le droit à la vie, l'interdiction de la torture ou de toute peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant, ainsi que les garanties fondamentales de procédure protégées par la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)¹⁸ (au niveau européen) et par le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques¹⁹ (pacte II de l'ONU, au niveau universel). La mention expresse des motifs de refus liés aux droits de l'homme (*let. f et g*) contribue à accroître la sécurité du droit et réaffirme l'importance accordée au respect des droits de l'homme.

Dans l'application du traité, les parties contractantes sont donc liées par les obligations respectives découlant des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme qu'elles ont signé. Tant la Suisse que le Panama ont ratifié le pacte II de l'ONU et chacune des parties est elle-même partie à un instrument régional de protection des droits de l'homme, la CEDH pour la Suisse et la Convention américaine du 22 novembre 1969 relative aux droits de l'homme pour le Panama.

L'*al. 2* habilite ensuite l'État requis à différer l'entraide judiciaire au profit d'une procédure pénale en cours sur son territoire. Il pourra ainsi sursoir à la remise de moyens de preuve demandés dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire s'il en a lui-même besoin pour mener à bien une procédure pénale, jusqu'à la clôture de cette dernière.

L'*al. 3* définit la procédure à suivre lorsque l'État requis entend refuser ou différer l'entraide judiciaire: l'État requis devra notamment informer l'État requérant du motif de sa décision (*let. a*). Parallèlement, il devra examiner si une exécution partielle de la demande d'entraide est possible ou si son exécution peut être assortie des conditions qu'il jugera nécessaires. La précision selon laquelle l'État requérant devra respecter ces conditions va de soi (*let. b*).

¹⁸ RS 0.101

¹⁹ RS 0.103.2

Art. 5 Droit applicable

En principe, c'est le droit de l'État requis qui est déterminant pour l'exécution des demandes d'entraide judiciaire (*al. 1*), à savoir, pour la Suisse, l'EIMP et, accessoirement, le code de procédure pénale (CPP)²⁰.

L'*al. 2* autorise des dérogations à ce principe. À la demande expresse de l'État requérant, la procédure peut ainsi être exécutée selon ses propres dispositions légales, à condition que le droit de l'État requis ne s'y oppose pas. Cette clause doit permettre d'éviter que l'utilisation à titre de preuves de renseignements obtenus par la voie de l'entraide judiciaire n'échoue dans l'État requérant ou ne soit rendue démesurément compliquée, faute d'avoir observé la procédure de collecte des preuves prévue par le droit interne. Les art. 65 EIMP et 8 du deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire contiennent des dispositions similaires.

Art. 6 Double incrimination et mesures de contrainte

Chacune des parties contractantes peut refuser l'entraide judiciaire si son exécution implique des mesures de contrainte et que le comportement incriminé ne constitue pas une infraction au regard du droit des deux parties (*al. 1*). Lorsque la Suisse est l'État requis, des mesures de contrainte ne devront être ordonnées que si tous les éléments constitutifs d'une infraction prévue par le droit pénal suisse sont réunis. L'exigence de la double incrimination pour ordonner des mesures de contrainte est une règle clé du droit suisse en matière d'entraide judiciaire. Elle est inscrite à l'art. 64 EIMP et dans la déclaration de la Suisse relative à l'art. 5, par. 1, de la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale. L'art. 64, al. 2, EIMP, prévoit deux cas de figure dans lesquels il peut être dérogé au principe de la double incrimination: lorsque les mesures de contraintes ordonnées visent à disculper une personne poursuivie ou à poursuivre un acte d'ordre sexuel avec des mineurs. La nouvelle formulation, prévoyant qu'un État peut refuser l'entraide si le principe de double incrimination n'est pas rempli, permet un assouplissement de l'application du principe de double incrimination en faveur de la Suisse. La Suisse exigera toujours que l'exigence de la double incrimination soit remplie pour octroyer des mesures de contrainte. Par contre, le Panama pourrait ordonner des mesures de contrainte dans un cas où la Suisse demande l'entraide pour une infraction qui est punie en Suisse mais non au Panama. La nouvelle formulation de cette clause de double incrimination le permet. Ainsi, la Suisse pourrait obtenir une entraide plus large qu'elle n'octroie si le droit panaméen n'impose pas le principe de double incrimination pour les requêtes que le Panama reçoit, pour autant que le Panama accepte de telles requêtes sans réciprocité.

L'*al. 2* précise la condition de la double incrimination. Il importe sur ce point que les caractéristiques objectives d'un comportement incriminé dans les deux pays soient réunies, et non que la désignation de l'acte ou son attribution à une catégorie d'infractions soient équivalentes.

²⁰ RS 312.0

Les mesures de contrainte admises sont énumérées à l'*al.* 3. Cette énumération est conforme à la conception de cette notion en droit suisse. Une énumération similaire figure du reste dans des traités d'entraide judiciaire antérieurs²¹.

L'*al.* 4 précise que la condition de la double incrimination ne doit pas être remplie si l'exécution de la demande ne requiert pas de mesures de contrainte, par exemple une demande de notification d'actes de procédure.

Art. 7 Mesures provisoires

Cette disposition est d'une grande portée pratique. Elle permet, à la demande de l'État requérant, d'ordonner des mesures provisoires pour préserver des éléments de preuve, maintenir une situation existante ou protéger des intérêts juridiques menacés (*al.* 1). Elle s'appuie sur l'art. 18, al. 1, EIMP, et se trouve dans son principe à l'art. 24 du deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire. Les mesures nécessaires, par exemple le blocage d'un compte, sont ordonnées par l'autorité compétente de l'État requis à condition qu'aucun motif manifeste ne s'oppose, en l'occurrence, à l'octroi de l'entraide judiciaire. L'État requis peut aussi ordonner des mesures provisoires partielles ou les assortir de conditions.

S'il y a péril en la demeure, des mesures provisoires peuvent même être ordonnées avant qu'une demande formelle d'entraide ne soit présentée (*al.* 2). Il suffira que la demande ait été annoncée par écrit. Les informations communiquées par l'État requérant devront néanmoins permettre à l'État requis de vérifier que les conditions nécessaires au prononcé des mesures envisagées sont réunies. Pour des motifs de proportionnalité, la durée des mesures provisoires devra en outre être limitée dans le temps. L'État requis accordera à cette fin un délai adapté aux circonstances pour permettre à l'État requérant de présenter une demande formelle d'entraide judiciaire. Si ce délai n'est pas respecté, les mesures provisoires seront levées.

Art. 8 Utilisation restreinte de renseignements, de documents et d'objets

Le principe de spécialité, qui est un principe important du droit suisse en matière d'entraide judiciaire, limite l'utilisation que peut faire l'État requérant des renseignements et pièces obtenus par voie d'entraide judiciaire. S'il compte les utiliser à des fins autres que celles mentionnées dans la demande, l'État requérant devra obtenir préalablement l'approbation de l'autorité centrale de l'État requis (*al.* 1).

L'*al.* 2 définit les cas dans lesquels l'approbation préalable de l'autorité centrale n'est pas nécessaire (*let. a à c*). Les exceptions prévues aux *let. a* et *b* correspondent aux exceptions prévues par l'EIMP (art. 67, al. 2). En ce qui concerne la troisième exception, elle vise les procédures en dommages et intérêts qui constituent un prolongement de la procédure pénale si bien qu'un accord supplémentaire n'est pas nécessaire.

²¹ Voir p. ex. les traités d'entraide judiciaire en matière pénale conclus avec le Kosovo (art. 6, al. 3), la République d'Indonésie (art. 6, par. 3) ou la Colombie (RS 0.351.926.3; art. 7, par. 2).

Art. 9 Confidentialité

La disposition relative aux règles de confidentialité est relativement nouvelle dans un traité bilatéral d'entraide judiciaire. Elle a déjà été incluse dans le traité avec le Kosovo (art. 9). Le fait de porter à connaissance une enquête pénale prématurément peut en effet compromettre l'issue. Lorsque tel est le cas, il faut impérativement préserver la confidentialité de la demande d'entraide judiciaire et limiter la consultation des pièces et la participation à la procédure, en fonction des législations nationales. Pour la Suisse, les cas dans lesquels la consultation des pièces peut être refusée et la participation à la procédure limitée sont énumérés à l'art. 80, al. 2, EIMP.

Art. 10 Données à caractère personnel

L'*art. 10* reprend une disposition qui avait été insérée pour la première fois dans le traité signé avec l'Indonésie, concernant les données personnelles transmises dans le cadre de l'entraide judiciaire (art. 9). Cette disposition s'alignait sur la législation de l'UE sur la coopération policière et judiciaire en matière pénale (voir la directive [UE] 2016/680²²). Sur la base de l'accord d'association à Schengen conclu avec l'UE²³, la Suisse s'est, en principe, engagée à accepter, mettre en œuvre et appliquer les développements de l'acquis de Schengen. La directive (UE) 2016/680 compte parmi ces développements. Elle oblige les États Schengen et les autorités concernées à protéger les données à caractère personnel traitées à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales. Elle consacre par ailleurs des principes que les États Schengen doivent respecter en matière de traitement, de transmission et d'utilisation de données à caractère personnel dans le cadre de l'entraide judiciaire: en ce qui concerne la communication de données à caractère personnel à des États tiers ou à des organisations internationales, il faut en particulier tenir compte des principes fixés aux art. 35 et 37 de la directive. Si l'on se réfère à l'art. 11f EIMP, qui transpose ces exigences dans le droit suisse, un niveau de protection adéquat peut notamment être assuré par le biais d'un traité international (al. 2, let. b). L'art. 10 du traité réaffirme ainsi des principes généraux qui s'appliquent également à l'entraide pénale; il engage les parties à protéger les données traitées dans le cadre d'une procédure d'entraide, de même que les droits des personnes visées par la transmission des données. Ces principes sont déjà

²² Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil, JO L 119 du 4.5.2016, p. 89.

²³ RS **0.362.31**

applicables aujourd'hui en Suisse²⁴. Leur inscription dans le traité vise à en garantir l'applicabilité au Panama.

Les points suivants méritent d'être relevés:

Le principe de finalité inscrit à l'al. 1 réitère, du point de vue de la protection des données, la restriction d'utilisation énoncée à l'art. 8. L'État requis peut assortir la transmission de documents de conditions d'utilisation qui seront contraignantes pour l'État requérant. Si l'État destinataire souhaite utiliser les données obtenues à d'autres fins, il devra obtenir au préalable l'autorisation de l'État qui les a transmises. L'art. 8, al. 2, let. a à c, énonce les cas qui échappent à cette règle, en accord avec les dérogations prévues au principe de spécialité: au même titre que l'État requérant peut, sans l'approbation préalable de l'État requis, utiliser les renseignements ou documents obtenus à d'autres fins que celles mentionnées dans la demande, il peut aussi se passer de cette approbation pour utiliser des données à caractère personnel à d'autres fins que celles pour lesquelles elles ont été transmises. L'interprétation des exceptions doit être aussi stricte dans les deux cas.

L'al. 2, let. a, dispose que seules des données en rapport avec la demande peuvent être transmises dans le cadre de l'entraide judiciaire. D'autres principes de protection des données énoncés à l'al. 2 sont déjà inscrits dans le droit suisse, tels que la rectification de données erronées ou la possibilité de vérifier la transmission des données, notamment en documentant les transmissions opérées dans un système de gestion des affaires (let. d). Le Panama ne pouvant pas détruire les données, un retour des données à l'État émetteur est prévu en cas de transmission incorrecte (let. c). L'obligation de protéger les données contre la perte accidentelle, la destruction, la modification, l'accès ou l'utilisation non autorisés (al. 3), à l'aide de précautions techniques, est aussi applicable.

L'al. 4 dispose que les parties contractantes doivent garantir les droits de la personne concernée par la transmission des données à l'information et à l'accès aux données la concernant, la rectification de ces données ou leur retour, ainsi que la limitation de leur exploitation. Ces droits peuvent cependant être restreints ou leur exercice différé, dans le respect des droits fondamentaux de la personne, si la protection d'intérêts légitimes le commande, notamment pour protéger la sécurité publique et nationale, pour prévenir la commission d'infractions ou permettre leur poursuite ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui (al. 5). Les art. 15 et 16 de la directive (UE) 2016/680 prévoient des motifs identiques pour restreindre les droits de la personne concernée par la transmission des données. En Suisse, les art. 11b, 11d et 80b EIMP sont déterminants, ainsi que les dispositions spécifiques relatives à la procédure de recours (art. 80e à 80l EIMP).

²⁴ Voir notamment les dispositions pertinentes de la loi du 28 septembre 2018 sur la protection des données Schengen (RS 235.3), qui sera abrogée par la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données au 1^{er} septembre 2023 qui en reprend le contenu, en relation avec la première partie de l'EIMP, chap. 1b, ainsi que l'art. 11a EIMP en vigueur auparavant et concernant le système de gestion de personnes, de dossiers et d'affaires de l'Office fédéral de la justice (OFJ), en relation avec l'ordonnance de même nom du 23 septembre 2016 (RS 351.12), l'art. 80b EIMP (Participation à la procédure et consultation du dossier) et les art. 80e ss EIMP (Voies de recours).

Art. 11 Présence de personnes participant à la procédure

Cette disposition permet à des personnes participant à la procédure en cours dans l'État requérant (juges d'instruction, procureurs, défenseurs, etc.) d'assister à l'exécution de l'entraide, à condition que l'État requis y consente. Une disposition analogue figure à l'art. 4 de la convention européenne d'entraide judiciaire.

En Suisse, l'application de cette disposition est régie par l'art. 65a EIMP. La procédure reste à tout moment sous la direction de l'autorité suisse compétente.

Art. 12 Dépositions de témoins sur le territoire de l'État requis

Cette disposition décrit la procédure à suivre pour entendre une personne à titre de témoin sur le territoire de l'État requis. L'audition est régie par le droit de cet État. L'intéressé pourra refuser de témoigner si le droit de l'État requérant le lui permet (*al. 1*). Dans l'affirmative, les autorités de l'État requérant devront confirmer à leurs homologues de l'État requis l'admissibilité du refus de témoigner au regard de leur droit interne (*al. 2*), étant précisé que l'exercice du droit de refus de témoigner ne pourra pas entraîner de sanction légale (*al. 3*).

Art. 13 à 15 Comparution de témoins ou d'experts sur le territoire de l'État requérant

Ces dispositions sont très largement inspirées de la convention européenne d'entraide judiciaire (art. 8 à 10 et 12). Pour des raisons liées au droit panaméen, le titre de l'*art. 15* a été modifié. L'*art. 15* règle cependant le sauf-conduit. Comme pour le traité avec le Kosovo (art. 15, al. 4), le sauf-conduit accordé aux personnes citées à comparaître dans l'État requérant s'aligne sur le délai prévu par la convention européenne d'entraide judiciaire, à savoir quinze jours pendant lesquels les intéressés jouiront sur le territoire de l'État requérant d'une immunité contre toute poursuite ou restriction de leur liberté individuelle pour des faits ou des condamnations antérieurs à leur départ de l'État requis. Une immunité analogue est prévue pour les prévenus cités à comparaître pour des faits ou des condamnations qui ne sont pas visés par la citation (*al. 1* et 2 en relation avec l'*al. 4*).

Art. 16 Étendue du témoignage dans l'État requérant

L'*art. 16* précise qu'un témoin cité à comparaître dans l'État requérant peut être contraint à témoigner ou à produire des éléments de preuve, à moins que la législation de l'un des deux États ne prévoie un droit de refus de témoigner (*al. 1*).

Si le refus de témoigner ou de produire des éléments de preuve se fonde sur le droit de l'État requis, les autorités de cet État devront communiquer à l'État requérant si ce refus est admissible au regard de son droit. L'exercice du droit de refus de témoigner ne pourra pas entraîner de sanction légale (*al. 2*).

L'utilisation des informations obtenues par le témoignage est réglée par l'art. 8. Elle est limitée à la procédure dans laquelle le témoignage est recueilli. Une autre utilisation requiert l'autorisation de l'État requis, à l'exception des cas expressément men-

tionnés à l'art. 8, al. 2. Les règles relatives au refus de témoigner de l'art. 12 s'appliquent également.

Art. 17 Remise temporaire de personnes détenues

Cette disposition est le pendant de l'art. 11 de la convention européenne d'entraide judiciaire. Elle est complétée par l'*al. 4*, lequel précise que la période de détention subie sur le territoire de l'État requérant doit être imputée sur la peine prononcée à son encontre par l'État requis. Cette disposition figurait déjà dans des traités d'entraide judiciaire antérieurs.

Art. 18 Audition par vidéoconférence

Cette disposition reprend les principes de l'art. 9 du deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire. À l'instar de la réglementation inscrite dans les traités d'entraide judiciaire antérieurs, elle définit les conditions et les modalités selon lesquelles une personne pourra être entendue comme témoin ou expert par vidéoconférence dans l'État requis, sans avoir à se déplacer dans l'État requérant. Le recours à la vidéoconférence s'impose lorsqu'une comparution en personne devant les autorités de l'État requérant n'est pas approprié ou possible (*al. 1*). À cet égard, les critères de l'âge et de l'état de santé de l'intéressé peuvent être aussi déterminants que ceux de la protection des témoins ou de risque de fuite ou de collusion. Il est également envisageable d'y recourir dans d'autres situations, à supposer par exemple que l'intéressé se soit enfui à l'étranger pour échapper à des poursuites pénales dans l'État requérant ou que sa présence soit nécessaire dans l'État requis pour une autre procédure ou encore qu'il fasse l'objet d'une procédure d'extradition vers un État tiers. Cet instrument s'est aussi avéré particulièrement utile pour soutenir l'entraide durant la pandémie de COVID-19.

Si les conditions posées à la tenue d'une vidéoconférence sont réunies, l'État requis doit y consentir dès lors que cette méthode n'est pas contraire aux principes fondamentaux de son droit (*al. 2*). Pour la Suisse, cela signifie en particulier que le droit à un procès équitable doit être garanti. Par ailleurs, le recours à la vidéoconférence ne saurait être refusé au seul motif qu'il n'est pas prévu par le droit interne de l'État requis ou que certaines conditions d'audition ne sont pas réunies au regard de son droit national. Il ne pourra pas davantage être refusé uniquement par manque d'équipements techniques, à condition que l'État requérant fournisse l'équipement nécessaire. Pour la Suisse, le recours à l'audition par vidéoconférence s'appuie sur l'art. 144, al. 1, CPP.

S'agissant des règles de procédure à observer lors de l'audition, le représentant de l'autorité judiciaire de l'État requis veillera en particulier à ce que les principes fondamentaux du droit de l'État requis soient respectés (*al. 4, let. a*). Si la Suisse est l'État requis, l'autorité judiciaire qui assiste à l'audition se doit d'intervenir, notamment si son homologue étrangère a recours à des moyens déloyaux ou incorrects pour influencer sur l'audition. Des mesures pourront être convenues pour assurer la protection de la personne à entendre (*let. b*), et comme lors d'une audition ordinaire, la personne entendue pourra, au besoin, être assistée par un interprète (*let. d*). Le refus de témoigner est régi, par analogie, par les dispositions applicables à la procédure ordinaire (*let. e*).

Quant au procès-verbal exigé par l'*al.* 5, il devra impérativement rendre compte des circonstances de l'audition (lieu, date, personnes y ayant participé, etc.). La teneur du témoignage ne devra pas y figurer.

Il est également possible, en principe, d'entendre des suspects ou des prévenus par vidéoconférence, à condition qu'ils y consentent. L'État requis décide librement s'il souhaite donner suite à une telle demande (*al.* 7).

Art. 19 à 21 Remise d'objets, de documents, de dossiers ou de moyens de preuve; dossiers de tribunaux, d'autorités de poursuite pénale ou d'instruction; casier judiciaire et échange d'avis de condamnation

L'*art.* 19 porte sur l'un des principaux éléments de l'entraide judiciaire, à savoir la remise à l'État requérant d'objets, de documents ou de moyens de preuve qu'il a demandés pour les besoins d'une procédure pénale. Les modalités de remise correspondent sur le fond à celles prévues à l'*art.* 74 EIMP. L'*art.* 20 précise que, sur demande, des dossiers de tribunaux, d'autorités de poursuite pénale ou d'instruction pourront également être mis à disposition dès lors que ces pièces sont importantes pour une procédure judiciaire. Celles-ci se rapporteront en principe à une procédure close. Si elles se rapportent à une procédure en cours, il appartiendra à l'autorité compétente de l'État requis de décider de leur remise. L'*art.* 21 ajoute que l'État requis peut également communiquer des extraits du casier judiciaire, dans la mesure acceptable par son droit interne. En Suisse, la base légale applicable est l'ordonnance VOSTRA du 19 octobre 2022²⁵. Eu égard à la refonte du casier judiciaire, le renvoi au droit national laisse la souplesse nécessaire pour prendre en compte les nouveaux développements. Comme pour les traités antérieurs en matière d'entraide judiciaire, les modalités de remise sont régies par l'*art.* 13 de la convention européenne d'entraide judiciaire.

Art. 22 Restitution d'objets et de valeurs

Cette disposition constitue un autre pilier de l'entraide judiciaire. D'une grande importance pratique, elle s'aligne sur l'*art.* 74a EIMP et complète les possibilités de transmission d'éléments de preuve prévues aux *art.* 19 à 21.

L'*al.* 1 pose les bases de la restitution à l'État requérant d'objets et de valeurs saisis qui sont le produit d'une infraction, en vue de leur remise à l'ayant-droit ou de leur confiscation. Cette disposition s'applique aussi bien aux instruments qui ont servi à commettre l'infraction qu'aux produits de l'infraction, y compris les éventuelles valeurs de remplacement. Avant que la restitution n'ait lieu, il importe de satisfaire les tiers qui feraient valoir des droits de bonne foi. Dans la pratique, les demandes porteront le plus souvent sur la restitution de fonds saisis dans le cadre de l'entraide.

En vertu de l'*al.* 2, la restitution devra en général intervenir sur la base d'une décision de confiscation définitive et exécutoire de l'État requérant. Des objets ou valeurs pourront exceptionnellement être restitués à un stade antérieur de la procédure. Une restitution anticipée se justifie par exemple si des indices donnent clairement à penser que les objets et valeurs saisis ont été acquis délictueusement et que ceux-ci peuvent être

²⁵ RS 331

attribués sans doute possible à une personne ou à un groupe de personnes déterminés. En pareil cas, la jurisprudence du Tribunal fédéral a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'attendre la clôture de la procédure pénale pour restituer à l'État requérant les biens provenant de l'infraction²⁶.

Art. 23 Partage de valeurs confisquées

Le partage des valeurs confisquées s'est imposé comme un moyen d'encourager la coopération internationale. Donner une part à un État qui, à travers sa coopération, a contribué au succès d'une procédure de confiscation doit l'encourager à apporter un soutien efficace à l'avenir.

L'*al. 1* établit le principe du partage des valeurs confisquées. Un accord régissant les modalités du partage – notamment les conditions ou la clé de répartition – devra être conclu dans chaque cas d'espèce (*al. 2*). Si la Suisse est l'État confiscateur, c'est la loi fédérale du 19 mars 2004 sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées²⁷ qui s'appliquera. La raison principale pour laquelle une disposition sur le partage de valeurs confisquées figure dans ce traité est qu'une telle disposition assure la réciprocité. Ainsi, la Suisse également pourra obtenir un partage de valeurs patrimoniales si de telles valeurs sont confisquées au Panama.

Art. 24 Notification d'actes de procédure et de décisions judiciaires

Cette disposition s'aligne pour l'essentiel sur l'art. 7 de la convention européenne d'entraide judiciaire.

Art. 25 Équipes communes d'enquête

L'*art. 25* reprend la disposition qui a été insérée dans le traité avec le Kosovo (art. 26) et prévoit la constitution d'équipes communes d'enquête (ECE). Pour la Suisse, cette mesure est régie, depuis juillet 2021, par les art. 80^dter à 80^dduodecimes EIMP. L'inscription de cette disposition dans le traité en garantit la réciprocité. À l'instar de l'art. 80^dduodecimes EIMP, l'*al. 2* prévoit que les objectifs et conditions auxquels sera soumise une ECE devront être définis par les autorités compétentes dans un accord spécifique.

Art. 26 à 32 Procédure: autorité centrale; forme de la demande et voies de transmission; contenu et exécution de la demande; authentification; langues; frais liés à l'exécution de la demande

La réglementation de l'entraide judiciaire à proprement parler correspond très largement à celle des traités antérieurs. Elle s'inspire de la convention européenne d'entraide judiciaire (art. 14 à 17 et 20) et du deuxième protocole additionnel à cette convention (art. 4 et 5). Les dispositions qui suivent méritent une mention particulière:

²⁶ ATF 131 II 169, consid. 6 (Entraide judiciaire accordée au Nigeria).

²⁷ RS 312.4

Art. 26 et 29 Autorité centrale; exécution de la demande

Les autorités centrales jouent un rôle de premier plan dans la procédure d'entraide judiciaire; ce sont elles qui réceptionnent et transmettent les demandes d'entraide et qui communiquent directement les unes avec les autres (*art. 26, al. 2*). Elles se chargent ensuite de procéder à un premier examen des demandes et de transmettre à l'autorité nationale compétente celles qui ne sont pas de leur propre ressort, tout en continuant de coordonner leur exécution (*art. 26, al. 3, et 29, al. 2*). Si l'examen préliminaire fait apparaître des lacunes, l'autorité centrale invite l'État requérant à compléter la demande (*art. 29, al. 1*). Une fois la demande exécutée par l'autorité d'entraide judiciaire compétente, l'autorité centrale s'assure qu'elle est complète, avant de transmettre les renseignements et éléments de preuve recueillis dans ce cadre à l'autorité centrale de l'État requérant (*art. 29, al. 3*). Les autorités centrales servent aussi de relais, notamment lors de difficultés rencontrées dans la coopération entre les autorités requérante et requise.

L'autorité centrale suisse est l'OFJ (*art. 26, al. 1*), qui est chargé, en vertu de l'EIMP, de l'examen sommaire ainsi que des opérations de transmission, et de contrôle (p. ex., *art. 17, al. 2 à 4, 29, 78 et 79 EIMP*). L'exécution des demandes d'entraide émanant de l'étranger est, en règle générale, transférée au ministère public cantonal compétent ou aux autorités fédérales (p. ex. le Ministère public de la Confédération ou l'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières). Dans certains cas toutefois, l'OFJ peut statuer lui-même sur l'exécution de la demande sur la base de l'*art. 79a EIMP*.

Art. 27 Forme de la demande et voies de transmission

Cette disposition a fait l'objet d'une modification complète par rapport aux traités conclus précédemment. Elle prévoit que les demandes sont transmises par écrit, comme c'était déjà le cas, mais facilite la transmission électronique des demandes dès le moment où les parties s'entendent sur une telle transmission. La transmission électronique ne sera possible que lorsqu'un canal de transmission sûr existera et pour autant que le droit national de chaque État le permette. Une transmission électronique des demandes est déjà possible dans le domaine de l'extradition sur la base du quatrième protocole additionnel à la convention européenne d'extradition. La pandémie de COVID-19 a démontré l'importance de pouvoir communiquer électroniquement entre les États dans les procédures d'entraide pénale internationale. Une telle disposition permet de dynamiser l'entraide tout en respectant les obligations internes de la Suisse.

Art. 28 Contenu de la demande

Cette disposition énumère en détail les indications que doit comporter une demande d'entraide judiciaire. Par souci de transparence et de clarté, l'énumération est plus exhaustive qu'elle ne l'était dans les traités d'entraide antérieurs, à l'instar également du traité d'entraide judiciaire conclu avec l'Indonésie (*art. 27*) ou avec le Kosovo (*art. 29*). Le but est d'éviter dans la mesure du possible les pertes de temps liées au renvoi des demandes à l'État requérant pour complément ou rectification.

Art. 30 Dispense de légalisation, d'authentification et d'autres formalités

La dispense de légalisation, qui est depuis longtemps une évidence entre les États partie à la convention européenne d'entraide judiciaire, constitue une avancée significative dans les relations avec d'autres États, ces derniers attachant souvent une grande importance au respect des formalités procédurales. Les éléments de preuve transmis par l'OFJ en sa qualité d'autorité centrale seront ainsi acceptés par le Panama sans autre formalité, légalisation ou authentification. La procédure d'entraide judiciaire s'en trouvera simplifiée et accélérée.

Art. 32 Frais liés à l'exécution de la demande

La réglementation sur les frais d'exécution correspond à l'usage en matière d'entraide judiciaire internationale, à savoir que l'entraide judiciaire est généralement fournie à titre gracieux. Il ne peut être dérogé à cette règle que dans des cas expressément prévus, notamment, dans les rapports d'entraide judiciaire avec le Panama, par exemple pour les frais liés aux mesures de surveillance secrète (*al. 1, let. e*), lorsque celles-ci sont ordonnées (voir p. ex. les art. 18a et 18b EIMP) et à condition que les États contractants n'en aient pas convenu autrement.

Art. 33 Transmission spontanée d'informations ou de moyens de preuve

Il arrive, dans le cadre d'investigations ou de poursuites pénales, que les autorités d'un État aient connaissance d'informations qui pourraient être importantes pour les autorités judiciaires d'un autre État. En pareil cas, il est dans l'intérêt de la poursuite pénale que de telles informations puissent, à certaines conditions, être transmises aux autorités de l'autre État avant même qu'une demande d'entraide judiciaire ne soit présentée. L'échange précoce d'informations peut en effet jouer un rôle décisif dans la lutte contre la criminalité.

Cette disposition, qui s'appuie sur l'art. 11 du deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire, figure déjà dans des traités d'entraide judiciaire antérieurs conclus par la Suisse²⁸. Sa teneur s'inspire de l'art. 10 de la Convention du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépiage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime²⁹.

La transmission spontanée d'informations et d'éléments de preuve doit permettre à l'autre partie de présenter une demande d'entraide, d'engager une poursuite pénale, ou de faciliter le déroulement d'une enquête en cours (*al. 1*). Les informations doivent être échangées par le canal des autorités centrales et dans les limites fixées par le droit interne. L'art. 67a EIMP régit la transmission d'informations et de moyens de preuve par les autorités suisses à un État étranger. Il s'agit néanmoins d'une disposition postestative. Les États ne sont dès lors pas tenus de l'appliquer.

L'autorité qui communique les informations peut assortir leur utilisation de conditions dictées par son droit interne, que l'État destinataire devra respecter (*al. 2*).

²⁸ Notamment dans les traités conclus avec le Brésil (art. 29), le Mexique (RS 0.351.956.3; art. 30), le Chili (art. 32), l'Argentine (art. 30), la Colombie (art. 32), l'Indonésie (art. 32) et le Kosovo (art. 34).

²⁹ RS 0.311.53

Art. 34 Dénunciation aux fins de poursuite ou de confiscation

Cette disposition couvre les cas relevant de la quatrième partie de l'EIMP. Elle établit une règle de droit international pour empêcher que des infractions ne pouvant pas être poursuivies dans l'un des États contractants restent sans suite. Chacune des parties contractantes peut ainsi inciter l'autre partie à engager une procédure pénale en lui fournissant les moyens de preuve pertinents (*al. 1*). Tel sera notamment le cas si une partie détient des éléments concrets selon lesquels une infraction a été commise qu'elle ne peut pas poursuivre; par exemple, lorsqu'une personne, après avoir commis un délit sur le territoire d'une des parties contractantes, s'enfuit sur le territoire de l'autre partie et ne peut être extradée (p. ex. en raison de sa nationalité). On peut aussi imaginer l'inverse, à savoir le cas d'un ressortissant qui serait victime, sur le territoire de l'autre partie, d'une infraction dont l'auteur ne peut être poursuivi faute de pouvoir être extradé.

Cette disposition s'applique aussi lorsqu'une des parties contractantes détient des informations selon lesquelles des valeurs ou objets obtenus illicitement se trouvent sur le territoire de l'autre partie, auquel cas elle pourra requérir la confiscation des biens provenant de l'infraction.

L'*al. 2* crée pour la partie contractante destinataire une obligation d'informer l'autre partie de l'issue donnée à une dénonciation. L'information sera donnée par l'autorité centrale destinataire de la dénonciation avec copie, le cas échéant, de la décision rendue. Il n'en découle pas pour autant une obligation d'engager des poursuites pénales ou de confisquer les biens visés.

Art. 35 à 39 Compatibilité avec d'autres traités ou d'autres formes de coopération; échanges de vues; règlement des différends; modification du Traité; entrée en vigueur et dénonciation

Les dispositions finales comprennent les clauses habituelles: l'*art. 35* clarifie, dans l'esprit du principe de faveur, la relation entre le traité et d'autres dispositions du droit national et international; l'*art. 36* institue une possibilité d'échange de vues entre les autorités centrales en cas de questions ou de difficultés posées par l'interprétation, l'application ou la mise en œuvre du traité. L'*art. 37* établit que les différends seront réglés par la voie diplomatique si les parties contractantes ne parviennent pas à les aplanir. Cette solution de compromis figure déjà dans plusieurs traités conclus par la Suisse avec des États qui ne peuvent ou ne veulent pas soumettre leurs différends à une cours d'arbitrage (en tant qu'organisme de règlement des différends)³⁰. L'*art. 38* décrit enfin la procédure à suivre pour modifier le traité et l'*art. 39* les modalités d'entrée en vigueur et de dénonciation du traité.

³⁰ Voir notamment les traités d'entraide judiciaire conclus avec l'Indonésie (art. 37) et avec la Colombie (art. 35).

5 Conséquences

5.1 Conséquences financières, conséquences sur l'état du personnel et autres conséquences pour la Confédération

Le traité crée de nouvelles obligations pour la Suisse. Cette affirmation vaut en particulier pour l'OFJ, qui est l'autorité centrale par laquelle transiteront les demandes d'entraide judiciaire entre la Suisse et le Panama. Le Ministère public de la Confédération et l'Office fédéral de la police, auquel des tâches d'exécution pourront être confiées, sont également concernés.

Le surcroît de travail qui en résulte pour les autorités sera fonction du nombre de demandes à traiter et de la complexité des cas, raison pour laquelle il ne peut être quantifié exactement. Sur la base des éléments disponibles, le traité ne devrait pas entraîner de coûts supplémentaires, ni nécessiter un accroissement des effectifs au niveau fédéral, sachant que l'entraide judiciaire est déjà possible en vertu de l'EIMP et qu'elle est déjà une réalité. Le traité n'a pas d'autres conséquences au niveau fédéral, que ce soit sur le plan de l'organisation ou de l'informatique.

5.2 Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne

Selon le volume des demandes et les tâches d'exécution qui en découlent, on ne peut exclure que le traité entraîne un surcroît de travail pour l'une ou l'autre autorité cantonale d'entraide judiciaire. Toutefois, comme déjà mentionné au ch. 5.1 pour les autorités fédérales, l'entraide judiciaire est déjà accordée sur la base de l'EIMP. Il ne faut donc pas s'attendre à une augmentation de la charge de travail des autorités cantonales.

Le projet n'aura à l'évidence pas d'incidences spécifiques sur les communes, les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne, raison pour laquelle ces questions n'ont pas été examinées.

5.3 Conséquences économiques, sociales, environnementales et autres conséquences

Le projet ne devrait pas davantage avoir d'incidences sur l'économie, la société ou l'environnement; ces questions n'ont dès lors pas été examinées.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité et légalité

Le projet se fonde sur l'art. 54, al. 1, Cst., selon lequel les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération. L'art. 184, al. 2, Cst., habilite le Conseil fédéral à signer et à ratifier des traités internationaux. En vertu de l'art. 166, al. 2, Cst., il incombe à l'Assemblée fédérale d'approuver ces traités, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international (art. 24, al. 2, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement [LParl]³¹; art. 7a, al. 1, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration³²). Tel n'est pas le cas en l'espèce.

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Le projet est compatible avec les obligations internationales de la Suisse. Son préambule et les motifs de refus de coopération qu'il prévoit (art. 3 et 4) assurent le respect des droits de l'homme, notamment des garanties procédurales essentielles que la Suisse s'est engagée à respecter dans différents traités internationaux, par exemple la CEDH ou le pacte II de l'ONU. L'obligation inscrite à l'art. 1 de s'accorder l'entraide judiciaire la plus large possible en matière pénale réaffirme les engagements pris par la Suisse dans plusieurs instruments internationaux dans le domaine pénal, à l'instar de la Convention de l'ONU du 15 novembre 2000 contre la criminalité transnationale organisée³³ ou la Convention de l'ONU du 31 octobre 2003 contre la corruption³⁴. Dans le domaine de la protection des données, le projet tient compte des exigences prescrites par la directive (UE) 2016/680, que la Suisse doit respecter dans ses relations avec des États tiers du fait de son association à Schengen.

6.3 Forme de l'acte à adopter

En vertu de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst., les traités internationaux sont sujets au référendum s'ils contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales. Aux termes de l'art. 22, al. 4, LParl, sont réputées fixer des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences. Sont importantes les dispositions qui doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale selon les critères énoncés à l'art. 164, al. 1, Cst.

Le présent traité d'entraide judiciaire contient des dispositions importantes qui fixent des règles de droit. Il crée pour les États contractants l'obligation de s'accorder une entraide judiciaire aussi large que possible. Or, cette obligation a des incidences sur

³¹ RS 171.10

³² RS 172.010

³³ RS 0.311.54

³⁴ RS 0.311.56

les droits et devoirs des individus. Lesdites dispositions doivent par conséquent être considérées comme importantes dans la mesure où, si elles devaient être édictées sur le plan national, elles le seraient sous la forme d'une loi fédérale en vertu de l'art. 164, al. 1, Cst.

L'arrêté fédéral portant approbation du traité est donc sujet au référendum prévu à l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.

