

08.078

Message

**relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne sur la reprise de la décision-cadre 2006/960/JAI relative à la simplification de l'échange d'informations entre les services répressifs
(Développement de l'acquis de Schengen)**

du 19 novembre 2008

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Par ce message, nous vous soumettons, en vous proposant de l'adopter, un projet d'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne sur la reprise de la décision-cadre 2006/960/JAI relative à la simplification de l'échange d'informations entre les services répressifs (Développement de l'acquis de Schengen).

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

19 novembre 2008

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Pascal Couchepin
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Condensé

Le présent arrêté fédéral porte sur l'approbation et la mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne sur la reprise de la décision-cadre 2006/960/JAI relative à la simplification de l'échange d'informations entre les services répressifs. La mise en œuvre en droit suisse passe par la rédaction d'une nouvelle loi spéciale qui réglera l'échange d'informations avec les autorités de poursuite pénale des Etats Schengen, nommée «loi d'échange d'informations Schengen (LEIS)».

Lors de la votation du 5 juin 2005, les citoyens ont approuvé les accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne concernant l'association à Schengen et à Dublin. S'agissant de l'accord d'association à Schengen (AAS), la Suisse s'est engagée, conformément à la Convention d'application de l'accord de Schengen (CAAS), à reprendre notamment les règles visant à faciliter l'échange d'informations policières. Faute de concrétisation suffisante sur le plan pratique, les art. 39 et 46 de la CAAS, qui portent sur ce point, n'ont pas permis d'atteindre les objectifs initialement fixés, qui consistaient à enrayer les retards et les empêchements rencontrés dans le passé en matière d'échange d'informations policières.

Au vu de ces lacunes, le Conseil de l'Union européenne (UE) a approuvé la décision-cadre 2006/960/JAI du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des Etats membres de l'Union européenne (ci-après décision-cadre).

Pour la Suisse, il s'agit d'un développement de l'acquis de Schengen au sens de l'art. 2, al. 3, de l'AAS. Le 28 mars 2008, la Suisse a informé le Conseil de l'UE que la reprise du développement, sur le plan juridique, ne pourra avoir lieu qu'une fois les exigences constitutionnelles accomplies (art. 7, al. 2, let. b, AAS). A compter de l'entrée en vigueur de l'AAS, elle dispose d'un délai de deux ans au maximum pour reprendre et mettre en œuvre le développement (ce délai inclut un éventuel référendum).

Au niveau fédéral, aucune norme légale complète ou générale ne règle, à ce jour, l'échange d'informations entre les autorités de poursuite pénale. De nombreuses variantes ont été examinées, mais elles n'offraient pas les avantages liés à la rédaction d'une nouvelle loi spéciale qui réglera l'échange d'informations avec les Etats Schengen.

Cette nouvelle loi ne contient pas de dispositions matérielles, elle ne fait que fixer des modalités d'échange d'informations. Elle vise à simplifier l'échange d'informations en vue de prévenir et de poursuivre des infractions. A l'exception de la transmission spontanée d'informations au sens de l'art. 7, la présente loi ne crée pas de nouveaux droits en matière de traitement. L'échange d'informations continue d'avoir lieu selon les dispositions du droit national. La Suisse ne met à disposition que des informations pouvant être collectées, enregistrées et transmises conformément à sa législation nationale, et étant accessibles sans que des mesures de contrainte soient appliquées.

Table des matières

Condensé	8124
1 Présentation du projet	8126
1.1 Contexte	8126
1.2 Déroulement des négociations et résultats	8127
1.3 Aperçu du contenu de la décision-cadre	8127
1.4 Appréciation	8128
1.5 Procédure de reprise	8128
1.6 Résultats de la procédure de consultation	8129
1.6.1 Généralités	8129
1.6.2 Résultats	8130
1.6.3 Thèmes examinés et retenus	8130
1.6.4 Autres thèmes examinés, mais non retenus	8131
2 Explications des différents articles de la décision-cadre	8133
3 Mise en œuvre	8137
4 Nouvelle loi fédérale sur l'échange d'informations entre les autorités de poursuite pénale de la Confédération et celles des autres Etats Schengen	8138
4.1 Changements proposés	8138
4.2 Grandes lignes de la nouvelle loi fédérale	8139
4.3 Explications des différents articles de la loi	8140
5 Conséquences	8146
6 Programme de la législature	8146
7 Aspects juridiques	8147
7.1 Constitutionnalité	8147
7.2 Arrêté d'approbation	8147
7.3 Législation d'application	8148
7.4 Délégation de compétences législatives	8148
Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne sur la reprise de la décision-cadre 2006/960/JAI relative à la simplification de l'échange d'informations entre les services répressifs (Développement de l'acquis de Schengen) (Projet)	8149
Echange de notes entre la Suisse et l'Union européenne concernant la reprise de la décision-cadre 2006/960/JAI du Conseil du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des Etats membres de l'Union européenne (Développement de l'acquis de Schengen)	8163

Message

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

Lors des votations du 5 juin 2005, le peuple suisse a approuvé les accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne (UE) concernant l'association à Schengen et à Dublin. S'agissant de l'accord d'association à Schengen (AAS)¹, la Suisse s'est notamment engagée, conformément à la Convention d'application de l'accord de Schengen (CAAS)², à reprendre notamment les règles visant à faciliter l'échange d'informations policières. Cela dit, faute de concrétisation suffisante dans la pratique, les art. 39 et 46 de la CAAS, qui portent sur ce point, n'ont pas permis d'atteindre les objectifs initialement fixés, qui consistaient à enrayer les retards et les obstacles – voire les impossibilités – rencontrés dans le passé en matière d'échange d'informations policières.

Au vu de ces lacunes dans l'échange d'informations, de la menace émanant du terrorisme et de la volonté exprimée par l'UE dans le cadre du programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne³, le Conseil de l'UE a approuvé la décision-cadre 2006/960/JAI du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des États membres de l'Union européenne (ci-après décision-cadre ou «initiative suédoise»)⁴. Elaborée sur l'initiative de la Suède, cette décision-cadre introduit, par la mise en œuvre du principe dit de disponibilité⁵, un nouveau concept en matière d'échange d'informations policières et simplifie ce dernier de façon notable.

Pour la Suisse, il s'agit d'un développement de l'acquis de Schengen⁶ au sens de l'art. 2, al. 3, de l'accord d'association à Schengen (AAS). La décision-cadre doit donc être approuvée, reprise et mise en œuvre par notre pays. Les art. 39, al. 1 à 3 (coopération policière), et 46 (échange spontané d'informations en matière de coopération policière) de la CAAS sont précisés et concrétisés par les dispositions de la décision-cadre reprises dans le cadre national.

¹ Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, RS **0.360.268.1**.

² Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO n° L 239 du 22.9.2000, p.19 ss.

³ JO n° L 53 du 3.3.2005, p. 1 ss.

⁴ JO n° L 386 du 29.12.2006, p. 89.

⁵ Au sein de l'UE, la notion de principe de disponibilité constitue un nouveau concept en matière d'échange transfrontalier d'informations importantes pour la poursuite pénale entre les États membres. Selon ce principe, qui s'applique à l'échelle de toute l'Union, un agent de poursuite pénale d'un État membre qui a besoin d'informations pour accomplir ses tâches doit pouvoir les obtenir d'un autre État membre, et l'autorité de poursuite pénale de l'autre État membre qui dispose de ces informations doit, en principe, les mettre à disposition aux fins indiquées.

⁶ Considérant n° 14 du préambule et art. 12, par. 1, de la décision-cadre.

1.2 Dérroulement des négociations et résultats

Les délibérations des Etats membres de l'UE et des trois Etats associés (Norvège, Islande et Suisse dans le cadre de leur droit de participation) relatives au projet de décision-cadre ont eu lieu au sein des groupes de travail du Conseil de l'UE (comités mixtes) compétents en la matière (CRIMORG⁷, CATS⁸ et COREPER⁹) au cours des années 2005 et 2006, sous la présidence de l'UE exercée par le Luxembourg et la Grande-Bretagne. C'était l'une des premières fois que la Suisse pouvait participer, de manière substantielle, à l'élaboration d'un développement de l'acquis de Schengen. Notre pays est parvenu, dans ce contexte, à faire inscrire dans la décision-cadre des modifications garantissant une cohérence avec la solution retenue dans l'AAS concernant l'entraide internationale en matière fiscale. Le Conseil des ministres de la Justice et des Affaires intérieures des Etats membres de l'UE (JAI) a adopté la décision-cadre le 18 décembre 2006.

1.3 Aperçu du contenu de la décision-cadre

Le but de la décision-cadre est de permettre aux autorités de poursuite pénale des Etats Schengen d'échanger des informations et des renseignements concernant la grande criminalité et des actes terroristes (considérant n° 5 du préambule de la décision-cadre) d'une manière rapide et sans complications administratives (art. 1 de la décision-cadre). Elle désigne, sur un plan exécutoire, les autorités qui doivent pouvoir échanger entre elles des informations de manière simplifiée.

A l'exception de la transmission spontanée d'informations visée à l'art. 7 de la décision-cadre, l'échange d'informations se fonde sur les normes légales nationales actuellement en vigueur relatives au traitement des données et à l'échange d'informations. Aucun nouveau droit d'accès et de transmission n'est instauré. A l'instar de l'application prévue des art. 39 et 46 CAAS, les autorités de poursuite pénale s'engagent, par la décision-cadre, à n'échanger des informations qu'en vertu de leur droit national et conformément au régime de compétences qu'il prévoit. Ainsi, dans la décision-cadre, l'étendue exacte de la coopération est régie selon les dispositions du droit national, et les compétences des autorités de poursuite pénale ne sont pas étendues. La décision-cadre ne touche pas à la répartition des compétences qui est inscrite dans la loi entre les autorités judiciaires et policières, ou entre la coopération policière et l'entraide judiciaire¹⁰.

En revanche, la décision-cadre précise quelles prescriptions de forme et de procédure doivent être respectées lors de la mise en œuvre. Elle ne vise pas à étendre matériellement l'échange d'informations, mais à le simplifier au sens d'un allègement. Pour cela, elle prévoit des délais de transmission et désigne des points de contact. La norme permettant l'échange spontané d'informations vise, elle aussi, à simplifier leur circulation. Cela dit, les droits à l'information prévus par la législation suisse doivent toutefois être élargis dans une nouvelle norme matérielle. L'art. 46 de la CAAS prévoit déjà que les autorités de poursuite pénale puissent, dans des cas particuliers, transmettre des informations, dans le respect de la législa-

⁷ Groupe multidisciplinaire «criminalité organisée», composé d'experts.

⁸ Comité selon l'art. 36 du traité sur l'Union européenne, composé de hauts fonctionnaires.

⁹ Comité des représentants permanents des Etats membres, à Bruxelles.

¹⁰ Cf. FF 2004 5711 et 5771

tion nationale et sans y être invitées. Or en vertu de la décision-cadre, l'échange spontané d'informations devient obligatoire lorsque l'on peut supposer que ces informations pourraient servir à prévenir ou à poursuivre des infractions.

En appliquant les mêmes conditions en matière d'échange d'informations (principe d'égalité de traitement) aux demandes adressées par une autorité à une autre autorité du même Etat, et à celles qui émanent d'autorités étrangères, la décision-cadre assimile l'échange d'informations entre les Etats participant à Schengen à celui qui a lieu à l'intérieur des frontières nationales. La transmission d'informations à des autorités répressives d'Etats Schengen ne doit donc pas être soumise à des conditions plus strictes que celles appliquées à l'échange d'informations au niveau national. Le principe d'égalité de traitement ne s'applique pas lorsque l'échange d'informations n'est prévu ni par une loi spéciale, ni par un traité international.

1.4 Appréciation

Il faut attendre les premiers échanges d'informations faits selon les principes prévus dans la décision-cadre pour voir si «l'initiative suédoise» apportera réellement une simplification de l'échange d'informations entre les autorités de poursuite pénale. En fixant des délais courts pour répondre aux demandes et en établissant l'obligation de transmettre des informations de manière spontanée, elle pose des jalons importants dans la coopération entre les autorités répressives.

Afin de mettre en œuvre de la manière la plus uniforme possible la décision-cadre, la Commission européenne a organisé quatre séances entre novembre 2007 et juin 2008. La présidence slovène, relayée par la présidence française, a décidé d'intensifier ces discussions entre experts, les Etats membres de l'UE ayant jusqu'au 18 décembre 2008 pour reprendre les dispositions de la décision-cadre dans leur législation nationale. Ainsi, depuis fin juin 2008, les experts nationaux se réunissent une fois par mois et se sont déjà mis d'accord sur divers aspects pratiques. Ils rédigent notamment un manuel qui précise les informations qui peuvent être échangées selon la décision-cadre et la manière de remplir les formulaires de requête et de réponse et qui récapitule par pays les autorités concernées et les langues de travail pour les demandes urgentes. En vertu du droit de participation, la Suisse est active dans la discussion de ces solutions.

1.5 Procédure de reprise

Les développements de l'acquis de Schengen sont repris et mis en œuvre conformément à la procédure prévue à l'art. 7 de l'AAS. Dès que l'UE a adopté un développement de l'acquis de Schengen, l'acte juridique correspondant est notifié à la Suisse, qui doit ensuite communiquer à l'UE dans les 30 jours suivant l'adoption de l'acte, si elle entend reprendre le nouvel acte juridique.

La reprise a lieu par le biais d'un échange de notes qui forme, du point de vue de la Suisse, un traité international¹¹. En fonction du contenu de l'acte juridique de l'UE à

¹¹ Message relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords («accords bilatéraux II») du 1^{er} octobre 2004, FF **2004** 5753.

repandre, l'approbation du présent traité reviendra au Conseil fédéral ou au Parlement, de même qu'au peuple dans le cadre du référendum facultatif.

Si la conclusion de l'échange de notes relève de la compétence de l'Assemblée fédérale ou si la mise en œuvre requiert des adaptations légales, la Suisse doit informer le Conseil de l'UE et la Commission européenne qu'elle ne pourra reprendre le développement sur le plan juridique qu'une fois les exigences constitutionnelles accomplies (art. 7, al. 2, let. b, AAS). Cela vaut pour la mise en œuvre de «l'initiative suédoise». Dans ce cas, la Suisse dispose d'un délai de deux ans au maximum pour reprendre et mettre en œuvre le développement. Ce délai inclut un éventuel référendum.

L'AAS prévoit une suspension, voire une cessation, de l'accord si la Suisse devait ne pas reprendre des développements de l'acquis de Schengen (art. 7, al. 4, AAS).

Le Conseil de l'UE a notifié la décision-cadre 2006/960/JAI le 22 mars 2007, soit avant l'entrée en vigueur de l'AAS, le 1er mars 2008. Pour les développements de l'acquis de Schengen que l'UE a notifié à la Suisse avant la date de l'entrée en vigueur de l'AAS, le délai de notification commence à courir, pour la Suisse, le jour de l'entrée en vigueur de l'AAS (art. 14, al. 3, AAS). Le 28 mars 2008, la Suisse a informé le Conseil de l'UE que la reprise de la décision-cadre 2006/960/JAI, sur le plan juridique, ne pourra avoir lieu qu'une fois les exigences constitutionnelles accomplies (art. 7, al. 2, let. b, AAS). Ainsi, la Suisse a jusqu'au 28 février 2010 pour reprendre et mettre en œuvre «l'initiative suédoise».

1.6 Résultats de la procédure de consultation

1.6.1 Généralités

Le 20 mai 2008, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation concernant l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne sur la reprise de la décision-cadre 2006/960/JAI relative à la simplification de l'échange d'informations entre les services répressifs (développement de l'acquis de Schengen). La consultation s'est achevée le 20 août 2008.

Les cantons, les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale, les organisations faitières des communes, des villes et des régions de montagne et les associations faitières de l'économie qui œuvrent au niveau national ont été invités à se prononcer sur le projet de loi fédérale sur l'échange d'informations entre les autorités de poursuite pénale de la Confédération et celles des autres Etats Schengen (loi sur l'échange d'informations Schengen; LEIS). Au total, 51 autorités et organisations intéressées ont été consultées. Le DFJP a reçu en tout 38 prises de position. 25 cantons ont participé à la consultation. Sur les 13 partis politiques consultés, cinq ont répondu¹².

¹² Rapport sur les résultats de la procédure de consultation relative à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne sur la reprise de la décision-cadre 2006/960/JAI relative à la simplification de l'échange d'informations entre les services répressifs, Office fédéral de la police, DFJP, 27 août 2008, 5 pages.

1.6.2 Résultats

Une majorité des cantons et des milieux consultés approuvent le projet proposé. Certains toutefois font part de diverses remarques et suggestions de modifications. Seule l'Union Démocratique du Centre (UDC) rejette catégoriquement le projet. L'Union suisse des arts et métiers (USAM), le Centre patronal et la Chambre vaudoise des arts et métiers demandent son report.

Le tableau suivant résume ces positions:

	Approbation	Approbation (avec souhaits de modification)	Pas de prise de position	Report	Rejet
Gouvernements cantonaux	19	6	–	–	–
Partis politiques	2	–	2	–	1
Communes, villes et régions de montagne	–	–	–	–	–
Economie	–	3	2	3	–
Total	21	9	4	3	1

1.6.3 Thèmes examinés et retenus

Sont commentés ici les points sur lesquels les participants à la consultation ont souhaité voir apporter des modifications et auxquels une solution est proposée:

- délimitation entre la LEIS et la loi sur l'entraide pénale internationale¹³;
- définition plus précise des informations concernées par la LEIS;
- meilleure définition des autorités de poursuite pénale;
- questions liées à la mise en œuvre de la LEIS.

Délimitation entre LEIS et EIMP

Cette question revêt une importance non négligeable quant à l'application concrète de la LEIS au niveau opérationnel, et une solution devait être trouvée. Il a été ainsi décidé de modifier les art. 7 et 12 LEIS.

Enfin, un manuel à l'usage des autorités concernées sera rédigé et permettra de clarifier la pratique afin de limiter les risques de confusion, notamment entre les art. 7 LEIS et 67a EIMP.

Définition plus précise des informations concernées par la LEIS

Des modifications ont été apportées à l'art. 2 LEIS sur les informations, à l'art. 7 LEIS sur l'échange spontané d'informations et à l'art. 12 LEIS sur les motifs de refus. Enfin, l'annexe 1 a été clarifiée: ne sont plus seulement énumérés les articles

¹³ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale (EIMP; RS 351.1).

de lois correspondant aux délits concernés par la décision-cadre 2002/584/JAI¹⁴, mais aussi les infractions sur lesquelles ces articles portent.

Meilleure définition des autorités de poursuite pénale

Comme nous l'exposons dans le commentaire de l'art. 3 LEIS, une liste des autorités de poursuite pénale devra être communiquée au Secrétariat général du Conseil de l'UE. La solution prévoyant une liste séparée est beaucoup plus pratique que s'il fallait énumérer les autorités de poursuite pénale dans la loi. S'il fallait les mentionner à l'art. 3, il faudrait, à chaque adaptation nécessaire, procéder à une modification législative. Cette solution manque de flexibilité au contraire de celle proposée, qui permet à la Suisse d'adapter à tout moment et sans modification de loi sa déclaration à l'UE indiquant quelles autorités suisses relèvent de la décision-cadre.

En ajoutant toutefois un deuxième alinéa à l'art. 3, le Conseil fédéral a souhaité exclure du champ d'application de la LEIS les administrations ayant la compétence de lever le secret bancaire, telles que la Division des enquêtes spéciales de l'Administration fédérale des contributions, les administrations fiscales cantonales agissant sur mandat de celle-ci, l'Autorité de contrôle et le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent, ainsi que la Commission fédérale des banques (FINMA).

Mise en œuvre de la LEIS

Un manuel à l'usage des autorités concernées sera rédigé, qui précisera notamment l'emploi des formulaires, les langues de travail, le respect des huit heures de réponse à des requêtes urgentes, les procédures d'échange d'informations et le rôle de la centrale d'engagement fedpol qui devrait être au centre des échanges entre autorités de poursuite pénale cantonales et étrangères. Par la rédaction de ce manuel, le Conseil fédéral répond ainsi aux craintes des cantons qui demandaient un soutien de la Confédération pour la mise en œuvre des art.5 et 14 LEIS.

Suggestion

L'Association suisse des banquiers a suggéré que l'administration fédérale publie sur son site Internet les lois de transposition de la décision-cadre adoptées par les principaux Etats membres de l'UE. En collaboration avec la Chancellerie fédérale et le Bureau de l'intégration, l'Office fédéral de la police examinera cette proposition de manière plus approfondie dans un proche avenir.

1.6.4 Autres thèmes examinés, mais non retenus

D'autres modifications ont été proposées et sont exposées ci-dessous. Nous donnons brièvement les raisons qui nous ont toutefois poussés à ne pas les retenir.

¹⁴ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membre, JO n° L 190 du 18.7.2002, p. 1.

Relation entre la LEIS et le futur code de procédure pénale suisse

Les cantons de Schwyz, de Bâle-Campagne et d'Obwald se sont demandés si la LEIS respecte le futur code de procédure pénale suisse (CPP) et pourquoi la Confédération avait décidé d'élaborer une loi fédérale valable pour les seules autorités de poursuite pénale de la Confédération et non pour l'ensemble des autorités suisses de poursuite pénale.

La réponse est exposée au ch. 4.1 du présent message et atrait au respect de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons.

Définition des mesures de contrainte et des informations ayant été obtenues par des mesures de contrainte

Les cantons de Zürich et d'Argovie ainsi que l'Association suisse des banquiers ont demandé que les mesures de contrainte, voire les informations qui ne doivent pas être échangées, soient énoncées dans une liste en annexe de la LEIS. Ils ont par ailleurs exigé que l'art. 2 soit précisé de manière à ce que les informations ayant été obtenues préalablement à la requête par des mesures de contrainte soient exclues de la LEIS.

Le Conseil fédéral ne peut souscrire à cette exigence. La solution proposée dans la LEIS correspond au droit national en vigueur et plus particulièrement aux dispositions de l'art. 75a EIMP. Cet article délimite clairement quelles demandes sont soumises à l'entraide judiciaire et à quelles demandes la police peut répondre par des actes d'entraide administrative¹⁵. Cette solution respecte également la pratique établie depuis de nombreuses années. De plus, l'approbation de l'autorité judiciaire prévue à l'art. 12, al. 2, let. c, LEIS limite les risques d'abus.

Enfin, une liste des informations ne pouvant être échangées devrait être toujours à jour, c'est-à-dire tenir compte des développements à venir, et être exhaustive, au risque sinon de créer de sérieux problèmes dans la pratique.

Voies de recours

Le canton de Schwyz, l'Union des Banques Cantonales Suisses, la Banque cantonale de St-Gall et la Chambre vaudoise des arts et métiers ont souligné que, lors d'échanges de données relatives à une enquête, des informations risquaient d'être transmises sans autorisation et qu'il fallait donc garantir que les autorités étrangères n'utiliseront les informations transmises par la Suisse que pour le but déclaré. Il convient surtout de veiller à ce que des informations transmises ne puissent être utilisées comme moyens de preuve devant des instances judiciaires sans autorisation explicite.

Le Conseil fédéral estime que le droit en vigueur est suffisant pour régler les cas éventuels d'abus et que sur le plan fédéral, le lésé peut invoquer la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données¹⁶. La Confédération répond d'ailleurs du dommage causé par un traitement illicite de données en vertu de la loi sur la responsabilité.

¹⁵ Message concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de la loi fédérale relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mars 1995, FF 1995 III 1.

¹⁶ RS 235.1

Report pour la Suisse de la mise en œuvre de la décision-cadre

L'USAM, le Centre patronal et la Chambre vaudoise des arts et métiers ont demandé que la Suisse négocie à nouveau au sein du comité mixte un délai pour l'entrée en vigueur de la décision-cadre 2006/960/JAI, voire discute d'une éventuelle solution de rechange. Cette proposition est à rejeter. D'une part, la Suisse a pu faire valoir son point de vue et même obtenir certaines modifications substantielles lors des négociations portant sur cette décision-cadre grâce à son droit de participation (voir ch. 1.2). D'autre part, cette proposition fait fi des engagements que la Confédération a pris lorsqu'elle a signé l'AAS, dans lequel elle s'engage à l'art. 7, al. 2, let. b, à procéder à la notification d'une reprise d'un développement de l'acquis de Schengen dans un délai maximum de deux ans.

2 Explications des différents articles de la décision-cadre

Art. 1 Objectif et champ d'application

La décision-cadre vise à enrayer, à l'avenir, les retards et les obstacles, voire les impossibilités, en matière d'échange d'informations, dus par exemple à des procédures ouvertes de manière erronée.

Il ressort de l'art. 1 que la décision-cadre ne s'applique pas aux demandes d'entraide judiciaire. Elle ne modifie nullement les actes juridiques de l'UE sur l'entraide judiciaire ou sur la reconnaissance mutuelle de décisions en matière pénale. Dès lors, les demandes d'entraide judiciaire continuent d'être soumises aux règles existantes concernant l'entraide internationale en matière pénale.

Les autorités qui échangent des informations ne sont pas tenues de mettre à disposition des informations devant être obtenues par le biais de mesures coercitives. Les informations reçues ne peuvent être utilisées qu'à des fins d'enquêtes. Si un Etat membre entend, par la suite, utiliser les informations comme éléments de preuve devant une autorité judiciaire, il doit obtenir l'autorisation de l'Etat auquel la demande a été adressée, conformément aux règles en vigueur relatives à l'entraide internationale en matière pénale.

En vertu de la présente décision-cadre, les informations qui ont été initialement collectées par le biais de mesures coercitives doivent être transmises uniquement lorsque cela est conforme au droit national.

Art. 2 Définitions

Sont concernées par le champ d'application de la décision-cadre les autorités nationales policières, douanières – ou autres –, habilitées, selon le droit national, à dépister et à prévenir des infractions ou des activités criminelles, ainsi qu'à exercer l'autorité publique et à prendre des mesures coercitives en relation avec ces actes. La décision-cadre ne s'applique en aucun cas aux activités de renseignements liées à la sécurité intérieure.

Elle s'adresse à toutes les autorités qui poursuivent des actes criminels, couvrant ainsi un champ allant des opérations de renseignements en matière pénale à la véritable procédure d'enquête pénale, y compris les activités des ministères publics et

des parquets. Les Etats membres et les Etats associés sont tenus, dans le cadre de cette définition générale, d'indiquer concrètement dans une déclaration déposée au Secrétariat général du Conseil de l'UE quelles autorités nationales tombent sous le coup de la décision-cadre. Cette déclaration peut être modifiée à tout moment.

Tous les types d'informations détenus par les autorités susmentionnées (principe de disponibilité) ou par d'autres autorités ou services privés et auxquelles lesdites autorités ont accès sans prendre de mesures coercitives – et dans le respect des prescriptions de traitement en vigueur – peuvent faire l'objet d'un échange d'informations simplifié.

La décision-cadre fait référence aux infractions visées à l'art. 2, par. 2, de la décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen¹⁷ et précise, à ce titre, les points suivants: concernant les Etats associés qui ne participent pas à la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen – comme la Suisse, la décision-cadre renvoie aux infractions visées par le droit national qui correspondent ou sont équivalentes à l'art. 2, par. 2, de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt. Le fait que les infractions doivent seulement être équivalentes¹⁸ et non identiques permet à la Suisse de ne pas devoir reprendre la terminologie figurant dans le mandat d'arrêt européen comme, par exemple, les notions de «fraude» ou de «blanchiment du produit du crime», mais de pouvoir conserver sa terminologie nationale en la matière. Ce point revêt une importance particulière, notamment lorsqu'il s'agit des notions de fraude et plus particulièrement de fraude fiscale.

Art. 3 Transmission d'informations et de renseignements

La décision-cadre vise à simplifier l'échange d'informations, afin qu'elles soient transmises plus efficacement et, au besoin, plus rapidement. Pour cela, les autorités auxquelles des demandes sont adressées (autorités requises) ne doivent pas appliquer des conditions plus strictes en matière de transmission que celles qui prévalent en cas d'échange d'informations au niveau national. L'échange d'informations ne doit notamment pas dépendre de l'approbation d'une autorité judiciaire si cela n'est pas non plus requis pour un échange au niveau national. Cela dit, si l'approbation d'une autorité judiciaire est requise au niveau national, l'autorité requise doit demander l'approbation de l'autorité judiciaire par délégation de l'autorité requérante. Cette solution a été retenue, car l'autorité requise, p. ex. une autorité policière nationale, peut contacter plus facilement les autorités judiciaires de son propre pays, ce qui permet de traiter les demandes avec plus d'efficacité. Dans un tel cas, l'autorité judiciaire est également tenue de ne pas soumettre son approbation à des conditions plus strictes que celles qui prévalent pour les demandes purement nationales.

La transmission des informations obtenues à un autre Etat membre est soumise au principe de spécialité¹⁹.

¹⁷ JO n° L 190 du 18.7.2002, p. 1.

¹⁸ Voir les rectifications dans le JO n° L 75 du 15.3.2007, p. 26.

¹⁹ Voir le commentaire relatif à l'art. 8 de la décision-cadre.

Art. 4 Délais en matière de transmission d'informations
ou de renseignements

L'établissement de délais clairs pour la transmission des informations requises constitue un élément-clé de la simplification de l'échange d'informations. A ce titre, on distingue entre les demandes urgentes, qui doivent être traitées dans un délai de huit heures, et les autres demandes, devant être traitées dans un délai de sept jours, dans la mesure où les informations sont disponibles dans une banque de données et où les infractions liées à la demande sont des infractions graves au sens de l'art. 2, par. 2, de la décision-cadre 2002/584/JAI relative au mandat d'arrêt européen. Dans tous les autres cas, le délai est de deux semaines.

Art. 5 Demandes d'informations et de renseignements

Cette disposition porte sur la finalité des informations transmises.

Art. 6 Canaux de communication et langue

Toutes les demandes, qu'elles soient urgentes ou non, sont transmises par l'intermédiaire de tous les canaux de coopération internationale mis en place entre les autorités de poursuite pénale, comme Europol, Interpol ou le bureau SIRENE. Les Etats membres désignent un ou plusieurs points de contact centraux auxquels les demandes urgentes au sens de l'art. 4, par. 1, de la décision-cadre, doivent être adressées afin qu'elles puissent être transmises rapidement à l'autorité nationale compétente.

L'échange d'informations est non seulement réglé entre les autorités nationales, mais aussi avec Europol et Eurojust. La Suisse a signé avec Europol un accord de coopération portant sur 25 domaines de la criminalité²⁰. Selon cet accord, la Suisse ne transmet à Europol que les informations prévues explicitement par cet accord. Par ailleurs, un texte commun avec Eurojust a pu être paraphé le 6 mars 2008.

Art. 7 Echange spontané d'informations et de renseignements

En vertu de l'art. 46 de la CAAS, chaque partie contractante peut, dans des cas particuliers et sans y être invitée, communiquer à la partie contractante concernée des informations qui peuvent être importantes pour celle-ci aux fins de l'assistance pour la répression d'infractions futures, de la prévention d'infractions ou de la prévention de menaces pour l'ordre et la sécurité publics. L'art. 7 de la décision-cadre élève au rang d'obligation ce type d'échange spontané d'informations, dans la mesure où il s'agit d'une infraction au sens de l'art. 2, par. 2, de la décision-cadre 2002/584/JAI relative au mandat d'arrêt européen. En vertu de l'art. 7, par. 1, dernière phrase, les Etats membres sont compétents pour fixer dans leur droit national des modalités applicables aux échanges spontanés d'informations.

Le point 5 de l'annexe A de la décision-cadre laisse entendre que le formulaire de réponse aux demandes doit être obligatoirement utilisé pour les échanges spontanés d'informations.

²⁰ RS 0.360.268.2, 0.360.268.21

Art. 8 Protection des données

Le *par. 1* fixe le principe selon lequel l'échange d'informations est régi par les règles de protection des données applicables au canal de communication utilisé. Quant au *par. 2*, il prescrit que l'utilisation des informations échangées est soumise aux dispositions nationales en matière de protection des données de l'Etat membre destinataire. Les accords et les recommandations du Conseil de l'Europe en matière de protection des données sont également applicables.

Le *par. 3* définit le principe de spécialité. Il s'agit d'une norme directement applicable aux autorités concernées. Il n'est donc pas nécessaire de la transposer dans le projet de loi. La transmission, à une autre autorité, et l'utilisation des informations ou des renseignements à d'autres fins que celles indiquées dans la demande ne sont autorisées qu'avec l'accord préalable de l'Etat émetteur (principe de spécialité). Il n'est possible de déroger à ce principe que pour prévenir un danger immédiat et sérieux pour la sécurité publique.

L'Etat qui transmet les informations peut, en outre, assortir l'utilisation des informations et des renseignements de conditions que l'autorité de poursuite destinataire se doit de respecter, sauf lorsqu'il s'agit de prévenir un danger immédiat et sérieux pour la sécurité publique. Le *par. 4* fixe le principe d'égalité de traitement, selon lequel l'échange d'informations avec des Etats Schengen est soumis aux mêmes conditions que celles qui prévalent en cas d'échange d'informations au niveau national. Des restrictions ne peuvent donc être imposées aux autorités répressives compétentes d'un Etat Schengen que si elles sont prévues par le droit national et que si elles sont également applicables aux autorités nationales.

Un projet de décision-cadre sur la protection des données dans le cadre de la coopération judiciaire et policière en matière pénale devrait être adopté en 2008. Cette décision-cadre fixe un certain nombre de principes de protection des données que les Etats membres devront transposer dans leur législation. Ces principes ne s'appliqueront toutefois qu'à la communication de données et non au traitement interne. Cette décision-cadre constitue un développement de l'acquis de Schengen. Elle devra donc être transposée dans le droit suisse.

Art. 9 Confidentialité

Cette disposition contient des règles contraignantes relatives au maintien des secrets de fonction.

Art. 10 Motifs de refus de transmission d'informations ou de renseignements

L'Etat requis peut refuser de donner suite à une demande de transmission d'informations, notamment lorsque la demande porte sur un acte punissable pour lequel le droit de cet Etat prévoit une peine privative de liberté d'un an au plus. Cette disposition va dans le sens du but de la décision-cadre, à savoir l'échange d'informations liées essentiellement à des infractions graves et à des actes terroristes.

La transmission d'informations et de renseignements peut également être refusée si elle nuit à des intérêts nationaux prépondérants, à l'aboutissement d'enquêtes en cours, à la sécurité de personnes ou au principe de proportionnalité. De plus, la communication des informations ou des renseignements est refusée si l'autorité judiciaire compétente n'a pas autorisé l'accès aux informations demandées conformément à l'art. 3, par. 4, de la décision-cadre.

Art. 11 Mise en œuvre

Les Etats Schengen sont tenus de communiquer au Secrétariat général du Conseil de l'UE et à la Commission européenne le texte des dispositions transposant dans leur droit national les obligations découlant de la décision-cadre.

Art. 12 Relations avec d'autres instruments

Les conventions existantes et futures entre des Etats Schengen qui vont plus loin que les objectifs prévus par la présente décision-cadre et qui contribuent à simplifier et à faciliter l'échange d'informations entre les autorités de poursuite pénale prévalent sur les dispositions de la décision-cadre. Le Conseil de l'UE et la Commission européenne doivent être informés de toutes les nouvelles conventions et de tous les nouveaux accords conclus.

Annexe

L'annexe contient les formulaires à utiliser pour les demandes d'informations et pour les réponses. La langue à utiliser dépend du canal de communication employé en l'espèce.

3 **Mise en œuvre**

Les règles d'application directe peuvent être définies comme «les dispositions qui ne demandent pas l'édiction d'actes législatifs ou exécutifs complémentaires de droit interne afin de pouvoir être appliquées par les organes étatiques, y compris les organes judiciaires»²¹. La décision-cadre n'est, de manière générale, pas directement applicable; elle s'adresse en premier lieu aux autorités étatiques qui doivent, en particulier, régler les modalités des échanges d'informations. De plus, elle offre aux Etats signataires une grande liberté d'interprétation ou de décision pour la mise en œuvre²². Ainsi, la Commission européenne a dû organiser, dès novembre 2007, plusieurs rencontres d'experts en vue de la mise en œuvre de l'initiative suédoise, au cours desquelles des questions de compréhension et d'interprétation ont pu être abordées. Le Secrétariat général du Conseil de l'UE a pris le relais et, depuis fin juin 2008, les experts nationaux se réunissent au rythme d'une fois par mois et continuent de concrétiser la mise en œuvre de la décision-cadre.

Même lorsqu'un traité international n'est pas directement applicable dans sa totalité, certaines de ses normes peuvent être directement mises en œuvre. En particulier, les art. 8, par. 3, et 10, par. 3, de la décision-cadre, sont directement applicables. Dans le

²¹ Marco G. Marcoff, cité *in* Olivier Jacot-Guillarmod, L'applicabilité directe des traités internationaux en Suisse: Histoire d'un détour inutile, *Annuaire suisse de droit international*, volume anniversaire 1989, p. 133. Voir également Christophe Wilhelm, *Introduction et force obligatoire des traités internationaux dans l'ordre juridique suisse*, thèse Lausanne 1992, p. 131 ss et Daniel Wüger, *Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien*, thèse, Berne, 2005.

²² En vertu de l'art. 11, par. 1, de la décision-cadre, les Etats membres de l'UE sont tenus de mettre en œuvre et d'appliquer les objectifs prévus par la décision-cadre. Contrairement à la décision-cadre, l'accord sur la fraude est, par exemple, directement applicable dans le cadre des Bilatérales II (FF 2004 6127).

même sens, l'art. 7, première phrase, qui élève au rang d'obligation l'échange spontané de certaines informations relatives à des infractions circonscrites, ne nécessite pas, à notre avis, l'édiction de dispositions particulières et peut ainsi être considéré comme directement applicable puisqu'il s'adresse aux services répressifs.

La majorité des dispositions ne sont toutefois pas directement applicables. Il a donc été décidé d'inscrire toutes les dispositions importantes dans une nouvelle loi et d'établir des règles exhaustives. Ainsi, il sera possible de se référer à un texte de loi complet et clair et de n'avoir recours que dans des cas exceptionnels à la décision-cadre dont découle la nouvelle loi.

Les dispositions de la décision-cadre ont été transposées dans le droit national conformément à la répartition des compétences en vigueur inscrite dans le droit interne, qui prévoit des compétences parallèles de la Confédération et des cantons dans le domaine de l'entraide administrative et de l'échange d'informations.

4 Nouvelle loi fédérale sur l'échange d'informations entre les autorités de poursuite pénale de la Confédération et celles des autres Etats Schengen

4.1 Changements proposés

L'objectif du présent arrêté fédéral est de répondre aux obligations découlant de l'AAS et prévoyant la reprise et la mise en œuvre des développements de l'acquis de Schengen et de créer ainsi des modalités claires et explicites concernant l'échange d'informations avec les Etats Schengen. En revanche, le présent projet ne vise aucunement à codifier le domaine de l'entraide administrative de manière uniforme, ni à combler les lacunes de la législation. En effet, une telle entreprise aurait largement dépassé le cadre du présent projet de mise en œuvre, déjà soumis à un délai serré. Les changements proposés par le biais d'une nouvelle loi fédérale visant à appliquer «l'initiative suédoise» se concentrent donc sur ce qui est à la fois fondamental et réalisable.

La création d'une loi spéciale sur l'échange d'informations avec les Etats Schengen présente notamment l'avantage de pouvoir insérer, dans un cadre clair et établi, des compléments, des précisions ou de nouvelles dispositions liés à l'échange d'informations entre les Etats Schengen²³. La possibilité d'insérer les dispositions de la décision-cadre dans le nouveau code de procédure pénale suisse (CPP) et de complé-

²³ L'UE vérifiera, dans les 12 mois suivant l'entrée en vigueur de la décision-cadre, si des compléments sont nécessaires pour enrayer les facteurs qui entraveraient encore l'échange d'informations. Cette évaluation aura lieu essentiellement en relation avec le principe de disponibilité prévu par le programme de La Haye.

ter toutes les lois spéciales²⁴ par des dispositions spécifiques relatives à l'entraide administrative avec les Etats Schengen a été examinée et rejetée. Par ailleurs, il est prévu d'élaborer une loi concernant les organes accomplissant les tâches policières incombant à la Confédération (loi sur la police). La possibilité d'insérer la LEIS dans cette loi sur la police fut également examinée. Mais l'élaboration de cette loi devant en tout cas durer encore plusieurs années, et étant donné que la Suisse ne dispose que de deux années au plus pour mettre en œuvre la décision-cadre, cette variante a également et pour l'instant été rejetée.

La solution visant à étendre le titre 4 du livre 3 du CP n'a pas non plus été retenue, car les règles de droit formel relatives à la coopération policière ne relèvent en principe pas du CP.

4.2 Grandes lignes de la nouvelle loi fédérale

La présente loi vise à améliorer la poursuite et la prévention des infractions grâce un échange d'informations policières international et simplifié (art. 1). Elle entend veiller à ce que les conditions régissant la transmission d'informations à des autorités de poursuite pénale d'autres Etats Schengen ne soient pas plus strictes que celles s'appliquant sur le plan national. Pour cela, la loi fixe les modalités, les délais et quelques prescriptions de forme et élève l'échange spontané d'informations au rang d'obligation.

La section 1 établit que la loi s'applique aux autorités de poursuite pénale de la Confédération habilitées, en vertu du droit fédéral, à exercer une autorité publique en vue de prévenir et de poursuivre des infractions et à mettre en œuvre des mesures de contrainte. En principe, toutes les informations accessibles sans déployer de mesures de contrainte doivent pouvoir être échangées de manière simplifiée au sens de la présente loi. L'art. 6 introduit un principe fondamental, à savoir l'égalité de traitement. Selon ce principe, les demandes d'informations doivent toujours être traitées de la même manière, et ce indépendamment du fait qu'elles proviennent d'une autorité suisse ou étrangère.

²⁴ Citons, entre autres, les normes suivantes: CP (art. 349 ss) RS **311.0**; loi fédérale du 7 octobre 1994 sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération (LOC) RS **360**; loi sur les embargos (LEmb) RS **946.231**; ordonnance du 4 juillet 1984 sur l'origine (OOR) RS **946.31**; loi du 18 mars 2005 sur les douanes (LD) RS **631.0**; loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD) RS **241**; loi sur la TVA (LTVA) RS **641.20**; loi fédérale du 21 mars 1969 sur l'imposition du tabac (LTab) RS **641.31**; loi fédérale du 6 octobre 2006 sur l'imposition de la bière (LIB) RS **641.411**; loi fédérale du 21 juin 1996 sur l'imposition des véhicules automobiles (Limpauto) RS **641.51**; loi du 21 juin 1996 sur l'imposition des huiles minérales (Limpmin) RS **641.61**; loi relative à une redevance sur le trafic des poids lourds (LRPL) RS **641.81**; loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (LIA) RS **642.21**; loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (LT) RS **641.10**; loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD) RS **642.11**; loi sur les banques (LB) RS **952.0**; loi sur les placements collectifs (LPCC) RS **951.31**; loi sur les bourses (LBVM) RS **954.1**; loi sur le blanchiment d'argent (LBA) RS **955.0**; loi sur la Banque nationale (LBN) RS **951.11**, auxquelles s'ajoutent les dispositions figurant dans les accords bilatéraux de coopération policière, dans l'accord avec Europol et dans le protocole additionnel entre la Suisse et la CE relatif à l'assistance administrative mutuelle en matière douanière.

L'art. 8 de la décision-cadre ne nécessite pas de transposition particulière dans le droit suisse, puisque l'al. 1 renvoie aux règles de protection des données qui régissent les canaux de communication qui seront utilisés et que l'al. 2 renvoie au droit national de chaque Etat membre. Les données échangées selon le présent projet de loi sont dès lors régies par les principes généraux de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données²⁵.

La LPD et les législations cantonales de protection des données sont applicables à l'échange d'informations entre services répressifs. La communication de données personnelles à une autorité compétente d'un Etat Schengen est assimilée à une communication effectuée entre organes fédéraux. En vertu de la LPD, toute communication de données doit respecter le principe de licéité²⁶. En vertu de ce principe, tout échange de données effectué selon les modalités fixées dans le présent projet de loi doit reposer sur une base légale. La base légale peut être constituée par une loi au sens matériel si l'échange porte sur des données personnelles qui ne constituent pas des données sensibles ou des profils de la personnalité. S'il s'agit de données sensibles, la base légale doit être prévue dans une loi au sens formel. Cette base légale sera contenue dans la législation propre au domaine concerné. Il convient de relever que le présent projet de loi ne constitue pas une base légale autorisant la communication de données personnelles sur demande aux autorités compétentes des autres Etats Schengen.

En vertu des art. 4 et 5 LPD, l'échange de données doit également respecter les principes de finalité, de proportionnalité et d'exactitude. La personne concernée a un droit d'accès (art. 8 LPD) qui peut être restreint (art. 9 LPD). La protection des données incombe à l'organe fédéral qui effectue l'échange de données (art. 16 LPD).

La section 2 établit les modalités liées aux demandes d'informations et à leur réponse. L'art. 7 introduit un autre principe fondamental, à savoir l'échange d'informations sans requête préalable. Selon ce principe, la transmission spontanée d'informations importantes pour la lutte contre la criminalité aux autorités de poursuite pénale étrangères compétentes, notamment lorsqu'elles sont liées à des infractions qui relèvent directement ou indirectement du crime organisé ou du terrorisme, est obligatoire.

La section 3 contient les dispositions finales, dont une disposition concernant l'implication des cantons.

4.3 Explications des différents articles de la loi

Section 1 Dispositions générales

Art. 1 **Objet**

La présente loi vise à simplifier l'échange d'informations en vue de prévenir et de poursuivre des infractions. A l'exception de la transmission spontanée d'informations au sens de l'art. 7, la présente loi ne crée en principe pas de nouveaux droits en matière de traitement. L'échange d'informations continue d'avoir lieu selon les

²⁵ LPD; RS 235.1

²⁶ Art. 17 et 19 LPD; RS 235.1

dispositions du droit national. La Suisse ne met à disposition que des informations pouvant être collectées, enregistrées et transmises conformément à sa législation nationale. Le projet de loi n'octroie aucune nouvelle compétence aux autorités d'exécution. Des données ne peuvent être communiquées selon la présente loi que si une loi spéciale et un accord prévoit la communication de données à l'étranger aux fins de la prévention ou de la poursuite d'infractions.

La loi ne contient aucune disposition relative à l'échange d'informations entre les autorités fédérales, ni entre les autorités fédérales et les organes cantonaux, ni entre les autorités cantonales de poursuite pénale et les autorités répressives des Etats Schengen. Les cantons doivent régler eux-mêmes ces échanges, dans les limites fixées par la décision-cadre²⁷.

La terminologie liée aux enquêtes pénales et aux procédures policières de recherches de renseignements employée dans la décision-cadre ne correspond que partiellement à la terminologie suisse en la matière. Par ailleurs, elle ne peut pas être définie de manière suffisamment précise. L'objectif de la présente loi a donc été redéfini en précisant qu'il s'agit de prévenir et de poursuivre des infractions²⁸. Le législateur a renoncé à énumérer des notions indéfinies telles que «détection précoce», «enquête préliminaire» ou «recherche préliminaire».

L'al. 3 réserve expressément la loi sur l'entraide pénale internationale²⁹ et des traités internationaux relatifs à l'entraide judiciaire et administrative en matière pénale.

L'al. 4 permet enfin de réserver des dispositions de traités bilatéraux ou multilatéraux qui sont déjà conclus par la Suisse avec certains Etats Schengen et qui contiennent des dispositions plus favorables. Une déclaration mentionnant les traités dans le domaine de l'échange d'informations allant plus loin que la décision-cadre 2006/960 devra être établie et envoyée au Secrétariat général du Conseil de l'UE au moment où la Suisse fera part de l'entrée en vigueur de la LEIS.

Art. 2 Informations et protection des données

Seules les informations dont disposent déjà les autorités compétentes, et qui sont accessibles sans appliquer des mesures de contrainte, tombent sous le coup de la présente loi. Les demandes qui impliquent l'emploi de mesures de contrainte sont exclues du champ d'application de la présente loi et ne peuvent pas être échangées selon une procédure simplifiée. De même, les informations qui ont été obtenues de manière volontaire ou sur la base d'une obligation légale de fournir des informations aux autorités et qui normalement auraient été obtenues en prenant des mesures de contrainte, sont exclues du champ d'application de cette loi.

Les autorités compétentes sont soumises au droit national, qui dicte quelles informations peuvent être échangées, à quelles conditions et entre quelles autorités de poursuite pénale des Etats Schengen. En effet, l'échange d'informations continue d'avoir lieu selon les dispositions du droit national. La Suisse ne met à disposition que des informations pouvant être collectées, enregistrées et transmises conformément à sa législation nationale. Dès que des mesures de contrainte doivent être appliquées pour

²⁷ Les lois cantonales sur la police contiennent de nombreuses dispositions relatives à la collaboration policière avec les autres cantons, la Confédération et les partenaires étrangers.

²⁸ Voir les considérants n° 2, 3 et 7 du préambule de la décision-cadre.

²⁹ RS 351.1

obtenir des informations, la LEIS ne s'applique pas. Dans ce cas, les autorités requérantes et requises doivent suivre les dispositions de l'entraide judiciaire.

La LEIS ne constitue pas elle-même la base légale permettant l'échange d'informations sur demande (art. 1, al. 1, let. a, LEIS). Une loi spéciale ou un accord international doit prévoir la communication de données aux fins prévues dans la demande. Ainsi, les dispositions légales pertinentes demeurent applicables dans le cas de la transmission d'informations sur demande, les restrictions qu'ils prévoient aussi. Il convient de préciser encore une fois que la LEIS règle uniquement les modalités de transmission des informations sur demande.

Enfin, par principe, les informations relevant du domaine secret protégé par la loi³⁰ ou par des lois spéciales³¹ ne peuvent pas être échangées selon une procédure simplifiée.

Contrairement à la procédure d'entraide judiciaire, qui règle spécifiquement la protection juridique de la personne concernée, l'entraide administrative transfrontalière en matière de police est généralement, et donc aussi dans le cadre de la présente loi, soumise au droit de la protection des données (cf. art. 2, al 1, let. b en lien avec art. 2, al. 2, let. c, LPD). L'al. 3, purement déclaratoire, précise cela dans un but de transparence.

Art. 3 Autorités de poursuite pénale de la Confédération

En vertu de la décision-cadre, les autorités de poursuite pénale des Etats Schengen doivent pouvoir échanger entre elles des informations de manière simplifiée. Selon l'interprétation grammaticale de l'art. 2, let. a, de la décision-cadre, la notion d'«autorités de poursuite pénale de la Confédération» recouvrirait l'Office fédéral de la police (fedpol), le Ministère public de la Confédération et l'Administration fédérale des douanes³².

En vertu de l'art. 1, al. 3, let. a, de la présente loi, l'échange d'informations dans le cadre de l'entraide judiciaire demeure réservé. Dans ce contexte, le législateur a renoncé à énumérer de manière exhaustive dans la loi quelles autorités de poursuite pénale tombent sous le coup de la décision-cadre et a opté pour une formulation plus souple, qui s'inspire de l'art. 5, let. c, de l'avant-projet de loi sur l'organisation des autorités pénales. Grâce à cette solution, la Suisse peut adapter à tout moment et sans modification de loi sa déclaration à l'UE indiquant quelles autorités suisses relèvent de la décision-cadre.

Les autorités qui traitent spécialement des questions de sécurité nationale ne tombent pas sous le coup de la présente loi.

³⁰ Voir l'art. 21, al. 4, let. b, de la loi sur l'entraide pénale internationale (EIMP) et le livre 2, titre 3, du CP: Infractions contre l'honneur et contre le domaine secret ou le domaine privé. Les données figurant dans le casier judiciaire en font également partie.

³¹ Code pénal suisse; RS 311.0. Loi sur les banques; RS 952.0. Loi sur les bourses; RS 954.1. Loi sur la concurrence déloyale; RS 241.

³² La majorité des Etats Schengen ont indiqué ces trois autorités répressives.

Art. 4 Autorités de poursuite pénale des autres Etats Schengen

En vertu de la décision-cadre, les autorités de poursuite pénale des Etats Schengen doivent pouvoir échanger entre elles des informations de manière simplifiée. Chaque Etat a précisé la notion de «service répressif» dans une déclaration au Secrétariat général de l'UE, selon l'art. 2, let. a, de la décision-cadre. Cette déclaration fera partie du Manuel en cours de rédaction (ch. 1.4).

Art. 5 Voies de communication et points de contact

Par canaux, on entend notamment les bureaux nationaux d'Europol, les officiers de liaison d'Europol, le Bureau Interpol national, le bureau SIRENE ainsi que d'autres officiers de liaison. Lors de l'échange d'informations, il convient d'employer la langue de la voie de communication utilisée. Les règles applicables en matière de protection des données sont régies par la voie de communication utilisée³³.

Les demandes urgentes doivent être traitées dans les huit heures, ou l'autorité requérante doit être informée dans ce délai que la réponse lui parviendra ultérieurement. Ce délai ne peut être tenu sans l'aide d'un centre de communication occupé en permanence. L'Office fédéral de la police (fedpol) dispose déjà d'un tel point de contact au sein de sa Centrale d'engagement, occupée 24 heures sur 24. Le message relatif à l'approbation des Bilatérales II prévoyait déjà que l'échange d'informations au sens des art. 39 et 46 de la CAAS aurait lieu en général à partir d'une centrale³⁴. Les demandes qui ne touchent pas au domaine de compétences de la Confédération seraient immédiatement transmises aux autorités policières cantonales compétentes.

Cette disposition n'octroie aucune nouvelle compétence à fedpol, qui fait uniquement office, en cas de besoin, de «boîte aux lettres disponible en permanence» pour d'autres services fédéraux et, si nécessaire, pour les autorités cantonales de poursuite pénale. Le contenu de l'al. 2 n'est pas explicitement prévu par la décision-cadre. Le Secrétariat général du Conseil de l'UE doit toutefois disposer de renseignements relatifs aux services à contacter en cas de demandes urgentes, en plus de la liste des autorités de poursuite pénale concernées. Ces renseignements peuvent être modifiés à tout moment.

Cette disposition ne limite aucunement l'échange transfrontalier direct prévu par les accords bilatéraux.

Art. 6 Egalité de traitement

L'art. 6 de la loi met en œuvre le principe prévu par la décision-cadre (art. 7) selon lequel les conditions régissant la transmission d'informations à des services répressifs d'autres Etats Schengen ne doivent pas être plus strictes que celles s'appliquant sur le plan national. Ce faisant, il garantit le principe de l'égalité de traitement quant aux conditions de communication des données.

Le principe d'égalité de traitement concernant les conditions régissant l'échange d'informations aura pour conséquence que les communications vers une autorité compétente d'un Etat Schengen seront assimilées à une communication entre autorités de poursuite pénale de la Confédération en ce qui concerne les conditions à

³³ Art. 8, al. 1, de la décision-cadre.

³⁴ FF 2004 5771

remplir en matière de protection des données. Les principes généraux de protection des données prévus par la LPD pour le secteur public sont donc applicables³⁵.

Section 2 Echange d'informations

Art. 7 Echange spontané d'informations

Un échange spontané d'informations au sens de l'art. 7 de la décision-cadre ne peut avoir lieu que si elles portent sur des infractions visées par le droit national qui correspondent ou sont équivalentes à celles prévues par le mandat d'arrêt européen³⁶ (comme cela est le cas pour les demandes urgentes au sens de l'art. 11, al. 1, de la présente loi). Les art. 39 et 46 de la CAAS permettaient déjà, dans des cas particuliers, de transmettre des informations sans demande préalable, dans la mesure où celles-ci pouvaient s'avérer importantes pour leur destinataire aux fins de la répression d'infractions futures, de la prévention d'infractions ou de la lutte contre des menaces pour l'ordre et la sécurité publics³⁷. Cette possibilité a désormais un caractère obligatoire³⁸. Le droit en vigueur autorise notamment la police judiciaire fédérale aujourd'hui déjà à l'échange spontané d'informations (voir les art. 5 et 6 de l'ordonnance du 30 novembre 2001 concernant l'exécution de tâches de police judiciaire au sein de l'Office fédéral de la police, RS 360.1). L'entraide administrative spontanée n'est accordée dans le cadre national et international qu'en présence d'un soupçon initial relatif à la personne concernée.

Les informations visées à l'art. 7 sont transmises au moyen du formulaire prévu pour répondre aux demandes d'informations.

Art. 8 Contenu et forme des demandes

Les demandes d'informations, ainsi que leur réponse, doivent être formulées par écrit. Les formulaires à utiliser visés aux art. 8, al. 2, et 9, de la présente loi, sont indiqués dans une ordonnance du département³⁹. Il s'agit en fait des formulaires qui figurent en annexe à la décision-cadre, qui seront légèrement modifiés.

Art. 9 Réponse

Le présent article contient les dispositions concernant les réponses aux demandes. L'al. 4 renvoie à une éventuelle approbation d'une autorité judiciaire pour l'échange d'informations. Dans la pratique, une telle approbation est souvent demandée, bien qu'il n'existe pas de prescriptions claires indiquant quand une telle approbation est requise ni sous quel angle l'autorité judiciaire doit rendre sa décision.

³⁵ Art. 4 à 11a et 16 à 25^{bis} LPD; RS 235.1

³⁶ Voir l'annexe 1 de la présente loi.

³⁷ FF 2004 5593 5711

³⁸ Voir le considérant n° 10 de la décision-cadre: «... promouvoir aussi largement que possible l'échange d'informations, notamment pour ce qui est des infractions liées directement ou indirectement à la criminalité organisée et au terrorisme ...».

³⁹ Voir RS 120.31 (Ordonnance du DFJP du 16 janvier 2007 sur les champs de données et les droits d'accès au système ISIS).

Art. 10 Formulaires

Le DFJP a la compétence, selon la décision-cadre, de préciser quel formulaire utiliser pour les demandes d'informations et pour les réponses aux demandes.

Art. 11 Délais

La loi contient, à l'annexe 1, une liste d'infractions pour lesquelles une demande urgente peut être transmise. Il s'agit d'infractions selon le droit national qui correspondent ou sont équivalentes à celles prévues par le mandat d'arrêt européen. Les infractions visées à l'annexe 1 peuvent également être invoquées en cas d'échange spontané d'informations selon l'art. 7 de la présente loi.

Art. 12 Motifs de refus

La demande d'informations *peut* être refusée dans trois cas: si l'échange viendrait à porter atteinte à des intérêts prépondérants en matière de sécurité nationale, pourrait nuire au bon déroulement d'une enquête en cours ou si les informations requises ne semblent pas être pertinentes ni nécessaires.

L'échange d'informations *doit* par contre être refusé si les informations sont destinées à être utilisées comme moyens de preuve, si la demande se réfère à une infraction passible d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou si l'autorité judiciaire compétente n'a pas approuvé l'accès aux informations ni leur échange alors qu'une loi le prévoit. Naturellement, si des mesures coercitives doivent être déployées pour répondre à une demande, l'échange d'informations par le biais de la procédure simplifiée doit être refusé (voir l'art. 2 de la loi).

Comme exposé sous le ch. 6.2, l'autorité requise doit refuser de communiquer les informations demandées si elle ne dispose pas d'une base légale autorisant la transmission de données.

Section 3 Dispositions finales

Art. 13 Développement de l'acquis de Schengen

L'al. 1 autorise le Conseil fédéral à conclure de manière indépendante des traités internationaux liés à la reprise de développements de l'acquis de Schengen qui impliquent une modification des infractions visées à l'annexe 1. De plus, le Conseil fédéral reçoit la possibilité de procéder, par voie d'ordonnance, à des modifications mineures de l'annexe 1, qui ne constitue pas un pilier de la loi. Cette annexe indique seulement pour quels éléments constitutifs d'infractions un échange d'informations peut être considéré comme urgent et pour lesquels des informations doivent être échangées spontanément.

Art. 14 Exécution par les cantons

Il incombe aux cantons de mettre en œuvre la décision-cadre dans leurs domaines de compétences. La Confédération ne prévoit les modalités de communication d'informations aux services répressifs étrangers que dans ses domaines de compétences. L'art. 14 ne porte pas atteinte à la répartition constitutionnelle des compétences en matière d'exécution des traités internationaux. Il vise uniquement à régler le cas où

la poursuite pénale est déléguée aux cantons, et que ces derniers n'auraient pas adopté de loi spécifique de mise en œuvre de la décision-cadre, par exemple dans le domaine du droit des étrangers. Dans cette hypothèse, les formulaires et délais prévus par la présente loi s'appliqueraient à titre de droit cantonal subsidiaire.

Annexe 1

La décision-cadre 2002/584/JAI⁴⁰ ne s'applique pas à la Suisse. L'annexe indique donc quelles infractions selon le droit suisse correspondent ou sont équivalentes à celles prévues par cette décision-cadre.

5 Conséquences

La présente loi ne crée ni de nouvelles banques de données, ni de canaux supplémentaires pour l'échange d'informations. Sa mise en œuvre ne devrait donc pas engendrer de coûts supplémentaires. L'éventuelle augmentation du nombre de données échangées, due notamment au fait que l'échange spontané d'informations est devenu obligatoire, pourrait cependant engendrer des besoins supplémentaires en termes de personnel, qui dépendront de la manière dont sera interprétée dans les faits l'obligation d'échanger spontanément des informations. A ce jour, les autorités de poursuite pénale échangent déjà des informations sans demande préalable, bien que ce ne soit pas une obligation.

La disposition qui prévoit que l'Office fédéral de la police peut, dans les cas urgents, faire office de point de contact central pour d'autres autorités de poursuite pénale de la Confédération constitue une autre incertitude concernant les ressources supplémentaires nécessaires en termes de personnel. S'il s'avère, dans les faits, que la Centrale d'engagement de l'Office fédéral de la police reçoit et traite la plupart des demandes, un renforcement des effectifs serait alors nécessaire.

Aucune conséquence sur l'économie n'est à prévoir.

Les cantons sont tenus d'appliquer le présent développement de manière autonome. Il n'est pas possible à l'heure actuelle, alors que la décision-cadre n'est pas encore appliquée, d'évaluer dans quelle mesure le présent développement pourrait entraîner des charges supplémentaires pour les cantons, dont ils devraient s'acquitter eux-mêmes.

6 Programme de la législature

Le message sur le programme de la législature 2007 à 2011 du 23 janvier 2008⁴¹ mentionne le «message relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne sur la reprise de la décision-cadre 2006/960/JAI relative à la simplification de l'échange d'informations

⁴⁰ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, JO n° L 190 du 18.7.2002, p. 1.

⁴¹ FF 2008 680 et 710

entre les services répressifs», comme objet des grandes lignes sous le ch. 4.2.2: Objectif 6: Renforcer la coopération internationale en matière de justice et de police.

7 Aspects juridiques

7.1 Constitutionnalité

La reprise des développements de l'acquis de Schengen a lieu dans le cadre d'un échange de notes entre la Suisse et l'UE. L'échange de notes constitue, pour la Suisse, un accord international. Le projet d'arrêté fédéral se fonde sur l'art. 54, al. 1, de la Constitution (Cst.)⁴², qui octroie à la Confédération le droit de conclure des traités internationaux.

La mise en œuvre de la décision-cadre nécessite l'adoption de la présente loi fédérale. Cette dernière se fonde sur les art. 54, al. 1, et 123, al. 1, Cst., qui règlent la compétence générale de la Confédération dans le domaine des affaires étrangères et confèrent à la Confédération la compétence de légiférer en matière de procédure pénale. Cette compétence inclut également, en matière de poursuite pénale, les activités de la police.

7.2 Arrêté d'approbation

La décision-cadre contient des dispositions importantes fixant des règles de droit au sens de l'art. 22, al. 4, de la loi sur le Parlement⁴³. Il s'agit de dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences.

La décision-cadre introduit le principe de disponibilité, oblige les Etats membres à échanger spontanément des informations et fixe des délais précis pour les réponses aux demandes d'informations. De plus, elle mentionne explicitement que l'échange d'informations avec des Etats Schengen ne doit pas être soumis à des conditions plus strictes que celles prévues pour l'échange d'informations entre des autorités de poursuite pénale suisses.

En application de la procédure ordinaire prévue pour la conclusion de traités internationaux selon l'art. 166, al. 2, Cst., l'échange de notes nécessaire à la reprise doit être soumis à l'Assemblée fédérale pour approbation.

La mise en œuvre de l'échange de notes requiert l'adoption d'une loi fédérale. L'arrêté fédéral est donc sujet au référendum au sens de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.

⁴² RS 101

⁴³ RS 171.10

7.3

Législation d'application

La Suisse est en principe libre de décider sur quelle base légale elle entend mettre en œuvre la décision-cadre. Au vu de l'importance des dispositions fixant des règles de droit selon l'art. 164, al. 1, Cst., et de la pratique courante qui vise à inscrire dans de nombreuses lois spéciales la réglementation en matière d'échange d'informations policières, il apparaît opportun de fixer ces nouvelles règles dans une loi.

7.4

Délégation de compétences législatives

La présente loi, qui délègue au Conseil fédéral la compétence de conclure des traités internationaux entraînant une modification de l'annexe 1 du présent projet de loi, l'habilite à adapter temporairement l'annexe 1 par voie d'ordonnance, à condition de présenter simultanément un message aux Chambres fédérales.