

Neuchâtel, 13 mai 2019

Étude comparative de l'entraide internationale en matière pénale en Suisse

1 Le mandat

Le présent rapport a pour objectif la comparaison de l'entraide internationale en matière pénale, qui a été mandaté par le Contrôle Fédéral des Finances (CDF) dans le cadre de l'évaluation de l'entraide internationale en matière pénale. Cette évaluation s'inspire du rapport initial sur **la lutte contre la criminalité économique** en Suisse publié par le Contrôle Fédéral des Finances (CDF) en 2015 et des travaux préparatoires. Il est à préciser que le présent rapport porte **exclusivement sur l'entraide judiciaire accessoire (petite entraide ou « autres actes d'entraide »)**.

Face aux différentes terminologies utilisées entre les États que nous avons analysés dans le présent mandat, il convient de préciser que l'entraide judiciaire accessoire doit se comprendre comme la **récolte et transmission des moyens de preuve, dont l'exécution par l'État accordant l'entraide inclut un recours aux mesures de contrainte**.

Par ailleurs, et en faisant le lien avec le rapport initial sur **la lutte contre la criminalité économique**, nous nous sommes focalisés notamment sur **les demandes d'entraide d'une certaine complexité**, y compris celles impliquant une mise sous scellés.

Selon le cahier des charges le rapport est restreint à l'analyse de l'opportunité de **la répartition** des compétences au niveau fédéral et régional dans l'exécution des commissions rogatoires adressées à la Suisse (entraide passive) ainsi que sur l'évaluation de l'importance et de la pertinence des **moyens de recours**.

2 La base de données

Dans un premier temps, nous avons créé un concept d'analyse, puis développé une grille d'analyse afin d'harmoniser l'étude des ordres juridiques sélectionnés pour le présent mandat. Le rapport se base ainsi sur nos propres recherches ainsi que sur les informations fournies par des experts, notamment des praticiens, des États que nous avons choisis de comparer. En fonction des renseignements ainsi obtenues, les informations sont inégalement développées.

Comme convenu avec le CDF fin septembre 2018, l'étude comparative a débuté avec l'analyse de la pratique exercée par la **Belgique**. La grille a été envoyée à plusieurs praticiens de l'entraide et représentants de l'État belge¹ afin d'obtenir des compléments d'informations à cet égard.

En parallèle, nous avons entrepris des démarches visant à analyser le système **luxembourgeois**. Nous avons ainsi pu obtenir des grilles complétées de la part d'un praticien luxembourgeois ainsi que d'une personne de l'Université de Luxembourg².

Par la suite, et après discussion à mi-mandat, nous avons convenu d'exclure l'Allemagne, principalement en raison de la responsabilité dorénavant exclusive des *Länder* dans son système d'entraide³. Par contre, nous avons décidé d'inclure les **États-Unis**⁴ ainsi que l'**Autriche**⁵.

Les grilles que nous avons ainsi obtenues pour les pays précités ci-dessus ainsi que celle que nous avons remplie pour la Suisse, se trouvent en annexe.

3 Comparaison avec le système suisse

La comparaison du système suisse de l'entraide avec les autres systèmes juridiques et la pratique de l'entraide des quatre États précités, soit la Belgique, le Luxembourg, les États-Unis et l'Autriche s'est focalisée sur la répartition des compétences, notamment l'intervention de l'Office fédéral de la justice (abrégé OFJ) (1.) et les droits de recours (3.). La question de la mise sous scellé est apparue en plus durant la conceptualisation de la comparaison (2.).

3.1 Répartition des compétences entre les différentes autorités

Ce chapitre aborde la répartition des compétences en donnant de plus de poids aux compétences de l'autorité centrale.

3.1.1 Situation en Suisse

En Suisse, il y a une répartition des tâches entre l'autorité centrale et les cantons. C'est l'OFJ, en tant qu'autorité centrale, qui est impliqué dans la procédure d'entraide passive (i.e. lorsque la Suisse reçoit une demande d'entraide).

C'est ainsi à l'OFJ que revient la tâche de procéder à un "examen sommaire avant exécution" (cf. art. 78 de la Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981, abrégée EIMP) dans la mesure où les autorités de poursuite pénales ne sont pas habilitées à communiquer directement entre elles (cf. art. 78 al. 1 EIMP).⁶ Cet examen sommaire consiste en un contrôle d'admissibilité de la demande d'entraide judiciaire émanant de l'étranger. L'OFJ peut, en cas de besoin, inviter l'État étranger à compléter sa demande (cf. art. 78 al. 3 EIMP).

Ensuite, il transmet la demande à l'autorité d'exécution, cantonale ou fédérale, qu'il aura désignée. Celle-ci entre – en général – en matière vu que l'OFJ a déjà effectué un examen au préalable. Il est également possible pour l'OFJ, en tout cas en théorie, de se charger lui-même de l'exécution (cf. art. 79a EIMP). Une fois la demande d'entraide exécutée, l'OFJ est informé de la clôture de l'entraide (cf. art. 5 OEIMP). Lorsque la décision est entrée en force, l'OFJ transmet les pièces à l'État étranger, sous réserve de la communication directe entre autorités de poursuite.

La Suisse a intégré cette autorité centrale dans son système d'entraide conformément aux exigences posées par les conventions internationales conclues au sein des organisations internationales telles que le Conseil d'Europe ou les Nations Unies. En effet, outre une législation pertinente, une organisation administrative avec un organe central est considérée comme l'une des conditions préalables les plus importantes à un bon fonctionnement de l'entraide internationale.⁷ La mise en place d'une telle instance centrale vise à apporter une réponse uniforme aux demandes reçues et émises. Elle permet également d'éviter les

redondances et les incohérences et peut développer une compétence accrue en matière d'entraide en la pratiquant quotidiennement.⁸

Selon les analyses effectuées par le CDF, cette première étape (réception / examen sommaire avant exécution / transmission pour exécution) n'est que peu chronophage (entre deux et trois semaines).

La Suisse connaît également la possibilité d'une communication directe avec certains Etats, notamment avec l'Autriche, la Belgique et le Luxembourg. C'est également le cas avec d'autres Etats non inclus dans cette étude (cf. Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide en matière pénale et Convention d'application du 19 juin 1990 de l'Accord de Schengen). Aussi, aucune autorité politique n'est donc impliquée dans le processus.

Toutefois, la communication directe semble créer un tout autre type de problème : selon un procureur autrichien, qui préfère rester anonyme, elle implique que les homologues étrangers doivent identifier le ministère public cantonal compétent. Or, l'Etat requérant n'est pas obligé de passer par la voie directe et peut tout de même adresser la demande l'OFJ en cas de doute.

Aux Etats-Unis, il existe 93 procureurs généraux appelés « Attorney's office », qui ont tous un coordinateur international en charge de la réception des demandes d'entraide transmises par l'OIA et de superviser son exécution. Apparemment, tout juge fédéral peut en principe examiner une demande d'entraide notifiée dans n'importe quelle juridiction aux États-Unis d'Amérique, voire le district local où se trouvent les éléments de preuve en question. Mais en général, les demandes étrangères sont traitées, notamment depuis 2016, à Washington D.C.⁹ L'autorité centrale, l'OIA, a reçu entre octobre 2017 et septembre 2018 environ 4'600 demandes d'entraide et en a traité 4'100.

3.1.2 Situation dans les Etats étudiés

Sans surprise, il sied de constater qu'une telle étape intermédiaire, voire même l'autorisation du Ministère de la justice, n'est plus requise dans le processus d'entraide. Les commissions rogatoires sont ainsi transmises d'une autorité judiciaire à une autorité judiciaire entre les pays membres de l'Union européenne précités soit la Belgique, l'Autriche et le Luxembourg.

Luxembourg

Il convient de mentionner que le Luxembourg vient tout juste de transposer dans son droit national la Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale (en vigueur à partir du 11 septembre 2018).

Bien que les principes de l'entraide judiciaire internationale dans le domaine de recueil et transfert des preuves actuellement en vigueur seront largement suivis sous le régime de ce nouvel instrument¹⁰, les principales innovations résident dans les procédures accélérées (nouveau régime des délais) et standardisées (formulaire uniforme). L'uniformisation qui en découle pourrait produire un effet positif sur les délais en matière d'entraide de manière générale selon le rapport de synthèse luxembourgeois [2. 1)]. Toutefois, la Suisse n'est pas concernée par ce nouvel instrument d'entraide.

Au Luxembourg, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 2000, l'autorité centrale est le procureur général d'État et non plus le Ministère de la justice. Depuis lors, c'est le procureur général d'État qui reçoit les commissions rogatoires de l'étranger qui relèvent de la « grande entraide » (au sens luxembourgeois), c'est-à-dire les commissions rogatoires qui visent à faire opérer des mesures coercitives au Luxembourg - sous réserve des dispositions spéciales prévues par des conventions prévoyant la possibilité d'une transmission directe [3.1. 2)]. Ainsi, la grande entraide relève uniquement du juge d'instruction, et le ministère public ne fait que contrôler l'opportunité de la demande et transmettre les pièces d'exécutions.

La suppression de l'intervention du Ministère de la justice semble ainsi impliquer un raccourcissement de la procédure. Elle a eu pour effet d'éliminer un intermédiaire et par voie de conséquence le délai de traitement et d'acheminement dû à ce dernier. Aucun délai figure dans la loi sur l'entraide, mais le législateur a indiqué que la matière est « urgente » par principe. Corrélativement le service dédié à l'entraide a été étoffé en moyens humains.

Le temps imparti de la procédure prend en général entre 6 et 8 mois :

- Examen de la demande et autorisation : 1 mois
- Ordonnance du juge d'instruction (équivalent de l'entrée en matière en Suisse) : 1 mois
- 3 mois pour l'exécution par la police
- Passage par la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement et transmission à l'état requérant : 1-2 mois

Il s'avère ainsi que le contrôle du tribunal est systématique, y compris quand il n'existe pas de recours : la chambre du conseil doit autoriser la transmission des pièces, pour chaque demande. Ce mécanisme de contrôle du tribunal systématique, mais limité à la régularité de la procédure, a été discuté, mais la suppression de tout contrôle (en l'absence de recours) s'est heurtée à des résistances du législateur.

Concernant la répartition des compétences au niveau fédéral et régional, le Luxembourg est un état unitaire, donc sans « niveau fédéral ». Il n'existe non plus des « régions » mais douze cantons (ensuite communes, etc.). Quant à l'entraide pénale, la seule division géographique qui nous intéresse est celle entre les deux arrondissements judiciaires : Diekirch au nord et Luxembourg au sud [3.1].

Selon ces informations, ce n'est donc pas la délégation des compétences entre plusieurs autorités ou niveaux mais l'exécution qui prend du temps.

Belgique

En Belgique, c'est le Service public fédéral de la justice (auprès du Ministère de la Justice¹¹) qui reçoit les demandes d'entraide, à l'exception de la transmission directe. Sa démarche correspond à l'examen fait par l'OFJ. Ainsi, il rend une autorisation de procéder après avoir vérifié que les conditions de l'entraide sont remplies.

La répartition entre le Parquet fédéral et les Parquets régionaux se fait selon le lieu où devra être accompli l'essentiel des actes sollicités. Ainsi, la répartition se fait au cas par cas. S'il ne ressort aucun lieu précis ou que l'exécution doit avoir lieu sur tout le territoire de la Belgique, le Parquet fédéral se chargera lui-même de l'exécution. Le parquet fédéral belge dispose de compétences particulières en matière de terrorisme et en matière d'opérations « undercover ».

Il est en outre compétent pour autoriser la création d'équipes communes d'enquête. Enfin, il a également une compétence de coordination pour les commissions rogatoires qui nécessitent l'exécution dans plusieurs arrondissements judiciaires.¹²

En Autriche, il n'existe pas d'organe central pour le traitement de l'entraide judiciaire en matière pénale, à l'exception du ministère public central chargé des poursuites en matière pénale économique et de la corruption à Vienne qui est compétent pour ces questions spécifiques sur l'ensemble du territoire fédéral.¹³ Les demandes d'entraide judiciaire doivent donc être adressées au parquet du lieu compétent.¹⁴ Le Parquet d'Innsbruck nous a indiqué obtenir environ 270 demandes par an, dont la majorité n'est pas d'un niveau complexe. La durée moyenne pour exécuter une demande est d'environ de deux mois.¹⁵

États-Unis

Alors qu'une transmission directement à l'autorité requise est possible entre la Suisse et la Belgique, l'Autriche ou le Luxembourg, une telle transmission directe n'est pas explicitement prévue avec les Etats-Unis.

Cependant, le rapport des Etats-Unis fourni par l'Office of International Affairs (abrégé OIA) indique que les contacts directs entre les autorités de poursuite pénale ne sont pas interdits. Au contraire, il correspond même à la politique officielle du Ministère de la justice. Une coordination entre les procureurs et l'OIA se met en place pour les questions relatives à la collecte de preuves à l'étranger. De plus, dans la pratique, les autorités de poursuite américaines communiquent souvent directement avec leurs homologues étrangers en vue de coordonner les enquêtes et d'identifier les preuves disponibles. Toutefois, l'OIA préfère être informé et autorisé à apporter son concours, selon les besoins, sans entraver la circulation rapide de l'information. Si la preuve est nécessaire pour l'utilisation dans un procès pénal, certaines exigences juridiques doivent être satisfaites et l'échange doit ainsi passer par le biais de demandes d'entraide formelles, qui, selon le droit américain, ne peuvent être présentées qu'à l'OIA et par celui-ci.¹⁶

Les Etats-Unis ont conclu 55 traités d'entraide judiciaire, dont le premier avec la Suisse en 1977. En vertu du droit américain, les traités d'entraide juridique bilatéraux s'appliquent d'eux-mêmes et ont force de loi. De plus, les Etats tiers et les Etats-Unis ont conclu plusieurs conventions pour améliorer la procédure d'entraide, notamment pour la mise en œuvre de commissions rogatoires¹⁷.

Malgré ces améliorations par rapport aux commissions rogatoires, la procédure a la réputation de demeurer lente et encombrante.¹⁸ En effet, la demande d'entraide destinée aux Etats-Unis doit passer par l'autorité centrale de l'Etat requérant (soit l'OFJ dans le cas de la Suisse) et être adressée au Bureau des Affaires Internationales du Département de la Justice (Department of Justice's Office of International Affairs). Cette autorité communique avec son homologue demandeur (et celui-ci avec le procureur à l'origine de la demande) jusqu'à ce que le format de la demande soit correct et que la demande contienne toutes les informations nécessaires. Il est à préciser qu'il peut y avoir plusieurs allers-retours dans certains cas.

Ainsi, en ce qui concerne l'entraide active, de par sa fonction centrale l'OFJ a en effet développé des connaissances particulières concernant les exigences prévues par le droit américain pour obtenir, par exemple, une perquisition. Dès lors, il peut renseigner les procureurs cantonaux ou

fédéraux suisses afin que leurs demandes d'entraide soient suffisamment motivées (ce qui est particulièrement important en droit américain), cela dans le but d'éviter que les demandes ne soient rejetées pour cette seule raison.

Ensuite, l'OIA prend contact avec l'office du Procureur général ou un autre office fédéral en charge de l'enquête (comme p.ex. le Drug Enforcement Administration ou le FBI, selon le sujet concerné) de la juridiction où la demande devra être exécutée. Cet office se chargera de la demande, l'examinera à son tour et va – selon la priorité qu'il estime adéquate – la déposer auprès d'un tribunal (d'abord le « magistrate judge »).

Lorsqu'un recours à des mesures de contrainte sont nécessaires, un tribunal doit également s'assurer que la demande est conforme à la législation américaine, notamment en ce qui concerne la mise en œuvre de la protection contre des perquisitions et saisies non motivées.¹⁹ Il requiert une justification fondée pour toute perquisition (quatrième amendement) ainsi que les exigences découlant de l'interdiction de la double incrimination ou protection du droit de ne pas s'auto-incriminer (cinquième amendement).

Si la demande est considérée comme insuffisamment motivée ou qu'elle souffre d'un autre défaut, elle est rejetée et doit passer à nouveau la procédure intégrale décrite ci-dessus.

Une fois que la demande a été approuvée, elle peut alors être exécutée. Le matériel recueilli va être examiné par le FBI et l'OIA pour minimiser les données et vérifier que seules les données qui répondent aux critères de la demande vont être livrées. Une fois que les preuves ont été examinées par le FBI et l'OIA, ce dernier envoie les éléments de preuve au point de contact dans le pays demandeur. Dans l'exemple avec la Suisse, l'OFJ va ensuite les transmettre au procureur saisi du dossier. En moyenne, notamment lorsqu'il s'agit des demandes de preuve électronique, ce processus prend entre six semaines et dix mois dans l'hypothèse où la demande est valide et exécutée dès la première version.²⁰

En 2009, le Congrès américain a adopté une disposition [18 U.S.C. § 3512 (a)(1), (b)(1)] afin d'accroître l'efficacité de l'exécution des demandes d'entraide. En particulier, cette disposition constitue la base légale pour l'OIA pour déposer des demandes pour différents types d'ordonnances judiciaires dans le district de Columbia (Washington, D.C.) uniquement – district dans lequel l'OIA est situé. Beaucoup de demandes peuvent dès lors être exécutées par l'OIA lui-même avec l'aide de la Cour fédérale à Washington.²¹ Cette réaffectation des fonctions d'exécution allège considérablement le fardeau des bureaux du procureur des États-Unis et réduit le délai d'exécution global des demandes. Auparavant, l'ancien régime juridique obligeait souvent l'OIA à assigner la même demande à plusieurs procureurs fédéraux dans différents districts afin qu'ils puissent demander l'autorisation judiciaire de la cour fédérale locale pour exécuter la demande et ordonner la production de la preuve. L'exécution prenait dès lors beaucoup de temps car les procureurs déjà occupés par d'autres affaires n'accordaient pas nécessairement la priorité à l'exécution des demandes d'entraide. Sous cet ancien régime, le délai d'exécution d'une demande d'entraide étrangère figurant dans le rapport de l'OIA prenait deux à trois ans, voire plus dans certains cas.

De plus, en 2016, l'OIA a pu augmenter ses ressources et restructurer son organisation pour permettre l'auto-exécution des demandes. Le FBI, qui est le principal partenaire de l'OIA dans le processus d'exécution de la loi, a également créé une nouvelle unité pour l'aider dans cette

tâche. Depuis cette même année, l'exécution des demandes d'entraide a été par conséquent consolidée dans la mesure du possible, l'OIA et le FBI s'occupant de la majeure partie des travaux d'exécution et réduisant les délais d'exécution.

Ainsi, avant l'adoption du U.S. Code § 3512, il pouvait falloir des années pour obtenir des documents bancaires ou commerciaux, alors que maintenant le délai d'exécution de ces documents prend environ six mois selon la complexité et le volume de la production.²²

Malgré ceci, le taux des demandes de preuves électroniques stockées aux Etats-Unis a apparemment considérablement augmenté et le nombre de données d'utilisateurs ne cesse de l'être. Ainsi, le nombre de demandes d'entraide alourdit la charge de travail des acteurs impliqués et ralentit les délais de traitement.²³

Sont notamment identifiés comme causes de ralentissement les pays étrangers ayant des difficultés à adapter leurs demandes afin de satisfaire aux exigences du droit américain. Il en découle ainsi des démultiplications, couplées avec l'OIA et le Procureur général des États-Unis qui prennent du temps. De plus, s'y ajoute le défaut de prioriser les demandes d'entraide ainsi qu'un manque de spécialisation au sein des bureaux des procureurs des États-Unis et les tribunaux qui examinent les demandes. Au final, il y a – au regard notamment d'un nombre sans cesse croissant de demandes d'accès aux informations électroniques stockées aux Etats-Unis – un manque de personnel.

Aux Etats-Unis, il existe 93 procureurs généraux appelés « Attorney's office », qui ont tous un coordinateur international en charge de la réception des demandes d'entraide transmises par l'OIA et de superviser son exécution. Apparemment, tout juge fédéral peut en principe examiner une demande d'entraide notifiée dans n'importe quelle juridiction aux États-Unis d'Amérique, voire le district local où se trouvent les éléments de preuve en question. Mais en général, les demandes étrangères sont traitées, notamment depuis 2016, à Washington D.C.²⁴ L'autorité centrale, l'OIA, a reçu entre octobre 2017 et septembre 2018 environ 4'600 demandes d'entraide et en a traité 4'100. Si possible, les preuves recueillies sont transmises au fur et au mesure.²⁵

3.1.3 Conclusion

Nous pouvons résumer que trois systèmes différents peuvent être identifiés dans les cinq pays étudiés :

- Le système avec une autorité centrale assignée au Ministère de la Justice (Suisse, Belgique, Etats Unis)
- Le système également avec une autorité centrale, mais assignée au Procureur général (Luxembourg)
- Un système sans autorité centrale du tout (ou que partiellement pour des affaires spéciales de corruption et de criminalité économique), donc avec un Procureur central peu compétent (Autriche).

Quant à la répartition il faut souligner le manque de statistique, ainsi il n'est pas possible de chiffrer la répartition.

Quant à la durée de traitement selon les différents niveaux/acteurs il ressort que quelques pays ont investi dans l'accélération, notamment au Luxembourg le traitement s'est accéléré depuis que le Ministère public est devenu l'autorité centrale et les Etats Unis ont également pris des mesures pour accélérer la procédure habituelle en renforçant le rôle du l'OIA. Selon le Ministère public d'Innsbruck en Autriche on peut estimer qu'environ 80% des demandes d'entraide judiciaire ont un contenu simple et peuvent ainsi être abordé en deux mois.

En l'état actuel, il ressort de notre analyse que la première étape, soit la réception / l'examen sommaire avant exécution / la transmission pour exécution, n'est que peu chronophage dans la mesure où elle prend entre deux et trois semaines, voire quelques jours comme c'est le cas au Luxembourg. Elle ne pose pas, à proprement parler, de problème dans la procédure d'entraide. De plus, l'examen effectué semble être bien moins compliqué et strict que l'examen effectué par l'homologue américain.

Quant au rôle d'une autorité centrale, il peut être constaté qu'un tel niveau fédéral fait défaut en Autriche. Au contraire, les Etats-Unis ainsi que la Belgique et le Luxembourg connaissent une structure similaire, à l'exception du fait qu'au Luxembourg les attributions du Ministère de la Justice en matière d'entraide ont été reprises par le Procureur général. Selon une enquête online de J.I. James et P. Gladyshev menée en 2016, il s'agit dans la plupart des Etats des procureurs, suivis par le Ministère de la Justice et ensuite le Ministère des Affaires Etrangères.²⁶

Concernant la répartition des compétences au niveau fédéral et régional, les États que nous avons traités ne tiennent pas de statistiques (ou uniquement pour les besoins du parquet), ou à tout le moins les personnes contactées l'ignoraient ou n'y avaient pas accès. Ainsi, nous ne sommes pas en mesure d'effectuer une comparaison de la répartition des affaires entre les niveaux fédéraux et régionaux.

A propos des différences cantonales en matière d'efficacité de l'exécution de la demande, une centralisation et spécialisation pour le moins au sein des cantons – ou peut-être même au niveau inter-cantonal, voir régional – pourrait amener à une amélioration du processus. Or, il sied de tenir compte du fait que lorsqu'une procédure pénale suisse est ouverte en parallèle, le procureur remplit à la fois deux rôles : celui de l'autorité de poursuite dans la procédure nationale ainsi que celui de l'autorité d'exécution de la demande étrangère, agissant ainsi comme une autorité administrative de la Confédération.²⁷ Une telle double mission peut conduire à des synergies, mais aussi à des tensions en vue des tâches divergentes. Ainsi, les avantages et les désavantages d'une centralisation du traitement des demandes d'entraide adressées à la Suisse devront être examiner avec prudence.

3.2 La mise sous scellés dans la procédure d'entraide

3.2.1 Situation en Suisse

La procédure de mise sous scellés peut avoir un effet considérable sur la durée de la procédure d'entraide. De plus, c'est un mécanisme de protection important en matière pénale qui vise à la sauvegarde de certains secrets privés ou professionnels.

C'est la raison pour laquelle nous l'abordons dans ce chapitre.

Le but consiste à empêcher la consultation des documents ou données saisis par l'autorité de poursuite jusqu'à ce qu'un tribunal, soit le tribunal des mesures de contrainte en Suisse, ait procédé au tri et ait décidé de la question de la levée après avoir opéré une pesée des intérêts. L'apposition de scellés est ainsi fortement liée à la question de savoir si, le cas échéant quand, les autorités pénales peuvent prendre connaissance du contenu des documents ou données.

Lorsqu'il s'agit de la procédure d'entraide judiciaire, la transmission d'informations ou de documents relevant du domaine secret n'intervient en principe qu'au terme d'une procédure d'entraide.²⁸ Les preuves administrées sont d'abord conservées exclusivement par l'autorité d'entraide suisse, qui ne les livre en principe à l'autorité étrangère requérante qu'après le prononcé de la décision de clôture dans la procédure d'entraide (art. 80d EIMP)²⁹, la notification à l'ayant droit (dont il dispose d'un droit de recours selon les art. 80e ss EIMP) ainsi que l'entrée en force de cette décision (après le délai de recours non utilisé, les voies de recours épuisées et la décision confirmée).³⁰ Ce n'est donc que lorsque la décision de clôture est entrée en force que les pièces et informations peuvent être ainsi transmises à l'État requérant et que les autorités étrangères peuvent en prendre connaissance (cf. 3.3.1 pour la série des exceptions qui permettent une prise de connaissance anticipée, c'est-à-dire avant la clôture de la procédure d'entraide).³¹

Lors de l'exécution d'une demande d'entraide selon l'art. 9 EIMP (par renvoi explicite aux art. 246 à 248 du Code de procédure pénal, abrégé CPP), le même mécanisme d'apposition de scellés s'applique par analogie en matière d'entraide lorsque l'exécution de la demande consiste en une perquisition de documents.³² La protection du domaine secret est réglée conformément aux dispositions sur le droit de refuser de témoigner, soit essentiellement l'art. 321 ch. 1 du Code pénal.³³

Or, les règles de procédure pénale suisse en matière de mise sous scellés, notamment concernant les motifs de la demande de mise sous scellés ainsi que le cercle des personnes légitimées à la demander, sont confrontées actuellement à une évolution jurisprudentielle importante³⁴ sans qu'il n'y ait lieu de s'y attarder ici. Toutefois, il y a lieu de relever que la transposition de ces règles conçues pour la procédure pénale interne à une procédure d'entraide n'est pas aisée et en pleine évolution.³⁵

La doctrine relève clairement que l'utilisation de la procédure de mise sous scellés selon le CPP dans la procédure d'entraide est un facteur important de ralentissement.³⁶ Une suppression est même proposée par certains auteurs, dont la plus radicale est associée à l'idée qu'un tri pourrait se passer exclusivement auprès de l'autorité étrangère requérante.³⁷ En effet, les autorités pénales se heurtent à des délais parfois très longs s'agissant de la levée des scellés. Les délais sont d'autant plus importants – allant même jusqu'à deux ans – lorsqu'il s'agit d'une quantité importante de dossiers sous format papier ou des données stockées sous format informatique. Dès lors, cette procédure de tri, déclenchée par la demande de mise sous scellés est, à elle seule, à même de pouvoir provoquer un ralentissement, même si la décision du tribunal saisi de se prononcer sur la levée n'est pas, en principe, susceptible de donner lieu à un recours immédiat en vertu de l'art. 80e let. b EIMP.³⁸

Afin d'obtenir une procédure accélérée sans pour autant annuler toute protection juridique aux personnes concernées, le présent rapport identifie les pistes de réflexions suivantes :

Il est possible que le manque d'infrastructures spécialisées et de ressources matérielles (i. e. notamment le prix important des logiciels spécialisés) au sein des tribunaux des mesures de contrainte cantonaux, voire peut être également une éventuelle priorité donnée aux procédures pénales nationales, soit la cause. Certes, cet aspect n'est pas vérifiable au moyen de notre étude, mais il s'agit toutefois d'une hypothèse fort probable à notre sens. Au regard de l'importance croissante des données informatiques comme moyen de preuve dans le contexte de la poursuite pénale en général³⁹, il conviendrait de prendre en considération le développement de centres de compétence forensique régionaux (similaire aux centres pour la médecine légale). Ainsi, des compétences informatiques et juridiques accrues ainsi que l'accès à des outils technologiques hautement performants pourraient être développés et garantis. Un traitement centralisé se justifierait d'après nous s'agissant tant de données informatiques que sur support papier. Les procureurs ainsi que les tribunaux des mesures de contrainte cantonaux pourraient ainsi déléguer à un tel centre l'enquête et/ ou le contrôle lors d'une demande de levée de la mise sous scellés.

A cet aspect s'ajoute cependant un facteur juridique ralentissant, lequel est lié au fait qu'en matière d'entraide pénale le contrôle effectué est double. Premièrement, le contrôle est effectué par un tribunal des mesures de contrainte (ou par le Tribunal pénal fédéral, abrégé TPF dans certaines constellations) au moment de la demande de levée, comme indiqué ci-dessus. Il y a à nouveau un contrôle devant le TPF avec le traitement du recours contre la décision de clôture étant donné que la décision de la levée demeure attaquable à l'issue de la procédure d'entraide, simultanément au recours formé contre la décision finale de clôture (art. 80e let. a et 80f al. 1 EIMP). De plus, il n'est pas à exclure non plus qu'un troisième contrôle auprès d'un tribunal dans l'Etat requérant ait encore lieu après la transmission à l'Etat.

Il sied de signaler que la prochaine modification de l'EIMP accompagnant la révision du CPP ne propose pas une solution pour cette problématique, mais propose une modification de l'art. 9 EIMP. L'objectif de cette modification est d'obtenir une restriction de la possibilité de demander la mise sous scellés. Aussi, la modification vise à limiter les situations dans lesquelles une apposition du scellé pourra être demandée à trois cas de figure en deux lettres :

- (1) Lorsque l'autorité de poursuite pénale étrangère assiste à l'exécution des actes d'entraide (art. 9 al. 2 let. a AP-EIMP).
- (2) Lorsque l'autorité étrangère a une autre possibilité de prendre connaissance des résultats des actes d'entraide (tri des pièces) avant que la décision de clôture ne soit prononcée (art. 9 al. 2 let. a AP-EIMP).
- (3) lorsque l'autorité suisse conduit en parallèle une procédure pénale interne connexe à la procédure d'entraide (art. 9 al. 2 let. b AP-EIMP).

Or, dans la mesure où ces constellations pourraient trouver fréquemment une application en pratique (cf. 3.3.1 pour la série des possibilités de prise de connaissance avant la décision de clôture), les problèmes mentionnés ne seraient pas nécessairement résolus avec cette modification.

3.2.2 Situation dans les Etats étudiés

Chaque ordre juridique prévoit des mécanismes de protection de certains secrets contre des mesures de contrainte pénale.

Belgique

En Belgique, les actes accomplis sur territoire belge en exécution de la demande d'entraide sont traités comme des actes de procédure pénale belge, impliquant les voies de recours ordinaires prévues par le droit de procédure pénale. Ainsi, la mise sous scellés s'applique aussi à l'entraide. Suite à une demande de mise sous scellés la chambre du tribunal de première instance peut être saisie d'une demande de levée de saisie. Elle n'a que cinq jours pour statuer, voir moins si la demande est urgente.

Autriche

En ce qui concerne l'Autriche, le procureur autrichien que nous avons contacté par téléphone a précisé que le droit de demander la mise sous scellés n'est accordé que restrictivement. Il est utilisé en pratique qu'en cas de risque d'annulation en raison d'une crainte de violation de dispositions en matière de secret professionnel.

Il est à préciser qu'en Autriche, le secret bancaire n'étant plus considéré comme l'un des secrets professionnels protégés dans le cadre d'une procédure pénale. Ainsi, la possibilité d'effectuer une mise sous scellés (conformément au § 112 CPP/AUT) a été supprimée lors d'une révision de la loi en 2015.⁴⁰ Une demande de mise sous scellés selon § 112 CPP/AUT risque ainsi d'allonger la procédure.⁴¹

Luxembourg

Le procureur luxembourgeois (voir email, cf. point 4 du 3.3) a également indiqué que le droit de demander la mise sous scellés n'est accordé que restrictivement.

Au Luxembourg, les modalités d'exécution résultent en partie de la jurisprudence. Elles sont décrites de la manière suivante : « Ainsi, les disques durs des ordinateurs du cabinet d'avocats sont copiés sur place sur des disques durs externes de la police judiciaire qui sont ensuite entreposés dans un local réservé à cet effet aux bureaux de la police qui sera mis sous scellés. Ce local ne pourra être accédé par la police judiciaire qu'en présence du bâtonnier ou de son représentant et d'un représentant du cabinet d'avocats pour procéder, au moyen d'un logiciel spécial, à l'indexation des données informatisées copiées et ensuite à leur exploitation par des mots-clefs. Au cas où ces recherches aboutissent à des résultats, les documents trouvés seront répertoriés dans un procès-verbal avec les observations éventuelles du bâtonnier quant à leur pertinence eu égard à l'objet de l'instruction et la légalité de la saisie de ce document pourra encore être contestée suivant les dispositions afférentes du code de procédure pénale. [...] Dès que les disques durs des ordinateurs sont copiés, le cabinet pourra continuer à travailler avec son matériel informatique laissé sur place. L'entrepôt des copies des données informatisées dans un local scellé, uniquement accessible en la présence simultanée des fonctionnaires de police chargés du traitement des données, du bâtonnier ou de son représentant et des parties appelantes ou de leur représentant, exclut toute manipulation clandestine des données copiées. L'effacement définitif des données non pertinentes, contrôlable par les parties, rend impossible les investigations sur des activités non visées par l'information et garantit ainsi. »⁴².

Etats-Unis

Aux États-Unis, les tribunaux ne procèdent pas à un examen systématique de tous les documents et éléments de preuve recueillis en réponse à une demande d'entraide judiciaire avant de la transmettre à l'autorité étrangère requérante. Toutefois, les tribunaux jouent un rôle dans le processus d'entraide. Plus précisément, lorsqu'il s'agit d'exécuter une ordonnance de production d'éléments ou une autorisation de recherche pour acquérir toute partie des éléments de preuve demandés, la personne ou entité visée par cette ordonnance et ayant qualité juridique devant le tribunal américain peut refuser de produire ces éléments, mais une telle contestation est rare.

Les tribunaux fédéraux américains ont le pouvoir de sceller les documents ou les dépôts en vertu du principe général selon lequel les tribunaux supervisent les documents et les questions qui leur sont soumis. Le tribunal doit également s'assurer que la demande est conforme à la législation américaine, notamment en ce qui concerne la mise en œuvre de la protection contre des perquisitions et saisies non motivées et requiert une justification fondée pour toute perquisition (quatrième amendement) ainsi que les exigences découlant de l'interdiction de la double incrimination ou protection du droit de ne pas s'auto-incriminer (cinquième amendement). Le tribunal procède à un processus de "filtrage" des résultats d'une recherche, en particulier la production de preuves électroniques, afin d'assurer que les preuves recueillies et transmises à l'autorité requérante sont limitées aux seules preuves répondant à l'ordonnance du tribunal.

L'OIA en tant qu'Autorité centrale, est chargé d'exécuter la demande d'entraide judiciaire et de s'assurer qu'elle a été satisfaite. D'une manière générale, un avocat du Bureau examine tous les résultats que le Bureau ou d'autres entités américaines ont obtenus au nom du Bureau pour déterminer si la demande doit être traitée. L'avocat envoie ensuite une lettre de résultats à l'autorité étrangère, transmettant les preuves et l'informant que la demande a été satisfaite dans la mesure du possible. L'autorité requérante peut prendre contact avec le Bureau si elle estime que l'exécution de la demande est incomplète.

Lorsque la demande d'assistance vise la production du contenu de communications électroniques, en droit, cette preuve ne peut être produite qu'au moyen d'un mandat de perquisition. Plutôt que de faire procéder à la perquisition par des agents du gouvernement américain, le Federal Bureau of Investigation (FBI) envoie le mandat de perquisition aux entreprises privées qui détiennent la preuve, leur demandant de produire les documents demandés. Une fois que l'entreprise a fait sa production, c'est le FBI, et non le tribunal, qui fouille les documents produits et ne "saisit" que les articles visés par le mandat de perquisition. Par la suite, le FBI envoie les communications saisies au Bureau de l'audit interne pour transmission ultérieure à l'autorité requérante.

3.2.3 Conclusion

Selon les ordres juridiques analysés, il s'avère que la protection des secrets ne pose pas un problème majeur. Toutefois, en l'absence de statistiques en Suisse à ce propos, nous ne sommes pas en mesure de nous prononcer sur la fréquence de la mise sous scellés lors de l'entraide.

Dans la mesure où il n'existe pas de voie de recours particulière à l'entraide dans les droits belge, autrichien et américain, la problématique de la démultiplication des voies de recours existant en Suisse (voir infra) ne se pose pas dans ces ordres juridiques. Apparemment, le droit est appliqué de manière restrictive au Luxembourg et en Autriche.

3.3 Les voies de recours

3.3.1 Situation en Suisse

Le droit suisse de l'entraide ne prévoit pas de recours en tant que voies de droit de la procédure pénale, mais il met en place des voies de droit spéciales. Concrètement, dans la majeure partie des cas, seul un recours est possible une fois que la décision de clôture est rendue. En vertu des règles applicables, la personne touchée par la mesure d'entraide peut n'être informée de l'existence de la demande qu'au moment où l'autorité envisage de rendre une telle décision.

Selon l'art. 80h let. a et b EIMP le droit de recours appartient non seulement au prévenu mais aussi à l'OFJ et aux éventuels tiers.

Cependant, lorsqu'il s'agit de la collecte d'informations sur un compte bancaire, le « tiers concerné » se réfère exclusivement au titulaire du compte lui-même (art. 9a lit. a OEIMP). Selon la jurisprudence suisse actuelle, les tiers dont l'identité résulte des documents bancaires ne sont pas habilités à former un recours.⁴³ Or, une telle exclusion de la voie de recours d'un tiers concerné viole l'art. 8 CEDH selon la jurisprudence rendue par la Cour Européenne de Droit de l'Homme (abrégé CourEDH).

Le point de départ de cette jurisprudence est un jugement entre Saint-Marin et l'Italie dans une procédure d'entraide judiciaire, dont Saint-Marin menait la procédure dans le cadre d'une procédure pénale italienne. Les plaignants n'étaient toutefois pas impliqués dans la procédure pénale italienne. Cependant, les plaignants ont été touchés par la mesure d'entraide judiciaire de Saint-Marin, à mesure que la procédure consistait à effectuer des perquisitions dans plusieurs banques, institutions fiduciaires et trusts afin de soutenir la collecte de preuves italiennes mais aussi à collecter et transmettre des informations et documents bancaires relatifs à un certain nombre de comptes bancaires en lien avec le prévenu de la procédure pénale italienne. Ces documents comprenaient également le nom des plaignants, leurs opérations bancaires et leurs courriels. Ils en ont été informés, ainsi que les autres personnes concernées – soit près de 1'452 personnes au total - plusieurs mois après l'enquête seulement. Selon le droit de Saint-Marin, les plaignants n'avaient pas le droit de porter plainte parce qu'ils n'avaient pas d'intérêt juridique. Ils n'étaient pas des "personnes intéressées" au sens du droit applicable, puisque cette notion ne comprenait que les accusés ou propriétaires des banques et sociétés fiduciaires⁴⁴. Selon la CourEDH, un tel défaut de protection juridique nationale pour le tiers concerné par une mesure d'entraide judiciaire est inacceptable.⁴⁵ Ainsi, en vue de cette jurisprudence de la CourEDH, la Suisse est confrontée à l'exigence d'inclure une voie de recours pour des plaignants n'étant pas impliqués dans la procédure pénale étrangère, touchés par la mesure d'entraide judiciaire – soit par modification de la loi ou en modifiant la jurisprudence dans laquelle la notion de personne concernée est interprétée de manière relativement stricte et étroite.

En ce qui concerne le moment pendant lequel le contrôle judiciaire intervient, ce dernier se fait *avant* la transmission à l'étranger des moyens de preuve et renseignement recueillis en Suisse

(soit un contrôle a priori).⁴⁶ Or, il existe une série d'initiatives qui vise à accroître l'efficacité de l'entraide et à favoriser un accès aux informations et aux moyens de preuves avant qu'une décision formelle de clôture de la procédure ne soit rendue⁴⁷, dont p.ex.⁴⁸:

- L'exécution simplifiée (art. 80c al. 1 EIMP).
- La participation de fonctionnaires étrangers aux mesures d'exécution (art. 65a EIMP).
- La transmission spontanée de moyens de preuve et d'informations (art. 67a EIMP) limitée toutefois aux informations et aux moyens de preuve ne concernant pas le domaine secret. En cas d'utilisation de cette forme d'entraide, l'information de la personne concernée est différée et aura lieu uniquement si une demande d'entraide entrante est adressée en Suisse. Autrement dit, les informations obtenues dans une enquête ouverte en Suisse seront transmises dans le but d'aider un État étranger à présenter une demande d'entraide ou faciliter sa procédure d'enquête (caractère passif).
- Les auditions par vidéoconférence selon le droit conventionnel⁴⁹.

Il s'y ajoute les modifications législatives prévues dans le cadre d'un projet d'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé. Ce projet prévoit d'ajuster la loi sur l'entraide pénale internationale et ainsi d'y intégrer de nouvelles dispositions concernant les deux modifications suivantes⁵⁰ :

- La transmission anticipée (80a^{bis} P-EIMP) : la transmission anticipée (spontanée ou sur requête) des informations et des moyens de preuve aura lieu avant de rendre la décision de clôture et à l'insu des personnes touchées. Les faits punissables auxquels l'art. 80a^{bis} P-EIMP s'appliquera devront être graves, dans la mesure où, selon l'al. 2, ils peuvent donner lieu à une extradition. Les infractions qui peuvent donner lieu à extradition sont celles qui sont frappées d'une sanction privative de liberté d'un maximum d'au moins un an ou d'une sanction plus sévère (art. 35 al. 1 let. a EIMP). De plus, elle sera liée aux conditions suivantes : lorsque les enquêtes étrangères seraient excessivement difficiles sans cette mesure d'entraide judiciaire, notamment en raison du risque de collusion, ou parce que la confidentialité de la procédure doit être préservée **ou** afin de prévenir un danger grave et imminent, notamment la commission d'un acte terroriste. À la différence de la transmission spontanée selon l'art. 67a EIMP, la transmission en vertu de l'art. 80a^{bis} P-EIMP pourra avoir lieu avant que la personne touchée en ait connaissance, notamment pour prévenir un attentat (caractère actif).⁵¹ L'information de la personne concernée est différée (80a^{bis} al. 5 P-EIMP), mais le Message du Conseil fédéral indique qu'il sera souhaitable que l'autorité requérante en fasse dans la pratique un usage strict et que la transmission anticipée « soit portée à la connaissance de la personne touchée aussi rapidement que possible, afin qu'elle puisse se prononcer à ce sujet bien avant que ne soit rendue la décision de clôture ». Or, seule la décision de clôture, et non pas la décision incidente prononçant la transmission anticipée, pourra être attaquée en application de l'article en question.⁵²

- Les équipes communes d'enquête (art. 80^d^{ter} P-EIMP) : l'application de cet instrument d'entraide sera soumise aux conditions suivantes : tout d'abord, l'institution présuppose une demande d'entraide d'une autorité judiciaire (art. 80^d^{ter} al. 3 P-EIMP). Il devra s'agir (*notamment* : donc les cas de figure mentionnés ne sont qu'exemplatifs) d'une enquête pénale difficile ou complexe qui concerne un ou plusieurs autres Etats qui exigera la mobilisation de moyens importants, ainsi qu'une action coordonnée et concertée (art. 80^d^{ter} al. 2 P-EIMP).

Cependant, le contrôle judiciaire par voie de recours demeure, bien que ce contrôle n'est effectué qu'à posteriori. Le système suisse a subi une révision de l'EIMP en 1997 qui a notamment eu comme but de limiter les voies de recours. Or, malgré cette révision le caractère chronophage des voies de recours qui demeurent persiste.

Le tableau suivant illustre les délais de recours prévus par la loi pour que le droit d'être entendu soit respecté, le délai pour le versement de l'avance de frais et le temps de traitement par le TPF puis le tribunal fédéral (abrégié TF).

Étape	Durée en jours
Prise de position des intéressés avant que la décision de clôture ne soit rendue par l'autorité d'exécution	15 jours environ (év. prolongeable)
Délai de recours au TPF	30 jours
Avance de frais	15 jours environ (prolongeable)
Réponse de l'autorité	10 jours environ (prolongeable)
Éventuelle réplique de la partie concernée	10 jours environ (prolongeable)
Délai de recours au TF	10 jours
TOTAL	90 jours (sans les prolongations)

Ce constat peut également être mis en lumière en recourant aux statistiques officielles du TPF de l'année 2017, d'après lesquelles 35.6% des affaires traitées par la Cour des plaintes concernant l'entraide internationale prennent de 4 à 6 mois à être traités et 22.3% prennent entre 7 et 12 mois⁵³. Ainsi, seuls 42% des affaires restent moins de 4 mois à Bellinzone.

3.3.2 Situation dans les Etats étudiés

Belgique

Il est intéressant de noter que la Belgique connaît un système différent de recours que celui connu par le droit suisse : il n'existe pas de recours propres à l'entraide. Les actes accomplis sur sol belge en exécution de la demande d'entraide sont traités comme des actes de procédure pénale belge, n'impliquant toutefois pas toutes les voies de recours ordinaires prévues par le droit de procédure pénale. La chambre du conseil exerce un contrôle a posteriori systématique des éléments recueillis lors de certaines mesures de contraintes (perquisitions, saisies).⁵⁴

L'ordonnance de la chambre du conseil est susceptible de recours devant la chambre des mises en accusation. L'arrêt rendu par cette dernière n'est pas susceptible d'un pourvoi en cassation.

Le rôle de la chambre du conseil est marginal et se limite à vérifier la régularité de la procédure et le lien entre les objets ou documents saisis et les faits allégués dans la commission rogatoire étrangère.

En ce qui concerne la période entre le moment de la saisie et celui où le procureur du Roi décide de la transmission des pièces, la personne lésée par cette saisie n'a pas le droit d'introduire les recours prévus par les art 28^{sexies} et 61^{quater} du Code d'instruction criminelle (référé pénal). La jurisprudence a en effet considéré que l'exécution des commissions rogatoires internationales obéissait à des règles de procédure particulières et que ces dispositions n'y étaient pas applicables.

Cette procédure vise uniquement les objets saisis pouvant être considérés comme l'objet de l'infraction et donc pas les éléments de preuve saisis (les autorités belges ne sont pas habilitées à juger de l'admissibilité de la preuve obtenue ; ces procédures doivent être menées dans l'Etat requérant).

Aucune disposition conventionnelle ou légale n'accorde aux personnes affectées par une mesure provisoire ou par une saisie, en application de la loi du 20 mai 1997, un recours immédiat et notamment un recours en appel contre l'ordonnance d'exequatur d'une demande d'entraide tendant à une telle mesure provisoire ou saisie.

Une fois le processus terminé, aucune décision de clôture n'est rendue. En l'état actuel de la recherche, nous ne sommes pas en mesure de dire si ce système a pour conséquence des délais de traitement plus courts et donc une procédure plus efficace que celle connue en Suisse.

Autriche

De même, en droit autrichien, les voies de recours « pénales » prévues par le droit de procédure pénale sont ouvertes (§ 106 et § 87 CPP/AUT). Il n'existe pas de voie de recours propre à l'entraide, en particulier à la fin de la procédure et avant la transmission à l'étranger.⁵⁵ Le recours auprès du « Haft- und Rechtsschutzrichter am Landesgericht » est soumis à un délai de 6 semaines. La durée de la procédure est estimée à environ deux semaines. La décision judiciaire ayant autorisé l'exécution de la demande d'entraide est ensuite sujette à recours auprès du « Oberlandesgericht » dans un délai de 14 jours. La durée de la procédure devant cette instance est estimée à deux mois environ.⁵⁶ Le recours intervient durant la procédure d'entraide et la transmission n'est effectuée, en principe, qu'après l'échéance des délais. En Autriche, c'est d'ailleurs également le *Rechtsschutzbeauftragte* (§§ 47a, 147 CPP/AUT) qui dispose de la qualité pour recourir. En général, il est constaté par les procureurs interrogés que les personnes ayant droit à un tel recours ont souvent un intérêt fort à ce que la procédure se déroule de manière rapide et ils renoncent donc à leur droit de recourir.

Un droit d'être informé par l'autorité d'exécution n'existe pas de manière générale selon le droit de l'entraide autrichien. Cependant, le droit à un accès au dossier ainsi que le droit d'obtenir une notification de certaines mesures existent lorsque le droit autrichien le prévoit explicitement. Ceci est notamment le cas lorsqu'il s'agit d'une injonction de fournir des renseignements tirés du registre des comptes ou d'une injonction de fournir des renseignements

sur les comptes bancaires et les opérations bancaires (§116 al. 5 CPP/AUT). Or, la loi prévoit de manière similaire la possibilité de reporter cette notification aussi longtemps que l'objet de l'enquête serait compromis. Les mêmes règles s'appliquent aux mesures de surveillance (§138 al. 5 CPP/AUT).⁵⁷

Une fois le processus terminé, l'exécution de la demande d'entraide judiciaire est inscrite au registre électronique de justice. Aucune décision de clôture n'est rendue.

États Unis

Aux États Unis, aucun recours spécialement prévu en matière d'entraide pénale n'existe, pas même à la fin de l'exécution de la demande d'entraide avant la transmission. La plupart des traités multilatéraux auxquels les États-Unis sont partis prévoient expressément que le traité ne crée aucun droit d'action pour les parties privées pour empêcher l'exécution d'une demande. Pour contester, il faut procéder de la même manière que dans une affaire nationale pénale.⁵⁸

Généralement, lorsque des mesures de contrainte (par exemple les mandats de perquisition, les ordonnances de production ou les assignations à comparaître) sont nécessaires pour obtenir la preuve demandée dans une demande, seule la personne ou l'entité obligée de produire la preuve en est avisée et a la possibilité de s'y opposer. Or, de telles contestations sont très rares et, lorsqu'elles surviennent, elles se limitent généralement à des motifs liés à l'imprécision, la portée excessive ou la nature lourde de l'ordonnance de production. Ainsi, il n'y a pas de contrôle judiciaire posteriori systématique. Dans les très rares cas où la production de preuves est contestée par la personne ou l'entité qui produit la preuve, ces derniers ont la possibilité de porter l'affaire devant les tribunaux fédéraux, en passant par une Cour de district ou une Cour de circuit et ce, jusqu'à la Cour suprême. Cependant, de tels recours sont extrêmement rares⁵⁹ : l'opposition à l'exécution des demandes de personnes et d'entités contraintes de produire des preuves par l'intermédiaire des tribunaux américains intervient moins d'une fois par année. Les recours en cas de refus de réparation par le tribunal de première instance sont encore moins fréquents.⁶⁰ Lorsque des oppositions sont déposées, la partie qui s'oppose à l'exécution et le gouvernement des États-Unis peuvent faire appel des décisions défavorables.⁶¹

Luxembourg

Le système luxembourgeois a, quant à lui, été révisé à plusieurs reprises. Auparavant, il existait une requête en nullité qui tendait à produire de longs délais (recours contre la transmission du procureur général au juge d'instruction), car tout acte de la procédure pouvait être attaqué individuellement et successivement, avec la multiplication des recours. Aujourd'hui, la demande en transmission des pièces par le Parquet et le recours sont toisés dans une seule et même ordonnance. Cette ordonnance de transmission de la chambre du conseil termine le processus, il n'y a pas de décision finale indépendante supplémentaire. Le Parquet Général transmet ensuite les pièces à l'autorité requérante. En principe, la loi permet une transmission des moyens de preuve au fur et à mesure de leur récolte (en cas d'urgence et de complexité du dossier), mais en pratique ce n'est qu'exceptionnellement exercée.

Le droit actuel prévoit une voie de recours unique intervenant à la fin de la procédure d'entraide et portant sur la transmission des objets, documents et informations. Un droit du Ministère de la Justice similaire au droit au recours de l'Office fédéral de la Justice n'est pas prévu par la loi.

Le délai de recours est de **10 jours**. Saisie d'un tel recours – droit qui est très rarement exercé – l'autorité compétente doit statuer dans les **20 jours**.⁶² Enfin, il existe également une procédure accélérée : dans le cadre d'une telle procédure l'autorisation de la transmission à l'état requérant est accordée sans délai. Elle est appliquée s'il existe des indices graves et concordants qu'une personne court un risque lié au délai de recours. Il existe un recours, cependant il ne s'exerce qu'a posteriori et n'a pas d'effet suspensif. Il n'y a pas de statistiques relative à l'exercice de ce recours.

3.3.3 Conclusion

A la différence du système suisse de l'entraide qui ne connaît pas les voies de recours de la procédure pénale mais prévoit dans l'EIMP un mécanisme de recours spécial, trois des quatre États étrangers analysés ne prévoient pas de voie de recours spéciale en matière d'entraide, mais se contentent des mécanismes de protection émanant du droit de la procédure pénale (Belgique, Etats Unis, Autriche). Le seul autre pays qui a inclus de voies de recours spécifiques à la procédure de l'entraide, le Luxembourg, a fondamentalement révisé son système et ne prévoit qu'un seul recours intervenant à la fin de la procédure d'entraide et portant sur la transmission des objets, documents et informations. Lors des révisions ce maintien ainsi que l'utilité de la voie maintenue a été fortement discuté. Nous n'avons pas connaissance de discussions actuellement menées dans les autres pays. Or, en vue de la jurisprudence de la CourEDH mentionnée (M.N. et autres vs. San Marino), la Suisse est confrontée à l'exigence d'inclure une voie de recours pour des plaignants n'étant pas impliqués dans la procédure pénale étrangère, touchés par la mesure d'entraide judiciaire.

Un droit de recours est attribué non seulement au prévenu mais aussi à l'autorité publique en Suisse (le droit de l'OFJ), en Autriche (le *Rechtsschutzbeauftragte*) et aux États-Unis (le gouvernement).

A priori, il ne paraît pas exister de grande marge de manœuvre pour améliorer le système suisse sans le changer radicalement. Les propositions qui peuvent être formulées à cet égard sont les suivantes :

- Maintenir la voie de recours auprès du TPF, mais raccourcir les délais (par exemple pour le versement de l'avance de frais et supprimer la possibilité de le prolonger).
- Limiter l'exigence d'une réponse de l'autorité, et donc le délai fixé à cet égard, aux cas où cela se justifie véritablement, sans qu'il ne s'agisse d'un automatisme. Les conditions devraient alors être définies précisément.

Une réflexion concernant les voies de recours en matière d'entraide se justifierait notamment lorsqu'il s'agit de recourir contre les décisions de clôture de la procédure d'entraide rendues par l'autorité cantonale ou fédérale d'exécution et, conjointement, contre les décisions incidentes⁶³. Lorsque le recourant invoque le grief lié à la violation du principe de la proportionnalité, celui-ci n'a de toute manière que peu de chances d'aboutir au vu de la compréhension très large de ce principe par la jurisprudence.

Les propositions suivantes, pensées pour raccourcir encore plus les délais de traitement liés aux voies de recours, impliqueraient une discussion plus large :

- Suppression du recours au TF, dont l'issue est, en l'état, majoritairement si ce n'est exclusivement irrecevable mais allonge la procédure d'au minimum 10 jours lorsqu'aucun recours n'est interjeté, et bien plus lorsque tel est le cas.
- Introduction de l'exigence du « cas particulièrement important », en l'état prévue pour le recours au TF, dans le cadre de la recevabilité du recours au TPF, tout en fixant les critères définissant cette notion indéterminée.

4 Conclusion

La présente étude comporte indéniablement des limites. Rien que le caractère hybride de l'objet de l'étude, en particulier le caractère administratif et pénal de l'entraide internationale en matière pénale⁶⁴ ainsi que le fait que l'entraide soit exécutée selon les exigences du droit de l'Etat requis, lequel renvoie à son tour au droit de la procédure pénale interne⁶⁵, demanderait en principe une comparaison non seulement des bases légales de l'entraide en tant que telles mais aussi l'inclusion d'une analyse comparative du droit de la procédure pénale de chaque Etat sélectionné.

De plus, les limites sont également dues, d'une part, au caractère pratique de la matière dont l'issue étant largement tributaire des réponses fournies par les praticiens étrangers. D'autre part, l'hétérogénéité des demandes rend la comparaison délicate. Du fait de l'importance de sa place financière, la Suisse, peut-être plus encore que d'autres États, est sollicitée dans des affaires parfois très complexes comportant de nombreuses ramifications.

En sus des aspects abordés dans le présent rapport, finalement, il y a lieu de souligner également que la pratique suisse de l'entraide est gouvernée par le principe de la proportionnalité qui se comprend de manière très large dans la mesure où, de jurisprudence constante, il est tenu compte de l'utilité potentielle des pièces à transmettre.⁶⁶ Ainsi, l'exécution des demandes d'entraide passives peut sans doute être considérée comme chronophage mais, en vertu de ce principe, elle est aussi la plus exhaustive possible.

De plus, il sied de remarquer que la Suisse a entrepris par le passé et est en train d'entreprendre une série de démarches pour favoriser la transmission des informations et des moyens de preuve avant que la procédure d'entraide soit close. Ces démarches démontrent la tension qui demeure pour la Suisse de garantir d'une part une coopération internationale efficace et rapide et de mettre en œuvre, d'autre part, le respect des droits des personnes concernées déjà dans la procédure d'entraide, sans qu'il soit déféré au moment où les pièces se trouvent en mains de l'autorité pénale étrangère.

Un certain nombre de constats ont été faits (cf. points 1-3 du présent rapport) et des propositions concrètes d'améliorations ont pu être formulées, s'agissant de l'intervention de l'OFJ dans la procédure d'entraide, de la mise sous scellés et des voies de recours.

Nous retenons comme points essentiels les quatre remarques suivantes :

- Concernant l'intervention de l'OFJ dans la première étape (la réception / l'examen sommaire avant exécution / la transmission pour exécution), celle-ci n'est que peu chronophage. Elle ne pose pas, à proprement parler, de problème dans la procédure d'entraide comparé aux délais de la phase d'exécution. Pour prévenir les cas exceptionnels dans lesquels une réponse à la demande fait défaut pendant longtemps, un délai d'ordre (de l'ordre de quelques jours) pour le traitement des demandes par l'OFJ pourrait être inclus dans la loi.
- S'agissant de la mise sous scellés en général, il faut souligner que la Suisse, tout comme le Luxembourg, est souvent le destinataire de demandes d'entraide judiciaire fort complexes en raison de sa place financière. Ces demandes d'entraide peuvent nécessiter des temps d'exécution plus importants, d'autant plus que l'exploitation de données informatiques (tri, exploitation etc.) est de nature à les rallonger. Contrairement aux autres Etats analysés, le système suisse souffre du défaut lié à la démultiplication des voies de recours.
- Par ailleurs, toujours en lien avec la mise sous scellés, des synergies pourraient être envisagées, que ce soit uniquement dans le cadre de l'exécution des demandes d'entraide ou encore plus généralement pour toutes les mises sous scellés, notamment par le biais de la mise en place de centres spécialisés.
- A propos des voies de recours prévues par le droit de l'entraide, celles-ci mériteraient d'être repensées ou des aménagements créés afin de limiter leur incontestable effet chronophage.

¹ Deux personnes du Service public fédéral de la justice et un procureur responsable de la coopération internationale (liaison Eurojust) du Parquet fédéral. Le procureur n'a pas répondu à notre demande. Nous y avons ajouté des informations publiées dans Lugentz Frédéric et al., *L'entraide pénale internationale en Suisse, en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg*, Bruxelles 2014. Le rapport consolidé est cité grille « BE – Synthèse ».

² Ont participé un procureur du Parquet luxembourgeois (section économique et financière) ainsi qu'un post-doctorant de la Faculté de droit de l'Université de Luxembourg. Nous y avons ajouté des informations publiées dans Lugentz et al. (n 1). Le rapport consolidé est cité grille « LUX – Synthèse ».

³ Cf. Zuständigkeitsvereinbarung 2004, http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_2804200-4_935-021713162004.htm

⁴ Pour les États-Unis, nous avons obtenu une réponse de la part d'une experte pour les Etats-Unis de l'ISDC (rapport cité grille « États-Unis – ISDC ») et d'une représentante de l'autorité centrale des Etats Unis (rapport cité grille « États-Unis – OIA »).

⁵ S'agissant de l'Autriche, nous avons obtenu des réponses de la part d'un membre du Parquet d'Innsbruck (rapport cité grille « AUT– MP – régional ») ainsi que de la part du Parquet central pour la poursuite des affaires de droit pénal économique et de la corruption (Zentrale Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption, WKStA), le rapport est cité grille « AUT – MPCentral – Vienne ».

⁶ Avec l'exception de la coopération avec les États-Unis et l'Italie. Concernant ces deux États, l'OFJ se charge de toutes les procédures d'entraide judiciaire.

⁷ À titre d'exemple, peuvent être mentionnés l'art. 23 de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime Conclue à Strasbourg le 8 novembre 1990 (RS 0.311.53) et l'art. 27 al. 2 let. a de la Convention sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001 (RS 0.311.43).

⁸ Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime, Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition, Vienne/New York 2012, 29 ss.

⁹ Swire, Hemmings (n 12), 699.

¹⁰ Böse Martin, Die Europäische Ermittlungsanordnung – Beweistransfer nach neuen Regeln?, ZIS 4/2014, 152-163, 163.

- ¹¹ Cf. grille « BE – Synthèse », p. 4, 4. Tableau
- ¹² Cf. grille « BE – Synthèse », p. 2, 3.1, questions 1 et 2.
- ¹³ Cf. grille « AUT – MPCentral – Vienne », p. 2, 3.1 question 2.
- ¹⁴ Cf. grille « AUT– MP – regional », p. 1 question 2.3.
- ¹⁵ Cf. grille « AUT– MP – regional », p. 2 questions 3.2.2 et 3.2.3.
- ¹⁶ Cf. grille « États-Unis – OIA », p. 6, 3.3 question 1.
- ¹⁷ Cf. grille « États-Unis – ISDC », point 1 de 2 ainsi que Swire Peter, Hemmings Justin D., Mutual Legal Assistance in an Era of Globalized Communications: The Analogy to the Visa Waiver Program, 71 *N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.* (2016), 697-700, 696.
- ¹⁸ Cf. pour l'entier paragraphe qui suit Swire, Hemmings (n 12).
- ¹⁹ Cf. grille supplémentaire « États-Unis – OIA », question 1.
- ²⁰ Lin Tiffany, Fidler Mailyn, Cross-Border Data Access Reform: A Primer on the Proposed U.S.-U.K. Agreement, Berkman Klein Center Research Publication No. 2017-7, 3, https://papers.ssrn.com/sol3/pa-pers.cfm?abstract_id=3035563
- ²¹ Cf. grille « États-Unis – OIA », p. 3, 3.1, question 1.
- ²² Cf. grille « États-Unis – OIA », p. 4, 3.2, question 1.
- ²³ Lin, Fidler (n 14) 3: „In their 2015 fiscal year budget request, the Department of Justice stated that “request for assistance from foreign authorities ha[d] increased nearly 60 percent, and the number of requests for computer records has increased ten-fold” over the past decade, slowing processing times“.
- ²⁴ Swire, Hemmings (n 12), 699.
- ²⁵ Cf. grille supplémentaire « États-Unis – OIA », question 4.
- ²⁶ James Joshua I., Gladyshev, Pavel, A survey of mutual legal assistance involving digital evidence, *Digital Investigation: The International Journal of Digital Forensics & Incident Response* Volume 18 Issue C (2016), 23-32, 29.
- ²⁷ Zimmermann Robert, Les rapports entre l'entraide judiciaire internationale et la procédure pénale nationale, *SJ* 2018 II, 2 s.
- ²⁸ Harari Maurice, Corminboeuf Harari Corinne, Entraide internationale en matière pénale et transmission anticipée à l'Etat requérant, in Eigenmann, Poncet, Ziegler (éds.), *Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller*, Bâle 2016, 77-95, 78.
- ²⁹ Il s'agit selon la doctrine suisse d'un principe cardinal de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, cf. Harari, Corminboeuf Harari (n 23) 78 ; d'un principe clef en matière d'entraide, d'un « paradigme de la décision de clôture », cf. Zimmermann Robert, Communications d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale : un paradigme perdu?, *AJP/ PJA* 2007, 62 ss.
- ³⁰ Rapport explicatif concernant la modification du code de procédure pénale (mise en œuvre de la motion 14.3383, Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, Adaptation du code de procédure pénale), décembre 2017, 55.
- ³¹ Ludwiczak Glassey Maria, *Entraide judiciaire internationale en matière pénale*, Bâle 2018, n 407.
- ³² Cf. pour un aperçu Corminboeuf Harari Corinne, Entraide judiciaire en matière pénale et mise sous scellés, in : *Regards de Marathoniens sur le droit suisse*, in : ODA (éds.), *Mélanges*, publiés à l'occasion du 20^{ème} « Marathon du Droit », Genève 2015, 475-483 ; Julien Berthod Anne Valérie, Mégevand Grégoire, La procédure de mise sous scellés, 2/134 *RPS* 2016, 218-245, 242 s.
- ³³ Applicable sur la base de l'art. 9, 1^{ère} phrase EIMP par renvois successifs des art. 16 de la loi fédérale sur la procédure administrative, RS 172.021, elle-même applicable par renvoi de l'art. 12 EIMP, et 42 al. 1 let. b de la loi fédérale de procédure civile fédérale, RS 273, cf. Zimmermann Robert, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 4^e éd., Berne 2014, n° 395. L'art. 321 CP vise les personnes (ainsi que leurs personnes auxiliaires) exerçant une fonction d'ecclésiastique, d'avocat, de défenseur en justice, de notaire, de contrôleur astreint au secret professionnel en vertu du code des obligations, de médecin, de dentiste, de pharmacien, de sage-femme.
- ³⁴ Voir notamment ATF 140 IV 28 ; ATF 135 III 597 consid. 3.3 p. 601 et les arrêts cités ; TF 1B_433/2017 du 21 mars 2018. Très brièvement résumé, il s'agit de tenir en compte la jurisprudence du Tribunal fédéral : d'un côté d'une extension du cercle des personnes légitimées à demander la mise sous scellés au-delà des détenteurs des données (en incluant toute autre personne pouvant se prévaloir d'un intérêt juridiquement protégé au maintien du secret du contenu des documents), d'autre côté d'une restriction en ce qui concerne la distinction entre l'activité commerciale des avocats (non protégée) et l'activité typique d'avocat (protégée).
- ³⁵ Cf. la doctrine citée en note de bas de pages 15 et 17.
- ³⁶ Cf. Ludwiczak Glassey (n 26) n° 551; Zimmermann (n 22) 9 s.
- ³⁷ Prise de position du Conseil d'Etat de la république et du canton de Genève du 14 mars 2018 lors de la procédure de consultation de l'avant-projet de la modification du Code de procédure pénale.
- ³⁸ Glutz Alexander, *BSK-Internationales Strafrecht* 2015, Art. 9 IRSG, n. 39 s.
- ³⁹ Cf. les sites suivants concernant la nécessité de développer une expertise spécialisée face à ce développement : Cyber Center USA, <http://www.iacpcenter.org/prosecutors/digital-search-warrants/>; UE: <http://www.evidenceproject.eu> http://ec.europa.eu/research/infocentre/article_en.cfm?id=research/headlines/news/article_17_03_16_en.html?info-centre&item=Infocentre&artid=43496

- ⁴⁰ Ruhri Gerald, Schlager Hannes, (Kein) Bankgeheimnis (mehr) im Strafverfahren?, *ÖBA* 1/16, 44-50 (<http://btp.at/btp-content/uploads/publikationen/112-12-01-2015-oba-kein-bankgeheimnis-mehr-im-strafverfahren.pdf>); Flora Margarethe, Stellungnahme zum Entwurf des Strafprozessrechtsänderungsgesetzes 2015 (https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_05453/imfname_495031.pdf).
- ⁴¹ Cf. grille « AUT – MPCentral – Vienne », p. 5, 3.3, question 4.
- ⁴² Cf. grille « LUX – Synthèse », 3.3, question 4.
- ⁴³ RR.2016.237-238 arrêt du 22 août 2017, cons. 3.3.2, ATF 130 II 162 cons. 1.1, 164; 123 II 153 cons. 2b, 157); BSK ISTR-Bussmann, Art. 80h EIMP, n 31-38.
- ⁴⁴ M. N. et autres vs. San Marino, jugement du 7 juillet 2015, n° 28005/12, n 80.
- ⁴⁵ M. N. et autres vs. San Marino, judgement du 7 juillet 2015, n° 28005/12, n 83; Meyer Frank, Więckowska Marta, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2015, *forumpoenale* 6/2016, 376-387, 387 s.
- ⁴⁶ Zimmermann Robert, Remise anticipée de renseignements et de moyens de preuve dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale ? Un avant-projet défectueux, blog du 22 janvier 2018 <https://www.wilhelm-avocats.ch/blog/renseignements-entraide-judiciaire-internationale/>
- ⁴⁷ Concernant les exceptions actuelles, cf. Harari, Corminboeuf Harari (n 23). Concernant le projet d'introduire la transmission anticipée et les équipes communes d'enquête, cf. Cassani Ursula et al., Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international/Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2017), *Swiss Review of International and European Law (Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht)* 2018, 337-369, 348.
- ⁴⁸ Afin de compléter cette énumération, nous mentionnons également: le cas de l'enquête discrète tel l'agent infiltré, le droit conventionnel (Zimmermann (n 28) n° 434 ss.), l'exécution sur la base du CPP; la transmission de données relatives au trafic informatique (art. 18b EIMP); la surveillance de la correspondance par poste et télécommunications (art. 18a EIMP).
- ⁴⁹ Zimmermann (n 28) n° 426 ss.
- ⁵⁰ Message relatif à la Convention et du Protocole additionnel du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé (FF 2018 6469) du 14 septembre 2018 (abrégé Message P-EIMP), 647, 16494, 6526ss.
- ⁵¹ Message P-EIMP, 6528.
- ⁵² Message P-EIMP, 6531.
- ⁵³ Rapport de gestion du TPF 2017, p. 42, disponible sur https://www.bstger.ch/pdf/rapp_gestione2017_de.pdf
- ⁵⁴ Lugentz et al. (n 1), p. 431.
- ⁵⁵ Cf. grille « AUT – MPCentral – Vienne », p. 6, 3.4 question 1 et cf. grille « AUT– MP – regional », p. 2s, question 3.3.2.
- ⁵⁶ Cf. grille « AUT– MP – regional », p. 3s, question 3.4.1 a et p. 4 question 3.4.8.
- ⁵⁷ Sepasjar Juliana, Stückelberger Alexander, Internationale Rechtshilfe in Strafverfahren, *ZWF* 2/2018, 83-87, 87.
- ⁵⁸ Cf. grille « États-Unis – OIA », p. 7 3.4) ; p. 9 réponses aux questions supplémentaires 1) et 2).
- ⁵⁹ Cf. grille « États-Unis – OIA », p. 5, 3.2, question 2.
- ⁶⁰ Cf. grille « États-Unis – OIA », p. 11, réponse à la question supplémentaire 4.
- ⁶¹ Cf. grille supplémentaire « États-Unis – OIA », question 5.
- ⁶² Cf. grille « LUX – Synthèse » 3.2, question 2.
- ⁶³ Art. 25 al. 1 et 80e al. 1 EIMP, mis en relation avec l'art. 37 al. 2 let. a ch. 1 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération [LOAP; RS 173.71].
- ⁶⁴ Dangubic Miro, Parteistellung und Parteirechte bei der rechtshilfeweisen Herausgabe von Kontoinformationen, *forumpoenale* 2/2018, 112-117, 112.
- ⁶⁵ Cf. les réponses à la question 2.1 de la grille d'analyse (principe *locus regit actum*); selon la Convention européenne d'entraide judiciaire (art. 8 al. 2 CEEJ) il est néanmoins possible de tenir compte du droit étranger en exécutant la demande (cf. également l'art. 65 EIMP).
- ⁶⁶ Arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.310 du 17 mars 2009 consid. 4.1 et la jurisprudence citée.