

L'entraide judiciaire entre la Suisse et l'Italie

Directives

Application de l'Accord entre la Confédération suisse et la République italienne en vue de compléter la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 et d'en faciliter l'application

© by Office fédéral de la justice OFJ, Unité Entraide judiciaire
1^{re} édition 2003

Internet: <http://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/strafrecht/wegleitungen/wegleitung-rechtshilfe-italien-f.pdf>

Table des matières	page
A. Introduction	2
B. Les dispositions en détails	3
Article I Dispositions générales.....	3
Article II Champ d'application	3
Article IV Utilisation des renseignements (Spécialité)	5
Article V Modalités d'exécution requises.....	6
Article VI Conférence vidéo.....	8
Article VIII Remise de biens provenant d'une infraction.....	15
Article IX Présence de personnes étrangères dans l'Etat requis	16
Article XII Notification par la poste	17
Article XVII Voies de transmission.....	19
Article XVIII Demandes d'entraide judiciaire relatives à des cas de crime organisé, de corruption et d'autres crimes graves	20
Article XXI Enquêtes communes	22
Article XXVIII Communication spontanée d'informations.....	23
C. Annexes.....	25
Modèle d'une commission rogatoire	25
Accord entre la Suisse et l'Italie	27
Liste des autorités suisses	27

A. Introduction

Le nouvel Accord entre la Suisse et l'Italie en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ) est entré en vigueur le 1^{er} juin 2003. Il contient un certain nombre de nouvelles dispositions fondamentales, notamment un élargissement des compétences de la Confédération : l'Office fédéral de la justice sera désormais doté d'un nouveau service central (Office central), chargé de l'exécution des demandes d'entraide judiciaire relatives à des cas de crime organisé, de corruption ou à d'autres crimes graves.

L'Accord a été signé à Rome le 10 septembre 1998. Le Conseil fédéral et le Parlement ont approuvé la ratification en 1998 et en 1999. L'Italie a procédé à l'échange de l'instrument de ratification le 14 décembre 2001. Avant de ratifier l'Accord, le Conseil fédéral a estimé nécessaire de connaître la jurisprudence italienne afférente à l'application de la loi italienne de ratification de l'Accord du 5 octobre 2001. La Cour constitutionnelle ainsi que la Cour de cassation italiennes ont rendu plusieurs décisions dans le courant de 2002 au sujet de l'interprétation de la loi du 5 octobre 2001. Ces décisions ont donné une interprétation de la loi conforme à la CEEJ, à la pratique internationale en matière d'entraide ainsi qu'à l'Accord. Au sujet de la forme des actes d'entraide, la jurisprudence italienne a maintenu que la production de copies devait être considérée comme valable et conforme aux exigences de la CEEJ lorsque la remise des copies avait lieu par un acte formel de transmission. La remise des copies des actes demandés au moyen de l'entraide par les autorités de l'Etat requis suffit, selon la jurisprudence italienne, à conférer garantie d'authenticité aux actes produits. La Cour de cassation relevait par ailleurs dans sa décision du 16 octobre 2002 que toute exigence formelle visant l'authentification de chaque copie des actes allait à l'encontre du principe international selon lequel les Etats s'accordent l'entraide la plus large possible.

A la lueur de cette jurisprudence, le Conseil fédéral a décidé que l'Accord devait être ratifié.

La présente directive a pour but de faciliter l'application pratique des nouvelles dispositions. Elle ne porte pas sur l'ensemble des articles, mais seulement sur les plus importants¹, et est destinée en premier lieu aux autorités suisses. Puisque la présente directive a été élaborée avant l'entrée en vigueur de l'Accord, il se peut que des modifications ultérieures soient nécessaires du fait de l'évolution de la jurisprudence. L'Office fédéral de la justice désirerait que les autorités cantonales et fédérales d'exécution lui fassent part, durant les premières années d'application de l'Accord, de toutes les affaires ayant soulevé des questions afférentes au nouvel Accord afin d'en améliorer l'application.

¹ Pour ce qui est de tous les autres articles, se reporter au message du Conseil fédéral in FF 1999, 1311.

B. Les dispositions en détails

Article I Dispositions générales

Conformément à l'article 26 al. 3 CEEJ, l'Accord a été élaboré en vue de faciliter l'application de la CEEJ. Ce but ressort également du préambule et de l'article 1^{er} de l'Accord. Aucune des prescriptions de l'Accord ne doit être comprise comme une limitation du droit d'un Etat à l'entraide judiciaire en vertu de la CEEJ ou comme une sujétion à des conditions supplémentaires.

D'autres bases légales importantes sont également applicables dans les rapports d'entraide avec l'Italie. Citons d'abord la *Convention du Conseil de l'Europe du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime*². Cette convention contient surtout des dispositions complémentaires concernant la saisie et la confiscation de biens provenant d'une infraction³.

Le *Traité avec l'Italie relatif à la coopération des autorités policières et douanières*⁴ a également été négocié simultanément à l'Accord. Il contient, entre autres, des dispositions sur la collaboration spontanée, la création de centres communs de police et le détachement d'agents de liaison dans l'autre Etat Partie.

Dans le domaine douanier, il convient en outre de renvoyer au protocole additionnel relatif à l'entraide administrative⁵.

L'application combinée des différents accords permet de cumuler leurs avantages respectifs.⁶

Article II Champ d'application

(Ad art. 1^{er} de la Convention)

En règle générale, les demandes d'entraide judiciaire sont formulées par une autorité de poursuite pénale. L'art. 1^{er}, al. 3 EIMP avait déjà assoupli ce principe et admis l'autorité administrative⁷ comme autorité requérante lorsqu'il s'agissait d'**affaires pénales** dans lesquelles le droit de l'Etat requérant **permet**⁸ **d'en appeler à un juge**.

² CBI, RS 0.311.53.

³ Il existe donc des points communs essentiellement avec l'art. VIII de l'Accord (Remise de biens provenant d'une infraction), mais également pour ce qui est de la "communication spontanée d'informations", avec l'art. 10 CBI et l'art. XXVIII de l'Accord.

⁴ RS 0.360.454.1

⁵ RS 0.632.401.02.

⁶ Même si une requête comporte par ex. la confiscation ou le partage de valeurs prévue aux art. 14 et 15 CBI, le contact direct entre autorités conformément à l'art. XVII de l'Accord demeure possible.

⁷ Cette "autorité administrative" demeure mentionnée dans le texte et n'est pas redéfinie en tant qu'"autorité judiciaire" comme quelques Etats l'ont fait dans leurs déclarations relatives à l'art. 1^{er} CEEJ. Ils conservent ainsi la possibilité de collaboration entre police et douanes conf. à l'accord conclu simultanément avec l'Italie: cf. art. 11 de cet accord, qui réserve uniquement la collaboration entre autorités judiciaires.

⁸ ATF 118 Ib 457 consid. 4b, ATF 123 II 161 consid. 3a.

L'article II de l'Accord permet l'octroi de l'entraide à des autorités administratives lorsqu'en cours de procédure il est possible d'en appeler à une autorité judiciaire.

L'article II de l'Accord mentionne trois domaines essentiels de coopération:

a) La surveillance des marchés boursiers

Dans le domaine des délits boursiers, la jurisprudence a été amenée à examiner dans quelle mesure l'entraide peut être accordée à des Commissions administratives boursières. Même si l'EIMP prévoit que l'entraide peut être accordée pour les besoins d'une procédure pénale, il n'est toutefois pas nécessaire que l'Etat requérant ait ouvert une procédure judiciaire proprement dite. Selon la jurisprudence, l'entraide peut être accordée à la demande d'une autorité administrative menant une enquête préparatoire. Il faut toutefois que cette enquête soit susceptible d'aboutir au renvoi des personnes impliquées devant une autorité judiciaire⁹. En ce qui concerne la "Commissione Nazionale per le Società e la Borsa" (CONSOB), les autorités suisses ont déjà eu, avant le présent accord, à se prononcer sur la question de la recevabilité de requêtes d'entraide pénale présentées par cette autorité administrative italienne. Dans un arrêt du 28 avril 1997¹⁰, le TF a admis que la CONSOB était habilitée à former des requêtes d'entraide pénale¹¹. Le TF a relevé que la CONSOB, à l'instar de la COB¹², pouvait, selon le droit italien, ouvrir des enquêtes administratives sans obtenir, au préalable, l'autorisation d'une autorité pénale. La haute cour relevait en outre que, dans son domaine de compétence, la CONSOB peut notamment ordonner des perquisitions ainsi que l'édition de documentation. Finalement, le TF relevait que la CONSOB pouvait, à la fin de son enquête, proposer l'ouverture d'une enquête pénale pouvant se conclure par un jugement pénal. L'entraide devait donc être accordée à la CONSOB. La nouvelle disposition de l'Accord codifie, dans les rapports d'entraide pénale avec l'Italie, la pratique du TF en matière d'entraide aux autorités administratives chargées de la surveillance des marchés financiers. Il va de soi que la Suisse ne pourra ordonner des mesures de contrainte (levée de secrets protégés par la loi, perquisition, saisies de pièces ou valeurs, audition de témoins) que si l'état de fait exposé dans la requête formée par la CONSOB correspond aux éléments objectifs d'une infraction réprimée par le droit suisse (art. 64 EIMP). Cela sera notamment le cas si l'exposé des faits remplit les conditions objectives des l'articles 161 CP, 161 bis CP, ou 162 CP.

⁹ Le TF a notamment admis que la Securities and Exchange Commission (SEC), autorité des USA chargée de la surveillance des marchés boursiers, est habilitée à former des requêtes d'entraide. Les recherches préliminaires de cette autorité correspondent, en effet, à la notion de procédure judiciaire selon l'art. 1 ch. 1 let. a TEJUS dès lors que cet organe peut ensuite transmettre l'affaire au Procureur général compétent pour ouvrir une procédure pénale (ATF 120 Ib 251 consid 4).

Le TF a, en outre, admis que la Commission française des opérations de bourse (COB) a la qualité pour former directement une demande d'entraide puisque cette autorité pourra en effet, à l'issue de son enquête, recommander au Ministère public d'ouvrir une procédure judiciaire pouvant aboutir à une condamnation pénale (ATF 118Ib 547, consid. 2-4, ATF 121 Ib, 153).

¹⁰ ATF 1A.361/1996, non publié.

¹¹ Bien que l'Italie n'eût pas déclaré que la CONSOB était considérée, aux termes de l'article 24 CEEJ, comme autorité judiciaire, le TF a admis que, en vertu de l'article 1 al. 1 de la CEEJ, les Etats contractants s'engageaient à s'accorder l'entraide la plus large possible. De ce fait, l'entraide demandée par la CONSOB pouvait être accordée en application de l'article 63 al. 1 et al. 3 ainsi que de l'art. 1 al. 3 de l'EIMP. Cette dernière disposition prévoit, en effet, que l'EIMP est applicable aux affaires pénales dans lesquelles le droit de l'Etat requérant permet de faire appel au juge.

¹² ATF 118 Ib 547. ATF 121 Ib, 153.

b) L'escroquerie en matière fiscale

Désormais, l'Accord prévoit non seulement l'entraide judiciaire en faveur d'une autorité administrative, mais aussi l'obligation d'accorder l'entraide judiciaire en cas d'escroquerie en matière fiscale (art. II paragraphe 3). Selon l'art. 24, al. 1 OEIMP, est considéré comme escroquerie en matière fiscale tout acte punissable en vertu de l'art. 14 al. 2 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA, SR 313.0). Il y a escroquerie fiscale¹³ lorsqu'il y a détournement frauduleux d'impôts par le biais de données fausses, falsifiées ou mensongères, ce qui est le plus souvent le cas dans cette forme de criminalité. Néanmoins, il peut aussi y avoir escroquerie au préjudice des autorités fiscales sans que cela suppose nécessairement l'utilisation de documents falsifiés¹⁴. Il est arrivé que des affaires de surfacturation avec rapatriement de capitaux aient été qualifiées d'escroquerie fiscale¹⁵. L'utilisation de sociétés commerciales interposées peut également être constitutive de "manœuvres frauduleuses". Selon l'Accord, les autorités administratives pourront également présenter des requêtes d'entraide pour des faits constitutifs d'escroquerie fiscale¹⁶. Cette possibilité ressort du reste de la liste des autorités habilitées à prendre des contacts directs, laquelle contient aussi les autorités douanières et fiscales. Dans cette hypothèse, la Suisse sera tenue, si toutes les conditions de l'escroquerie fiscale sont réalisées, d'accorder l'entraide à l'Italie¹⁷.

c) la circulation routière.

Un autre domaine important concerne la circulation routière: les simplifications introduites par l'Accord faciliteront désormais la coopération dans un domaine essentiel du fait du nombre élevé des délits et devrait permettre d'améliorer le déroulement de ces procédures. Jusqu'ici, le fait que certains actes aient été considérés, surtout en droit italien, comme de simples infractions à des prescriptions administratives et non comme des délits pénaux n'avait pas été sans poser de problèmes. En vertu de l'art. II, par. 1 de l'Accord, il suffit désormais que le fait soit punissable pénalement¹⁸ selon le droit de l'un des deux Etats, même si seule une autorité administrative est compétente pour cela (dans la mesure où il est possible d'en appeler à une autorité judiciaire). La notification¹⁹ d'actes visant le recouvrement d'une amende y est aussi expressément mentionnée.

Article IV Utilisation des renseignements (Spécialité)

L'acte d'entraide a lieu sous réserve que les autorités de l'Etat requérant n'utilisent pas aux fins d'investigations les renseignements obtenus, ni ne les produisent comme moyens de preuve dans une procédure relative à une infraction pour laquelle

¹³ Selon l'ATF 111 Ib 247 s.

¹⁴ ATF 115 Ib 68 ss.

¹⁵ ATF 111 Ib 249 s.

¹⁶ Ceci n'est du reste pas nouveau : ainsi la Grande-Bretagne, par l'intermédiaire du H. M. Customs & Excise, présente régulièrement des requêtes d'entraide pour escroquerie douanière.

¹⁷ Il est néanmoins rappelé que la Suisse n'est pas tenue "de coopérer avec les autorités fiscales, par exemple en cas de procédures d'évasion fiscale". Une telle coopération ne peut pas être déduite de l'Accord. FF 1999, 1335.

¹⁸ Bien entendu, la condition de la punissabilité dans les deux Etats Parties demeure lorsque de véritables mesures de coercition sont requises conf. à l'art. X de l'Accord, par ex. perquisition, saisie ou levée d'un secret protégé en droit pénal. Cela est toutefois moins fréquent dans le domaine des contraventions aux règles de la circulation routière.

¹⁹ S'ajoute à cela la remise directe par la poste, possibilité déjà prévue à l'art. 30 EIMP.

l'entraide est exclue. La transmission des renseignements à un Etat tiers sans l'autorisation de l'Office fédéral de la justice est également interdite.

La "réserve de la spécialité" est une particularité du droit suisse. La CEEJ par exemple ne contient aucune réglementation de ce genre et, même dans les conventions les plus récentes²⁰, le principe de la spécialité n'est prévu que de manière facultative. C'est pour cette raison que la Suisse a formulé une réserve à l'art. 2 CEEJ²¹. Le principe de la spécialité se traduit par une interdiction d'utilisation qui lie toutes les autorités de l'Etat requérant.

L'étendue de la réserve soulève de nombreuses interrogations. Il importe donc d'établir que seule l'utilisation des actes d'exécution dans une procédure concernant des infractions à caractère fiscal, politique ou militaire est interdite²². L'art. IV de l'Accord permet d'y voir plus clair à ce sujet, ce qui est à saluer.

Les mesures administratives prises contre l'auteur d'une infraction²³ valent également comme procédure dans les affaires de droit pénal²⁴. Elles ne sont pas concernées par l'interdiction d'utilisation tant qu'il ne s'agit pas de procédures administratives de nature fiscale, les cas d'escroquerie fiscale demeurant réservés.

Le principe de la spécialité ayant été intégré dans le texte de l'Accord, il ne sera plus nécessaire aux autorités suisses de le rappeler aux autorités italiennes dans chaque cas d'entraide. Cela permet notamment de ne plus devoir joindre aux actes d'exécution le formulaire "Réserve de spécialité", usuellement transmis à l'autorité requérante avec les actes d'entraide en l'absence de réglementation bilatérale²⁵.

Afin d'éviter toute forme d'irrégularité dans l'utilisation des renseignements dans l'Etat requérant, il sera toutefois nécessaire que l'autorité suisse requise qui procède, en vertu de l'article XVII de l'Accord, à une transmission directe des actes d'exécution, rappelle de manière explicite dans sa lettre de transmission le contenu et les restrictions dont il est question à l'article IV de l'Accord.

Article V **Modalités d'exécution requises** (Ad art. 3 de la Convention)

Cet article prévoit trois différents aspects de l'exécution de l'entraide judiciaire.

²⁰ Cf. par ex. art. 32 CBI; RS 0.311.53.

²¹ Dans sa teneur actuelle, cette réserve a une valeur générale, à savoir dans chaque cas d'exécution d'entraide judiciaire.

²² Il s'agit des infractions ne pouvant en principe pas donner lieu à l'entraide judiciaire conformément à l'art. 3 EIMP; la question de la punissabilité dans les deux Etats Parties ne joue aucun rôle. A ce propos voir l'ATF non publié du 27.9.96 en la cause Ursula H. Le principe de la spécialité diffère selon qu'il est appliqué à l'entraide judiciaire ou à l'extradition.

²³ Par exemple, le retrait du permis de conduire, le retrait d'une licence bancaire ou d'une licence de commerce boursier, mais aussi les mesures d'assistance destinées à des malades psychiques ou à des personnes dépendantes de drogues.

²⁴ Cf. art. 63 al. 3 lettre. b EIMP.

²⁵ Lorsqu'il s'agit d'un Etat avec lequel le principe de la spécialité a fait l'objet d'un accord (par ex. les Etats-Unis, le Canada, l'Australie), le formulaire n'est pas joint il suffit de renvoyer à l'article correspondant de l'Accord consacré au respect de la spécialité.

- a) Le premier paragraphe concerne les modalités particulières que l'Etat requérant souhaite expressément. Il s'agit essentiellement du respect de certaines exigences de forme, par exemple la présence et la confrontation de l'accusé avec des témoins à charge, les déclarations sous serment ou autres. L'EIMP contient à l'art. 65 une disposition qui va dans ce sens²⁶. Le remboursement des frais prévu à l'art. XXIII – outre le principe de la proportionnalité – permet d'éviter que les autorités d'exécution soient débordées de souhaits portant sur des formalités particulières. Pour ce qui est notamment de la transmission de pièces et documents, l'article 17 CEEJ reste valable et la transmission sera dispensée de toutes formalités de légalisation.
- b) Le paragraphe 2 concerne l'urgence. Dans les affaires pénales, il est urgent de procéder rapidement à l'acquisition des preuves. Pour qu'une affaire puisse bénéficier de l'application du paragraphe 2, il faut donc qu'elle mentionne un élément supplémentaire qui fasse apparaître la requête comme particulièrement urgente. Il faut donc en premier lieu que l'Etat requérant indique les raisons de l'urgence. Ces raisons ne doivent pas seulement invoquer le risque de disparition des preuves²⁷ en cas d'attente prolongée ou des dangers de collusion, mais aussi des éléments relevant du droit procédural, par exemple la prolongation de la détention préventive d'un accusé, la prescription, les délais de mise en accusation, ou les exigences liées au respect des droits de l'homme²⁸. Il convient néanmoins d'admettre que la procédure suisse d'entraide judiciaire pose quelques règles rigides²⁹ que cet article ne saurait modifier³⁰; la marge permettant une accélération effective de l'entraide judiciaire est donc étroite. Il s'agit essentiellement d'accorder la priorité à un cas (au dépend d'autres procédures) et d'informer, aussi vite que possible, l'autorité requérante des raisons procédurales du retard (notamment recours). En plus des cas qu'il convient de considérer comme urgents d'emblée, les cas qui ont subi un retard particulier ont souvent aussi besoin d'être traités avec une plus grande rapidité. Le retard accumulé peut soit être le fait des autorités d'exécution³¹, soit être dû aux recours éventuellement introduits contre l'exécution des requêtes d'entraide. Même si, en ligne générale, la procédure de recours jusqu'au Tribunal fédéral, prévue par la loi, est d'ordinaire close dans un délai de 9 à 12 mois, elle peut néanmoins prolonger³² d'avantage les délais d'exécution. L'art. 80n, al. 2 EIMP permet d'éviter des retards de ce genre.

²⁶ Voir également les compléments prévus aux art. 26 et 27 de l'OIEMP.

²⁷ Par ex. des empreintes que l'on peut faire disparaître.

²⁸ Art. 6 CEDH; RS 0.101.

²⁹ Ainsi, les moyens de preuve ne doivent être transmis à l'autorité étrangère requérante qu'après la clôture de la procédure d'entraide judiciaire; cf. art. 74, al. 1 EIMP. Par ailleurs, le recours introduit contre toute décision qui autorise la transmission à l'étranger de renseignements considérés comme secrets (...) a un effet suspensif; cf. art. 80l et art. 21, al. 4 EIMP.

³⁰ La formulation "*l'Etat requérant fera tout son possible*" et la réserve des "*principes du droit de l'Etat requis*" au paragraphe 1 montre que cet article ne modifiera en rien les règles de droit internes.

³¹ Par ex. lorsque l'autorité d'exécution tarde à procéder à l'ordonnance et à l'exécution d'un acte d'entraide judiciaire (conf. à l'art. 80a EIMP); dans ces cas, l'Office fédéral de la justice peut intervenir comme autorité centrale en vertu de l'art. 17a al. 2 EIMP auprès de l'autorité de surveillance, présenter un recours pour déni de justice ou reprendre immédiatement le cas (conf. art. 79a, lettre b EIMP).

³² Souvent de simples entreprises séparées en prête-nom, appartenant au prévenu, qui font successivement leur apparition dans un cas de blanchiment d'argent.

- c) Enfin, l'article contient une disposition particulière sur le traitement confidentiel des requêtes d'entraide judiciaire³³. L'article 80b, al. 2 EIMP, permet de restreindre la consultation du dossier et la participation à la procédure d'entraide judiciaire. La confidentialité doit rester proportionnée³⁴. Les répercussions sur les mesures d'entraide judiciaire souhaitées sont différentes selon la raison de la confidentialité³⁵.

Pour ce qui est des enquêtes³⁶ qui nécessitent une confidentialité à long terme, il y a en outre la possibilité de mener des enquêtes communes (article XXI de l'Accord).

Article VI Conférence vidéo

1. Introduction

La conférence vidéo, comme nouvelle modalité de témoignage, est de plus en plus utilisée dans les procédures nationales et internationales. Le rôle de pionnier dans l'utilisation de la conférence vidéo tant dans les procédures pénales nationales qu'internationales semble revenir aux Etats-Unis³⁷. Prenant exemple sur les USA, l'Italie³⁸, l'Autriche³⁹, l'Allemagne⁴⁰ et, tout récemment le Canada⁴¹, ont révisé leurs codes de procédure pénaux dans le but de codifier cette nouvelle modalité de témoignage⁴².

³³ L'existence de ce genre de prescription n'est toutefois pas une nouveauté car une disposition similaire figure déjà à l'art. art. 33 CBI (RS 0.311.53).

³⁴ Cf. également art. 80b al. 3 EIMP.

³⁵ Les écoutes téléphoniques et l'utilisation d'enquêteurs sous couverture comportent, du fait de la nature de la mesure, la confidentialité complète de l'acte d'entraide judiciaire; cela souvent jusqu'à l'exploitation des résultats de l'enquête par l'autorité requérante. En cas de relevé d'informations bancaires, il peut être justifié d'imposer à la banque une obligation de garder le secret (par le biais du renvoi à l'art. 292 CP; cf. art. 80n, al. 1 EIMP), mais seulement pour un laps de temps déterminé, à l'intérieur duquel on peut par ex. établir vers où les fonds acquis de manière criminelle ont été dirigés. Il existe enfin d'autres mesures (par ex. blocage de comptes) qui ne sont que très restrictivement compatibles avec un traitement confidentiel de l'entraide judiciaire.

³⁶ Notamment dans le domaine du crime organisé.

³⁷ Giordano Paolo, "Con l'introduzione della "Teleconferenza" la tecnologia va in aiuto del processo penale", Guida al diritto, Il Sole 24 Ore, 9 marzo 1996, p. 124.

³⁸ Legge 7 gennaio 1998, n.11. Disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell'esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia, nonché modifica della competenza sui reclami in tema di articolo 41 bis dell'ordinamento penitenziario. (G.U. 6 febbraio 1998, n. 30).

³⁹ § 162 a, 247a et 252, Code de procédure pénale autrichien.

⁴⁰ Thomas Janovsky, "Zeugenernehmung mit Video. Eine wirksame Massnahme des Zeugenschutzes", Kriminalistik, 1999, p. 453- 456.

⁴¹ Article 46 al. 2 (Témoignage virtuel) de la Loi sur la preuve au Canada, et les articles 131 (Témoignage virtuel), 136 (Dépositions à distance), 700.1 (Présence virtuelle), 714 (Déposition à distance) du Code criminel du Canada. Ces dispositions sont entrées en force le 17 juin 1999.

⁴² La prise de témoignage par vidéoconférence est aussi admise à l'article 9 du Deuxième protocole additionnel du 8.11.01 à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale signé par la Suisse le 15 février 2002. L'Union européenne a, quant à elle, admis l'audition par vidéoconférence à l'article 10 de la Convention de l'Union européenne du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres (2000/C197/01). Le libellé de l'article VI de l'Accord s'est largement inspiré des travaux préparatoires du Conseil de l'Europe et de l'UE. Le texte de l'article VI de l'Accord est semblable à l'article 10 la Convention de l'Union européenne du 29 mai 2000.

La vidéoconférence s'inscrit, tout d'abord, dans les nouvelles tendances de la procédure pénale qui recherchent une protection accrue des victimes et des témoins ⁴³.

La vidéoconférence permet, en outre, de réduire le "tourisme judiciaire" ⁴⁴ surtout dans les cas d'audition de témoins soumis à des conditions carcérales particulièrement rigides (crime organisé) prévoyant notamment l'isolement de l'extérieur des détenus pour crime organisé. Dans ces cas particuliers, le témoignage par vidéoconférence permet d'économiser les coûts liés aux transferts des témoins aux salles d'audiences (trajets, mesures de sécurité, etc.) ⁴⁵.

Finalement, dans les situations où le lieu de résidence du témoin est éloigné du lieu d'audition - voire à l'étranger - l'audition par vidéoconférence permet d'éviter le déplacement des autorités ou du témoin lui-même. Cela présente l'avantage de réduire les pertes d'énergie de l'autorité requérante qui ne doit pas se déplacer. L'utilisation de la télématique judiciaire permettra aussi d'accélérer les procédures pénales nationales et internationales.

2. La vidéoconférence et l'entraide internationale en matière pénale selon l'EIMP

S'il est vrai que l'Accord entre la Suisse et l'Italie en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire est le premier texte de droit positif suisse régissant l'entraide internationale qui codifie l'utilisation de la vidéoconférence pour l'audition de témoins, d'experts ou de prévenus; on peut toutefois admettre qu'une requête d'entraide italienne ou d'un autre Etat visant l'audition par vidéoconférence aurait déjà pu être exécutée en vertu de l'article 65a de l'EIMP (Présence de personnes qui participent à la procédure à l'étranger).

L'article 65a EIMP prévoit que lorsque l'Etat requérant le demande en vertu de son propre droit, les personnes qui participent à la procédure peuvent être autorisées à assister aux actes d'entraide. Cette présence peut également être admise si elle permet de faciliter considérablement l'exécution de la demande ou la procédure pénale étrangère.

L'autorité suisse d'exécution statuera sur le droit des personnes étrangères qui participent à la procédure de poser des questions et de demander des suppléments d'enquête (art. 26 al. 2 OEIMP).

⁴³ Dans cet ordre d'idée, l'on citera notamment l'article 22 du Statut du Tribunal de la Haye pour l'ex-Yugoslavie qui prévoit l'audition de témoins par vidéoconférence; "The International Tribunal shall provide in its rules of procedure and evidence for the protection of victims and witnesses. Such protection measures shall include, but shall not be limited to, the conduct of in camera proceedings and the protection of the victim's identity": l'art. 82 ch. 4 du code de procédure pénale fribourgeois du 14 novembre 1996 qui prévoit l'audioconférence à titre exceptionnel pour assurer la sécurité du témoin; ainsi que l'article 10 ter du projet de révision du CF de la Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions prévoyant l'audition par vidéoconférence.

Le Tribunal fédéral, quant à lui, s'est récemment montré sensible à la problématique de la protection des témoins. Dans l'ATF 125 I consid. 7a, p. 142, il a remarqué que les difficultés rencontrées dans la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme, ont amené les autorités de poursuite à recourir à des méthodes inhabituelles. Méthodes admises par le TF si elles permettent à la fois de protéger les témoins et de respecter les droits de la défense.

⁴⁴ Bergis Marta, "Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41-bis ordinamento penitenziario", *Diritto Penale e Processo*, n.2/1998, 159-179.

⁴⁵ C'est tout spécialement le cas pour les détenus soumis au régime de l'article 41 bis de la loi italienne du 26 juillet 1975.

Dans les cas de requêtes visant la présence des autorités étrangères à l'exécution de demandes d'entraide, le Tribunal fédéral a déjà précisé que, lorsque requise expressément, on peut, en général, présumer que la présence est propre à faciliter l'exécution de la demande.

La présence des enquêteurs étrangers peut, en outre, permettre de prévenir une éventuelle demande complémentaire, conformément aux exigences d'une entraide rapide et efficace ⁴⁶.

On peut donc admettre, même si dans le cas de la vidéoconférence la présence étrangère n'est que virtuelle, que les principes établis par l'article 65a EIMP régissant la présence physique sont néanmoins applicables par analogie.

Lorsque la requête étrangère d'audition par vidéoconférence sera considérée comme conforme au droit interne suisse ⁴⁷, l'autorité d'exécution suisse autorisera l'audition par une décision d'entrée en matière selon l'article 80 a EIMP. La décision réglera également toutes les modalités nécessaires à la mise en place de l'audition et sera notifiée à la personne touchée par la décision d'entraide. L'autorité d'exécution citera le témoin ou l'expert selon ses règles de procédure (art. 80a al. 2 EIMP). Puisque la requête de vidéoconférence comporte la présence des fonctionnaires étrangers (présence virtuelle), le dévoilement prématuré d'informations confidentielles pourra, dans certains cas, causer un dommage immédiat et irréparable. Dans ces cas, on pourrait être en présence d'une décision incidente (art. 80e let. b, ch. 2). Il sied toutefois de relever que selon la jurisprudence du TF en matière de présence des personnes qui participent à la procédure à l'étranger, il ne suffit pas, pour admettre l'existence d'un préjudice immédiat et irréparable au sens de l'art. 80e let. b ch. 2 EIMP, que les enquêteurs étrangers assistent aux actes d'entraide ⁴⁸. Selon le TF, il y aurait lieu d'admettre l'existence d'un préjudice immédiat et irréparable lorsque, par exemple, les fonctionnaires étrangers présents aux actes d'entraide s'apprêtent à utiliser prématurément les renseignements ainsi obtenus. En effet, selon l'article 65a al. 3 EIMP (repris à l'article IX par. 3 de l'Accord), la présence des enquêteurs étrangers ne saurait avoir pour conséquence que les faits ressortissant du domaine secret soient portés à leur connaissance avant que l'autorité compétente ait statué sur l'octroi et l'étendue de l'entraide. Le recourant doit toutefois rendre vraisemblable l'existence d'un tel risque. Dans les cas où le risque de dévoilement prématuré d'informations protégées par le secret existerait, il conviendra de différer l'audition jusqu'à décision définitive sur l'octroi de l'entraide. Ce risque peut également être évité en obtenant l'engagement des autorités étrangères de ne pas utiliser les renseignements recueillis avant l'octroi formel de l'entraide.

Il appartiendra finalement à l'autorité d'exécution, à qui il incombera de surveiller les auditions par vidéoconférence, d'examiner les éventuelles questions du droit de refuser de témoigner.

⁴⁶ ATF non publié du 29 septembre 1999 dans la cause H. contre Ministère public de la Confédération.

⁴⁷ Avant de procéder à l'exécution de la requête d'entraide par vidéoconférence, en absence de traité ou de convention réglant cette matière, il y aura lieu de requérir la réciprocité à l'Etat requérant.

⁴⁸ FF 1995 III 30.

Même si, au vu de ce qui précède, une requête d'entraide étrangère visant l'audition par vidéoconférence de témoins, d'experts ou de prévenus pourrait déjà être exécutée uniquement sur la base de l'EIMP, la nouvelle disposition de l'Accord complémentaire entre la Suisse et l'Italie ainsi que la jurisprudence qu'elle générera, fourniront autant de critères pratiques utiles à la fois aux autorités judiciaires et aux personnes touchées.

3. Les critères d'application de l'article VI de l'Accord

Au paragraphe 1^{er} de l'article VI de l'Accord, l'Italie et la Suisse se reconnaissent la possibilité de demander des auditions par vidéoconférence s'il est **inopportun** ou **impossible** pour la personne à entendre de comparaître personnellement sur le territoire de l'Etat requérant. Le déplacement du témoin peut, par exemple, être inopportun car sa présence est nécessaire à un autre procès se déroulant dans l'Etat requis, ou parce que à l'encontre du témoin détenu dans l'un des deux Etats contractants, une procédure d'extradition en faveur d'un Etat tiers est en cours. Les risques de fuite, de collusion ou d'élimination physique du témoin peuvent aussi être des causes de déplacement inopportun. Parmi les causes d'impossibilité, on pourrait encore mentionner l'état de santé ou l'âge du témoin.

Etant donné qu'une demande visant l'audition par vidéoconférence est une requête d'entraide, elle doit satisfaire aux conditions formelles de l'article 14 CEEJ et de l'article XVI de l'Accord. Par ailleurs, le paragraphe 3 requiert que la demande de vidéoconférence contienne la raison pour laquelle il n'est pas souhaitable ou pas possible que le témoin, l'expert ou la personne poursuivie se rende dans l'Etat requérant pour y témoigner. L'autorité requérante devra, en outre, préciser les raisons pour lesquelles l'audition ne peut pas être effectuée par les autorités judiciaires du pays requis. Ces exigences montrent que l'audition par vidéoconférence revêt un caractère d'exception par rapport à la présence physique à l'audition.

Le paragraphe 2 prévoit que, pour être admissible dans l'Etat requis, l'audition par vidéoconférence ne doit pas être contraire aux principes fondamentaux de son droit. Pour la Suisse, cela signifie que le choix d'utiliser la vidéoconférence comme modalité d'audition ne doit pas violer les principes légaux qui régissent la procédure pénale de toutes les phases du procès pénal. En ligne générale, on dira que l'utilisation de la vidéoconférence ne devra pas porter préjudice au droit à un "procès équitable".

Selon le paragraphe 4, l'autorité judiciaire de l'Etat requis se chargera de la citation à comparaître des personnes touchées par la requête italienne visant l'audition par vidéoconférence. Pour la Suisse, ladite citation se fera selon les formes prévues par les codes cantonaux de procédure pénale, le cas échéant, le code de procédure pénale fédérale.

Les paragraphes 5 et 6 énoncent les conditions qui doivent être respectées lors de l'audition par vidéoconférence de témoins et d'experts.

Selon la lettre a du chiffre 5, l'audition doit se dérouler en présence de l'autorité judiciaire de l'Etat requis. Pour la Suisse l'autorité judiciaire sera représentée, suivant le système judiciaire cantonal, par le juge d'instruction ou le procureur cantonal. Au besoin l'autorité judiciaire requise sera assistée d'un interprète dont la rémunération est assurée par l'Etat requérant (art. VI par. 7). L'autorité judiciaire de l'Etat requis veillera à ce que les personnes soient entendues dans le respect des principes fondamentaux du droit de cet Etat. Si, lors de l'audition par vidéoconférence, ces principes

n'étaient plus respectés, l'autorité judiciaire doit prendre les mesures nécessaires à leur respect. L'autorité judiciaire suisse devra notamment intervenir si l'autorité judiciaire requérante recourt, lors de l'audition, à des moyens ou à des procédés déloyaux ou incorrects pour influencer la déposition. Cette même autorité veillera au respect des droits généralement reconnus par le droit suisse aux témoins et aux experts.

Dans des cas de violation des principes précités survenant lors de l'audition, l'autorité judiciaire helvétique interviendra immédiatement notamment en autorisant le témoin à ne pas répondre, en invitant le représentant de l'autorité judiciaire qui pose les questions à retirer la question posée, en s'abstenant de verbaliser, finalement, dans des cas exceptionnels de non-respect, l'autorité judiciaire requise pourrait tout simplement décider la cessation immédiate de la liaison vidéo.

La lettre b du paragraphe 5 est consacrée à la protection des personnes entendues. Les autorités des deux Etats contractants peuvent, d'un commun accord prendre les mesures nécessaires à cette fin. Cette disposition poursuit le même but déjà codifié dans certains codes de procédure pénale cantonaux ⁴⁹.

Afin de protéger les témoins, les parties à l'Accord complémentaire peuvent notamment convenir que l'audition par liaison vidéo sera déguisée, notamment au moyen d'un crypteur vocal, d'un miroir sans tain ou de toute autre mesure de protection optique ou acoustique. ⁵⁰

L'audition par vidéoconférence est conduite directement par l'autorité judiciaire de l'Etat requérant, ou sous sa direction conformément à son droit interne (ch. 5 lit. c). Le procès-verbal de l'audition pourra être établi par l'autorité requérante. La langue de l'audition sera celle de l'Etat requérant.

En Suisse l'audition sera notamment conduite par le juge d'instruction, le procureur cantonal, voire l'autorité de jugement qui appliquera le code de procédure cantonal ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'audition de témoins et d'experts. Les droits de la défense devront également être respectés dans la même

⁴⁹ L'article 103 k ch. 4 du code de procédure pénale du canton du Valais dispose, par exemple, que tous les actes d'instruction sont menés de manière à préserver les intérêts personnels de l'agent infiltré. L'article 82 al. 4 du code de procédure pénale du canton de Fribourg dispose, quant à lui, que pour assurer la sécurité du témoin, le juge peut ordonner que l'identification du témoin se fasse en dehors de la présence des parties, que tout ou partie des éléments d'identification du témoin soient conservés séparément du dossier et que le témoin ne soit pas visible durant son audition.

⁵⁰ La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme s'est prononcée à nombreuses reprises sur la question de la compatibilité des témoignages anonymes avec la CEDH. Dans l'arrêt *Doorsen* du 26 mars 1996, la Cour a notamment admis que l'anonymat des témoins à charge ne viole pas l'article 6 par. 1 combiné avec l'article 6 par. 3d de la Convention s'il est établi que la procédure suivie devant les autorités a suffisamment compensé les obstacles auxquels se heurte la défense (...). En l'espèce, les témoins anonymes ont été interrogés en appel, en présence de l'avocat du requérant, par un juge d'instruction qui connaissait leur identité, même si ce n'était pas le cas de la défense. (...) Non seulement l'avocat du requérant était présent, mais on lui permit de poser aux témoins toutes les questions qui lui paraissaient servir les intérêts de la défense, sauf celles qui auraient pu conduire au dévoilement de leur identité", arrêt *Doorsen*, pag. 72 et 73. A ce sujet voire également les arrêts de la Cour dans les affaires *Kotovski* du 20 novembre 1989, *Windisch* du 27 septembre 1990 et *Van Mechelen* du 23 avril 1997. Pour ce qui concerne la jurisprudence récente du TF en matière de protection des témoins, d'anonymat des agents infiltrés et de conformité de la préservation de l'anonymat des agents infiltrés avec la CEDH voir ATF 125 I 127 et ss.

mesure qu'ils le sont lors d'une audition en présence physique des parties à la procédure. Dans le cas d'une audition par vidéoconférence d'un témoin se trouvant en Italie, les droits de la défense, notamment celui d'assister aux auditions des témoins et des experts, seront plus ou moins étendus selon la phase de la procédure pénale à laquelle l'audition a lieu.

Dans la phase de l'information, le droit d'assister à l'audition dépendra de l'étendue que les codes de procédure cantonaux attribuent à ce droit ⁵¹. Le droit de participer aux actes d'information devra être accordé lorsqu'ils ne seront ou ne pourront vraisemblablement pas être répétés aux débats. Dans la phase des débats, les droits de la défense seront garantis ⁵². Il en découle que l'accusé et/ou son conseil pourront intervenir et poser toutes questions utiles aux témoins et aux experts.

L'audition par vidéoconférence devra donc se dérouler de façon à permettre à toutes les parties au procès d'exercer leurs droits dans les limites reconnues par la législation helvétique.

Il en découle que, pour assurer la réelle participation des parties à l'audition, la liaison vidéo devra être établie selon le système que les techniciens de l'audiovisuel appellent *two-way*, c'est-à-dire une liaison qui permet l'établissement d'un contact audiovisuel simultané entre l'autorité judiciaire requérante, le prévenu ou l'accusé qui se trouverait en Suisse, éventuellement le lésé, d'une part, et le témoin ou l'expert se trouvant en Italie, d'autre part.

Le cas échéant, l'autorité judiciaire suisse requérante devra aménager la possibilité supplémentaire pour le prévenu ou l'accusé de conférer séparément avec son conseil (voir paragraphe 9).

Selon le paragraphe 5 let. e, la personne entendue par vidéoconférence peut invoquer les droits de refuser de déposer qui lui seraient reconnus par le droit interne de l'Etat requis, ou par le droit de l'Etat requérant.

Sans préjudice aux mesures éventuellement adoptées pour la protection des personnes entendues (par. 5 let. b), le paragraphe 6 enjoint l'autorité judiciaire requise à la verbalisation des conditions techniques dans lesquelles la liaison vidéo s'est déroulée. Le procès-verbal mentionnera, en outre, la date et le lieu, l'identité du témoin, de l'expert ou de la personne poursuivie. Les identités et les qualités de toutes les autres personnes qui ont participé à la vidéoconférence ainsi que toutes les éventuelles prestations de serment, seront également consignées dans le procès-verbal. L'autorité d'exécution de l'Etat requis devra en outre attester que l'audition s'est déroulée sans pressions psychologiques ou de mesures de coercition des personnes auditionnées. Le procès-verbal sera transmis à l'Etat requérant.

Le paragraphe 7 est consacré aux coûts de la vidéoconférence. En règle générale ceux-ci sont à la charge de l'Etat requérant. Ils comprennent les coûts découlant de la liaison vidéo, la rémunération des interprètes et les frais de déplacement dans l'Etat requis. Ces frais seront remboursés par l'Etat requérant.

⁵¹ PIQUEREZ G., Précis de procédure pénale suisse, Payot Lausanne 1994, p. 371.

⁵² Nombreux codes cantonaux de procédure pénale se sont inspirés de l'article 6 ch. 3 de la CEDH dans la consécration législative des droits de la défense. Il est toutefois à rappeler que l'article 6 ch. 3 lit. b et d CEDH ne donne pas un droit illimité à l'audition des témoins, ni un droit absolu à la consultation de toutes les pièces du dossier.

Aux termes du paragraphe 8, les Etats contractants s'engagent à appliquer le droit interne lorsque les témoins ou les experts entendus par vidéoconférence sur leur territoire refusent de témoigner alors qu'il sont tenus de le faire. Le même engagement vaut pour le faux témoignage. Dans ces deux hypothèses, le droit national est applicable comme si l'audition avait lieu dans le cadre d'une procédure nationale.

En droit suisse, alors que le prévenu et la personne entendue à titre de renseignement ne peuvent pas être contraints à faire des déclarations, le témoin et l'expert qui ne sont pas au bénéfice d'une dispense de témoigner sont tenus de déposer sur les faits dont ils ont connaissance. Le témoin doit révéler ce qu'il sait en répondant aux questions qui lui sont posées. Les lois de procédure cantonales, y compris celles de la Confédération (art. 88 PPF), connaissent deux systèmes de sanctions. Tantôt le témoin récalcitrant est frappé d'une sanction, en principe d'arrêts, qui est toutefois levée si l'intéressé accepte de témoigner. Tantôt le refus de témoigner est constitutif d'une contravention réprimée directement par le magistrat entendant le témoin ou à la suite d'une procédure pénale ordinaire; parfois le témoin est invité à témoigner sous peine des menaces de 292 CPS et dénoncé au juge pénal s'il persiste dans son refus. Dans tous les cas, cependant, une pression est exercée sur le témoin pour forcer sa résistance ⁵³.

Le témoin ou l'expert sont, en outre, tenus à l'obligation de sincérité lorsqu'ils témoignent sous serment ou après avoir promis solennellement de dire la vérité aux termes de l'article 307 CPS. S'ils dissimulent la vérité en faisant une déposition mensongère, leur comportement pourra être constitutif de faux témoignage (307 CPS). Selon la jurisprudence, l'infraction de faux témoignage ne sera réalisée que si la déposition, volontairement mensongère, est terminée et que si les règles essentielles régissant l'audition ont été respectées. Le témoin qui revient sur sa fausse déposition avant la fin de son audition n'est pas punissable ⁵⁴.

Le paragraphe 9 de l'article VI de l'Accord régit l'audition par vidéoconférence de la personne poursuivie. Comme pour l'audition des témoins, l'audition par liaison vidéo de la personne poursuivie peut être demandée s'il est inopportun ou impossible pour le poursuivi de comparaître personnellement sur le territoire de l'Etat requérant. Parmi les causes d'inopportunité on peut mentionner le risque de fuite, si le poursuivi est détenu dans l'Etat requis. Le statut de personne poursuivie dans l'Etat requis peut également être une cause d'inopportunité tant que sa présence est nécessaire aux autorités judiciaires de l'Etat requis. L'état de santé, l'âge, l'exécution d'une peine dans l'Etat requis ou une procédure d'extradition en faveur d'en Etat tiers peuvent, notamment, être des conditions d'impossibilité de déplacement de la personne poursuivie.

Contrairement à l'audition des témoins et des experts, l'audition par vidéoconférence du prévenu n'est possible qu'après avoir obtenu son consentement. Cela découle du fait que le droit au silence pour la personne poursuivie est reconnu, dans tous les stades du procès pénal, tant par la jurisprudence suisse ⁵⁵ que par les principaux textes internationaux ratifiés par la Suisse et l'Italie ⁵⁶.

⁵³ ATF 117 I a 491 consid. 1.

⁵⁴ PIQUEREZ G., Précis de procédure pénale suisse, Payot Lausanne 1994, 245.

⁵⁵ ATF 106 I a 7

⁵⁶ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 14 (RS. 103.2).

L'audition du prévenu par vidéoconférence doit en outre garantir la présence d'un défenseur. La présence du défenseur peut être physique lorsque celui-ci se trouvera aux côtés du prévenu, devant les autorités judiciaires de l'Etat requis, elle peut être "virtuelle", lorsque le défenseur se trouvera devant l'autorité judiciaire de l'Etat requérant. Le droit du prévenu de communiquer librement avec son défenseur⁵⁷ devra aussi être respecté dans le domaine de l'audition virtuelle. A cette fin, une liaison confidentielle entre le prévenu et le défenseur se trouvant dans deux Etats différents devra être permis, sous peine de violer le droit du prévenu de communiquer librement avec son défenseur hors de la portée d'ouïe de tiers⁵⁸.

Article VIII Remise de biens provenant d'une infraction

Cette disposition complète l'article 3 de la CEEJ qui prévoit uniquement la remise probatoire. Selon l'Accord, les parties peuvent se remettre, en vue de restitution au lésé ou de confiscation, les biens provenant d'une infraction ainsi que le produit de l'aliénation susceptible d'être saisi selon le droit de l'Etat requis.

La disposition de l'Accord complète également la Convention de 1990 relative au blanchiment qui prévoit la confiscation dans l'Etat requis de biens obtenus de manière punissable sans toutefois prévoir l'obligation de la remise des biens à l'Etat requérant⁵⁹.

L'article VIII de l'Accord n'est cependant pas nouveau dans l'ordonnancement suisse de l'entraide. Nombreux textes conventionnels contiennent des articles prévoyant la remise⁶⁰. De plus, l'article 74a EIMP détermine les conditions générales sur la base desquelles la remise en vue de confiscation ou de restitution peut intervenir. Ce sera donc essentiellement sur la base de l'article 74a EIMP qu'il conviendra d'interpréter l'article VIII de l'Accord.

Comme l'article 74a EIMP, l'article VIII est une disposition potestative laissant à l'autorité requise un vaste pouvoir d'appréciation pour décider si et à quelles conditions la remise peut avoir lieu⁶¹.

A l'instar de l'article 74a al. 2 lit. b EIMP, la disposition en question permet également la remise du produit de l'aliénation des biens provenant d'une infraction qui pourra être saisi selon le droit de l'Etat requis. Il sied en outre de relever que, pour le cas où l'article 74a EIMP serait plus favorable à l'entraide que l'article VIII de l'Accord, son application demeure réservée⁶².

⁵⁷ Droit qui découle implicitement de l'article 6 ch. 3 lit. b et c CEDH.

⁵⁸ Ce droit figure parmi les exigences élémentaires du procès équitable. Il découle de l'art. 6 ch.3 lit. c CEDH.

⁵⁹ FF 1999, p.1334.

⁶⁰ Voir notamment, l'art. II al. 3 de l'Accord conclu le 13 novembre 1969 entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (RS 0.351.913.61), l'art. II al. 3 de l'Accord conclu le 13 juin 1972 entre la Confédération suisse et la République d'Autriche en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (RS 0531.916.32), l'art. 1 lit. b du Traité conclu le 25 mai 1973 entre la Confédération et les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide en matière pénale (RS.351.933.6).

⁶¹ ATF 123 II 143 consid 7a.

⁶² Article I par. 2 Accord.

La remise de biens provenant de l'infraction prévue à l'article VIII par. 1 pourra intervenir à tous les stades de la procédure étrangère sans qu'une décision de confiscation rendue dans l'Etat requérant soit nécessaire. La remise des biens et valeurs sera d'autant plus aisée que leur lien avec l'infraction apparaît de manière limpide ⁶³.

Dans les cas douteux, c'est-à-dire lorsque le lien entre les biens ou valeurs et l'infraction ne serait point limpide, la remise pourra entrer en ligne de compte sur la base d'une décision définitive et exécutoire de l'Etat requérant (art. 74a EIMP). Cette décision devra émaner d'une autorité judiciaire soit d'un tribunal pénal, civil ou administratif ⁶⁴. Dans cette hypothèse, la jurisprudence du TF a précisé que l'autorité d'exécution n'a pas à contrôler le contenu de la décision étrangère, ni à trancher les questions de savoir si les objets ou valeurs proviennent de l'infraction et si ceux-ci doivent être confisqués ou restitués: l'autorité d'exécution n'ayant pas de raisons de s'écarter de la solution retenue par l'Etat requérant ⁶⁵. Il va de soi que les objets ou valeurs dont la remise sera subordonnée à la décision définitive et exécutoire prononcée dans l'Etat requérant resteront saisis jusqu'à la réception de la décision étrangère ou tant que l'Etat requérant aura communiqué qu'une telle décision ne pouvait plus être rendue selon son droit interne (prescription) ⁶⁶.

A défaut d'une décision étrangère et en présence d'un cas douteux, l'autorité d'exécution pourra aussi décider, à titre exceptionnel, de la remise après avoir apprécié toutes les particularités du cas d'espèce ⁶⁷.

Il est finalement concevable que des valeurs provenant d'infractions commises en Italie puissent être confisquées en Suisse. L'autorité suisse pourra, au terme de sa procédure, restituer intégralement ou en partie le produit de l'infraction confisqué en Suisse ⁶⁸.

Selon le paragraphe 2 de l'article VIII de l'Accord, la remise de biens ou valeurs à l'Etat requérant ne pourra pas intervenir tant que les prétentions élevées par une personne étrangère à l'infraction n'auront pas été satisfaites ou garanties. Cette situation devra être appréciée selon les critères établis à l'article 74a al. 4 lit. c, al. 5 et 6.

La remise sera différée jusqu'à droit connu quant aux prétentions soulevées par la personne étrangère à l'infraction.

A l'instar de l'article 80q EIMP, l'article XXIII de l'Accord permet à l'Etat requis d'obtenir de l'Etat requérant le remboursement des frais causés par la remise de biens et de valeurs aux fins de restitution au lésé.

Article IX Présence de personnes étrangères dans l'Etat requis *(Ad art 4 de la Convention)*

Contrairement à l'article 4 de la CEEJ, l'Accord prévoit qu'à la demande de l'autorité requérante, l'autorité requise ne peut pas refuser aux représentants des autorités,

⁶³ ATF 123 II 595 consid. 4 f, 606. ATF 123 II 268 consid. 4b, 274.

⁶⁴ ATF 123 II consid. 5, p. 611

⁶⁵ ATF 123 II consid 4e, p. 604

⁶⁶ Art. 33a OEIMP. ATF 123 II 268 consid. 4b/dd

⁶⁷ ATF 123 II 595 consid. 4.

⁶⁸ Art. 15 CRec (RS 0.311.53).

aux personnes participant à la procédure de même qu'à leurs conseils d'assister à l'exécution de la requête d'entraide. Selon la nouvelle disposition, il est toutefois possible à l'Etat requis de s'opposer à la présence des autorités étrangères ou des personnes participant à la procédure si la présence est incompatible avec les principes du droit de l'Etat requis (art. IX in fine).

La nouvelle disposition a notamment pour but de faciliter l'exécution des requêtes d'entraide et, dans la mesure du possible, d'éviter à l'Etat requérant de devoir former des requêtes d'entraide complémentaires. Ce souci est explicité au deuxième paragraphe de l'article IX de l'Accord.

Le paragraphe 3, interdit néanmoins l'autorité requérante ainsi que les personnes qui assistent à l'exécution d'une requête d'entraide en Suisse d'utiliser les informations touchant au domaine secret aux fins d'investigations ou comme moyen de preuve avant toute décision définitive sur l'octroi de l'entraide. L'autorité suisse d'exécution devra par conséquent prendre les dispositions nécessaires afin d'empêcher que des informations concernant le domaine secret ne soient utilisées prématurément. A cet effet, elle pourra, avant l'exécution de la requête, s'assurer des garanties formelles nécessaires auprès de l'autorité requérante.

Article XII **Notification par la poste** *(Ad art. 7 de la convention)*

La notification officielle d'actes judiciaires est un acte de souveraineté qui, en droit suisse ⁶⁹, est réservé aux autorités compétentes selon le lieu. Une notification qui ne respecte pas cette condition peut donner lieu à une poursuite pénale ⁷⁰.

Il existe une pratique claire du Tribunal fédéral selon laquelle la notification constitue un acte formel de la juridiction, donnant la possibilité au destinataire de prendre connaissance d'une pièce. Que le destinataire en prenne effectivement connaissance ou pas, cela n'est pas relevant quant à l'accomplissement de l'acte de notification ⁷¹. La notification se différencie d'autres mesures d'entraide judiciaire par le fait qu'elle ne doit pas nécessairement contenir un exposé des faits (art. 14, al. 2 CEEJ, art. 28, al. 3, lettre a EIMP). La vérification effectuée par l'autorité notifiante est donc succincte et se limite à la question de savoir si la requête émane d'un service habilité en vertu des règles du droit international. Etant donné que la notification ne fait que donner la possibilité de prendre connaissance d'une pièce, elle ne constitue pas une réglementation obligatoire et contraignante d'une relation juridique concrète. Elle ne porte aucune atteinte aux droits du destinataire. Enfin, elle ne constitue pas une décision et, de ce fait, ne peut faire l'objet d'un recours ⁷².

Les droits de la personne concernée étant de toute manière assez limités, l'évolution du droit a, ces dernières années, mis tout particulièrement l'accent sur la rapidité de la notification, donc sur la voie la plus directe. Les facilités quant à la voie de transmission déjà prévues dans la version initiale de l'EIMP lors de la notification d'actes judiciaires ont été à nouveau étendues à l'occasion de la dernière révision de l'EIMP

⁶⁹ Le droit anglo-saxon adopte en partie un autre point de vue.

⁷⁰ Violation de l'art. 271 CP, "Actes exécutés sans droit pour un Etat étranger" (la faute intentionnelle manque néanmoins le plus souvent).

⁷¹ Si la réception est refusée, la notification est quand même réputée effectuée (art. 68, al. 3 EIMP)

⁷² ATF non publié du 1.3.96 en la cause Robert G.

en 1996 et de l'ordonnance y relative ⁷³. Ainsi, il est aujourd'hui admis de notifier un document par la poste à partir de tous les pays, directement du service étranger au destinataire en Suisse, avec seulement deux exceptions importantes : la voie officielle par une autorité suisse est réservée premièrement en cas de notification à la personne poursuivie, deuxièmement lorsqu'il s'agit d'une citation à comparaître ⁷⁴. Les deux exceptions tombent lorsqu'il s'agit d'une contravention aux prescriptions de la circulation routière. L'Accord conclu avec l'Italie simplifie d'avantage cette procédure. Les citations à comparaître destinées à des **personnes poursuivies** ⁷⁵ doivent uniquement leur parvenir au plus tard trente jours avant la date fixée pour la comparution ⁷⁶.

Le paragraphe 3 de cet article traite de la langue de la notification ⁷⁷. Cette réglementation ne vaut que dans les cas de notification directe par la poste ⁷⁸. En cas de notification par l'intermédiaire d'une autorité dans l'Etat requis, la règle selon laquelle les demandes de notification ne doivent pas être traduites demeure applicable. L'art. XXII AC-I établit désormais d'une manière générale qu'**une traduction n'est pas exigée** ⁷⁹ pour les requêtes déposées en vertu de l'Accord (dont font également partie les notifications). Selon l'art. XII par. 3 de l'Accord, une pièce notifiée directement par la poste - ou au moins les passages importants de celle-ci - doit être traduite dans l'une des langues de l'Etat sur le territoire duquel le destinataire se trouve, lorsqu'il y a des raisons de penser que le destinataire ne comprend pas la langue dans laquelle la pièce est rédigée. Si l'autorité qui envoie la pièce ⁸⁰ sait que le destinataire ne connaît qu'une autre langue, la pièce - ou au moins les passages importants de celle-ci - doit être traduite dans cette autre langue. Cette disposition fournit au destinataire et, indirectement aux autorités expéditrices, une règle pratique de notification. Il en résulte certes un surcroît de travail du fait de la traduction dans une langue étrangère; par contre, les autorités requérantes sont dispensées de traduire le document dans la langue officielle.

Dans la pratique, les autorités expéditrices auront tout avantage à utiliser des formulaires en plusieurs langues pour les notifications ⁸¹ et - au moins au début - à attirer expressément l'attention sur les nouveautés introduites par l'Accord dans ce domaine en rappelant également les bases légales sur lesquelles elles se fondent ⁸².

⁷³ OEIMP; RS 351.11.

⁷⁴ Art. 30 OEIMP.

⁷⁵ Pour les témoins, entre autres, il n'y a pas de date limite; néanmoins, aucune peine ou mesure coercitive n'est admise contre ces personnes même si la citation à comparaître contient des menaces de sanction; cf. art. 8 CEEJ.

L'art. 69, al. 2 EIMP, qui va plus loin, n'est pas applicable à l'égard de l'Italie en raison de la réserve de conventions contractuelles figurant à l'art. 1, al. 1 EIMP.

⁷⁶ Ce délai correspond par ailleurs à la réserve de la Suisse à l'art. 7 CEEJ; RS 0.351.1.

⁷⁷ Il s'agit d'une particularité par rapport aux réglementations en vigueur jusqu'ici; le texte a néanmoins son origine dans les nouvelles règles européennes.

⁷⁸ Cela découle tant du titre que de l'esprit de l'article XII de l'Accord.

⁷⁹ La pratique a néanmoins montré que lorsque les requêtes suisses étaient munies de traduction en italien, celles-ci étaient exécutées plus rapidement par les autorités italiennes.

⁸⁰ Il s'agit des autorités de l'Etat expéditeur qui contactent directement par la poste le destinataire dans l'autre pays.

⁸¹ Comme cela est notamment le cas pour les notifications en vertu de la Convention de notification de La Haye (CNLH65) ou comme il est prévu dans les annexes à l'Echange de notes des 4 décembre 1995/12 février 1996 entre la Suisse et les Pays-Bas concernant la notification de documents et de demandes de renseignements au sujet de détenteurs de véhicules qui ont violé les règles de la circulation routière (RS 0.741.531.963.62).

⁸² Ceci afin d'éviter les questions supplémentaires et les réclamations des destinataires auprès des autorités des deux Etats.

Les notifications émanant des autorités administratives⁸³ souffrent des deux restrictions suivantes: d'une part, il est impossible d'y donner suite lorsqu'elles sont formulées dans le cadre de simples procédures administratives qui ne concernent pas une affaire pénale⁸⁴ et ne sont pas dirigées contre l'auteur d'une infraction⁸⁵. D'autre part, elles sont également exclues pour les délits de nature fiscale (excepté l'escroquerie fiscale) et pour les délits de nature militaire. Du fait de l'absence de la possibilité de recours, déjà mentionnée plus haut, il n'est possible de faire valoir les défauts à ce propos que dans l'Etat expéditeur.

Article XVII **Voies de transmission** (*Ad art. 15 de la Convention*)

L'art. 15, al. 1 CEEJ prévoit que les demandes d'entraide judiciaire sont adressées en général par le Ministère de la Justice de l'Etat requérant au Ministère de la Justice de l'Etat requis. Cet article permet néanmoins également des contacts directs entre les autorités requérantes et requises, en particulier dans des cas urgents⁸⁶, mais aussi lorsqu'il s'agit de recueillir des renseignements figurant dans le casier judiciaire⁸⁷. Par ailleurs, il existait avec l'Italie, depuis 1869 déjà⁸⁸, une convention relative aux contacts directs entre les cours d'appel, les cours suprêmes et le Tribunal fédéral. Cette convention est devenue sans objet dans le domaine pénal depuis l'entrée en vigueur du nouvel Accord. La voie diplomatique par l'ambassade de l'Etat requérant, voie qui n'a pas été exclue par l'art. 15 CEEJ, n'est, quant à elle, plus usuelle.

A l'instar de l'article 15 de la CEEJ, la nouvelle disposition de l'Accord prévoit la possibilité, pour les autorités compétentes de l'Etat requérant, d'acheminer directement leurs requêtes d'entraide à l'autorité d'exécution de l'Etat requis. Cette même voie peut être empruntée pour la transmission des actes d'exécution (art. XVII par. 1 in fine).

Le paragraphe 3 de l'article XVII de l'Accord prévoit que le Département fédéral de la justice et police et le "Ministero di Grazia e Giustizia" s'échangeront une liste des autorités auxquelles les demandes d'entraide judiciaire peuvent être adressées dans les cas de transmission par la voie directe prévue au premier paragraphe.⁸⁹

L'article XVII de l'Accord prévoit également que les autorités administratives visées à l'article II peuvent acheminer des requêtes directement à l'autorité compétente pour

⁸³ Ces autorités sont autorisées, en partie expressément, à agir comme autorités requérantes; cf. remarques ad Article II et ad Article XVII.

⁸⁴ Cf. remarques ad Article II et ad Article IV.

⁸⁵ Cf. art. 63, al. 3, lettre b EIMP.

⁸⁶ Art. 15, al. 2, 5 et 6 CEEJ; cf. également la déclaration y relative de la Suisse.

⁸⁷ Art. 15, al. 3 CEEJ; cf. également la déclaration y relative de la Suisse.

⁸⁸ Protocole relatif à l'exécution des traités et conventions conclues et signées le 22.7.1868 à Berne et à Florence entre la Suisse et l'Italie; RS 0.142.114.541.1; ce protocole concerne l'entraide judiciaire dans les affaires pénales et civiles; les contacts directs sont réglés à l'art. III.

⁸⁹ La liste des autorités suisses peut être consultée en ligne à l'adresse suivante:

<http://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/strafrecht/behoerden/direktverkehr-f.pdf>. Les requêtes d'entraide suisses peuvent être adressées directement à la Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Appello territorialemente competente. L'adresse peut être consultée en ligne à l'adresse suivante:
https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_4.page;jsessionid=Dib5XaXHo-ZmLr6KPVHrNA

l'exécution. Les autorités administratives habilitées à présenter des requêtes seront expressément citées dans une liste ad hoc, celle-ci facilitera les contacts directs.⁹⁰

Contrairement à l'article 15 de la CEEJ, la transmission directe n'est plus uniquement dictée par les besoins de l'urgence. Par cette nouvelle disposition, les Etats contractants ont voulu simplifier les voies de transmission entre autorités homologues qui, très souvent, se connaissent de longue date.

L'article XVII par. 2, exclut toutefois la transmission directe dans les cas prévus par les articles XVIII et XIX de l'Accord. Cela s'explique par le fait que lorsque des requêtes d'entraide judiciaire relatives à des cas de crime organisé, de corruption, d'autres crimes graves ou dans les cas où une requête exige que des actes d'enquête soient exécutés par plusieurs autorités, les autorités judiciaires de l'Etat requérant auront tout intérêt à soumettre de telles requêtes à l'autorité centrale de l'Etat requis. De par sa position et ses connaissances du droit et des autorités nationales, seule l'autorité centrale aura les compétences et les connaissances nécessaires lui permettant de déléguer l'exécution des requêtes aux autorités nationales qui pourront le mieux garantir une exécution rapide et efficace des demandes d'entraide.

C'est essentiellement pour cette raison que, dans les hypothèses prévues par l'article XVIII de l'Accord (Demandes d'entraide judiciaire relatives à des cas de crime organisé, de corruption et d'autres crimes graves), et par l'article XIX (Traitement de cas touchant plusieurs autorités), il est nécessaire que les demandes italiennes soient adressées à l'OCI (Office fédéral de la justice). Cela est d'ailleurs établi par l'article XVII par. 1 in fine.

Eu égard aux spécificités des qualifications juridiques nationales ainsi qu'aux différentes autorités cantonales ou fédérales qui pourraient éventuellement être déléguées à l'exécution, seule la transmission des requêtes à l'OCI en permettra l'exécution coordonnée et rapide.

Les récentes modifications du code pénal suisse et les nouvelles compétences du Ministère public de la Confédération dans le domaine du crime organisé et du blanchiment (art. 340 bis CP), auront comme conséquence que l'OCI pourra déléguer l'exécution des requêtes au MPC en vertu des articles 17 al. 4 et 79 al. 2 EIMP.

Article XVIII Demandes d'entraide judiciaire relatives à des cas de crime organisé, de corruption et d'autres crimes graves

Cette disposition constitue une nouveauté principale de l'Accord. Dans le but d'accélérer les procédures d'entraide, l'Office central Italie (OCI) qui sera créé au sein de l'Office fédéral de la justice devra prendre les décisions afférentes à l'exécution des requêtes d'entraide, originaires et complémentaires, formées par l'Italie dans des af-

⁹⁰ Pour la Suisse, les autorités administratives sont mentionnées dans la liste qui peut être consultée en ligne à l'adresse suivante :

<http://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/strafrecht/behoerden/direktverkehr-f.pdf>.

Pour l'Italie les requêtes administratives peuvent être adressées directement à la Procura della Repubblica presso il Tribunale territorialmente competente. L'adresse peut être consultée en ligne à l'adresse suivante: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_4.page.jsessionid=Dib5XaXHo-ZmLr6KPVHrNA.

fares pénales complexes ou d'une importance particulière relatives au crime organisé, aux cas de corruption ou à d'autres infractions graves.

Cette disposition est calquée sur le modèle des articles 18 al. 2 de l'Arrêté fédéral relatif à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire (Arrêté fédéral de 1995) et 79a lit. c EIMP. Il convient toutefois de relever que, contrairement à ces deux dispositions, l'article XVIII délimite plus étroitement les cas dans lesquels l'OCI statuera sur l'entraide. Selon cette disposition, il ne suffira pas qu'une affaire pénale soit complexe ou d'une importance particulière⁹¹ pour que l'OCI décide de l'exécution de la requête d'entraide il faudra encore que les faits à la base de la requête relèvent de l'organisation criminelle (260 ter CP), de la corruption (288 CPS, 315 CP) ou d'autres infractions graves (notamment les infractions pénales qualifiées de crimes selon le droit pénal suisse).

Il convient cependant de préciser que, lors de l'appréciation des notions de complexité, d'importance particulière des affaires pénales ou encore de crimes graves, l'OCI disposera d'une grande liberté d'appréciation⁹².

Lorsque les critères fondant la compétence de l'autorité centrale seront réalisés, l'OCI devra décider sur la demande d'entraide et entreprendre toutes les démarches prévues par le droit national pour assurer une exécution rapide de la requête.

Il incombera tout particulièrement à l'OCI de rendre une décision d'entrée en matière selon l'article 80a EIMP et/ou, au besoin, d'ordonner des mesures provisoires selon l'article 18 EIMP. Dans la décision d'entrée en matière, l'OCI désignera l'autorité cantonale ou fédérale qui sera déléguée à l'exécution de la requête (art. 34a OEIMP). Il est par ailleurs concevable que, dans certains cas, l'OCI se charge également de l'exécution de la requête. Dans cette hypothèse l'OCI pourrait ordonner à un établissement bancaire de lui remettre directement la documentation bancaire visée par la requête ou procéder à l'audition de témoins⁹³.

Dans la mesure où la décision d'entrée en matière de l'OCI ne comportera pas de décisions incidentes pouvant causer un préjudice immédiat et irréparable (art. 80 e lit. b, art. 80k EIMP a contrario, art. 80f al. 2), elle n'ouvrira aucune voie de recours. Dans l'affirmative, un recours de droit administratif au Tribunal fédéral pourra être déposé dans les dix jours qui suivent la notification (80g EIMP et art. 80k). Lorsque l'autorité cantonale ou fédérale aura terminé l'exécution de la requête, l'OCI rendra une décision de clôture (art. 80d EIMP). La décision de l'OCI peut être atta-

⁹¹ Pour une meilleure appréciation des critères d'affaire complexe ou d'importance particulière il est renvoyé au Message relatif à l'Arrêté fédéral du 18.10.1995, FF 1995 IV p. 1065. Ces notions ont, par ailleurs, également fait l'objet de discussions lors des débats parlementaires relatifs à l'article 79a lit. c EIMP. Il a été précisé que ces critères devaient permettre à l'OFJ de statuer sur l'admissibilité d'une requête lorsque, par exemple, les actes d'exécution de requêtes complexes devaient se dérouler dans un petit canton ou dans des cantons sans expérience de l'entraide. De même, il a été précisé que lorsqu'une affaire était complexe et que les actes d'entraide touchaient plusieurs cantons, l'OFJ pouvait statuer lui-même, dans un souci d'efficacité, sur l'entraide. BO 1996, p. 234.

⁹² A ce sujet on rappellera, par analogie, la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'article 4 al. 3 du TEJUS. Le TF a admis que lorsque l'Office central USA décide d'ordonner des mesures de contrainte si la gravité de l'infraction le justifie, il dispose d'une grande liberté d'appréciation (ATF 113 Ib 183 consid. 7 c, ATF 112 Ib 214 consid. b, ATF 110 Ib 88 consid. 5, 118 Ib 547 consid. 3 b).

⁹³ ATF non publié du 29 septembre 1999 dans la cause H. contre Ministère public de la Confédération, consid. 4.

quée au Tribunal fédéral par recours de droit administratif dans les trente jours qui suivent la notification.

Si l'OCI est de l'avis que la requête d'entraide ne remplit pas les critères qui fondent sa compétence, l'Office fédéral de la justice pourrait néanmoins statuer sur l'admissibilité de l'entraide et/ou son exécution dans les cas prévus par l'article 79a EIMP dont l'application demeure possible (art. 1 par. 2 de l'Accord). Si tel n'est pas le cas, l'OCI transmettra la requête, après un examen sommaire, à l'autorité cantonale ou fédérale d'exécution (art. 78 EIMP).

En vertu de l'article XVIII par. 2 de l'Accord, l'OCI entreprendra toutes les démarches prévues par le droit national afin d'assurer une exécution rapide des demandes. En vertu de l'EIMP, l'OCI sera tenu à l'obligation de célérité dont il est question à l'article 17a de la même loi. Cela implique qu'il devra statuer sans délai dans les affaires dont la compétence lui revient selon le par. 1 de l'article XVIII. L'OCI, en outre, veillera sur l'exécution rapide de ses décisions de la part des autorités suisses chargés de l'exécution des requêtes.

L'article XVIII par. 3 de l'Accord, permet aux Offices centraux des deux pays de prendre directement contact entre eux. Cette possibilité leur permettra notamment de s'expliquer mutuellement sur le caractère complexe ou sur l'importance particulière des affaires qu'ils entendent se soumettre. Ce contact direct devra permettre de résoudre d'éventuelles divergences dues aux différences propres aux droits nationaux ainsi que de trouver des accords permettant d'accélérer l'exécution des requêtes.

Article XXI Enquêtes communes

Cette disposition se propose d'accroître l'efficacité de la lutte contre le crime organisé et le crime transfrontalier par la mise sur pied de groupes communs d'enquête. La création de ces groupes répond aux exigences nouvelles de la coopération judiciaire. Les plus récents traités internationaux en matière d'entraide ont également codifié cette forme de coopération. Cela est notamment le cas de l'article 13 de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, ainsi qu'à l'article 20 du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale.

L'article XXI de l'Accord, chronologiquement antérieur aux textes internationaux cités ci-dessus, ne fixe pas de façon exhaustive les critères de cette forme moderne de coopération. L'approche pratique à la nouvelle disposition aura, par conséquent, tout intérêt à s'inspirer des textes internationaux régissant la matière ⁹⁴.

Selon l'article XXI de l'Accord, après information préalable des autorités centrales (pour l'Italie le Ministère de la justice, pour la Suisse l'Office fédéral de la justice), les autorités judiciaires, cas échéant accompagnées des autorités policières, peuvent travailler conjointement au sein de groupes communs d'enquête. Une telle coopération présuppose l'ouverture préalable d'une procédure pénale dans les deux pays.

Préalablement à tout acte d'enquête, les autorités judiciaires des deux pays désireuses de participer à une enquête commune devront procéder à la création des

⁹⁴ A ce sujet l'article 20 du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide en matière pénale consacré aux enquêtes communes peut utilement être consulté. Il est rappelé que le Protocole a été signé mais pas encore ratifié par la Suisse.

équipes communes d'enquête. A ce stade, les autorités judiciaires des deux Etats fixent les objectifs des enquêtes, déterminent la personne appartenant à l'Etat où les enquêtes se déroulent qui sera responsable de leur conduite, délimitent la durée approximative des enquêtes, déterminent les membres qui composent les équipes communes d'enquête et, cas échéant, fixent les limites quant à l'utilisation des informations découvertes lors des enquêtes communes. L'équipe d'enquête sera généralement créée dans l'Etat où la majeure partie de l'enquête devra être menée. Les enquêtes se dérouleront sous la direction de l'autorité compétente de l'Etat sur le territoire duquel l'enquête aura lieu. L'équipe d'enquête est tenue de respecter le droit de l'Etat dans lequel elle intervient.

Pour la Suisse, une requête italienne visant la mise sur pied d'enquêtes communes ne saura être autorisée que dans la mesure où les faits qui font l'objet de la procédure pénale italienne sont des faits pour lesquels l'entraide n'est pas exclue.

Dans certains cas de crimes transfrontaliers, la divulgation précoce de l'enquête pénale peut être susceptible de la mettre en danger. Cela peut notamment se produire dans les enquêtes en matière de crime organisé, ou lorsque le dévoilement précoce de l'enquête peut comporter le risque de dissimulation du produit de l'infraction (blanchiment d'argent), de collusion, de destruction de preuves, d'intimidation ou menace de témoins.

En pareilles situations, il est donc nécessaire de préserver la confidentialité de la demande d'entraide judiciaire ainsi que de limiter la consultation des pièces et la participation à la procédure. Ceci est par ailleurs admis par l'art. 80b al. 2 EIMP ainsi que par l'art. V par. 6 de l'Accord.

Dans l'hypothèse où l'enquête commune a comme conséquence de donner accès aux autorités italiennes à des moyens de preuve ou des informations acquises au dossier suisse dans le cadre d'enquêtes nationales antérieures, la procédure sera analogue à celle prévue dans le cadre de la transmission spontanée de moyens de preuve et d'informations dont il est question à l'article 67a EIMP et à l'article XXVIII de l'Accord.

Article XXVIII Communication spontanée d'informations

Cet article prévoit la communication spontanée d'informations qui ont été rassemblées dans le cadre d'une procédure pénale nationale sans que l'Etat destinataire ait présenté de requête d'entraide. Cette possibilité est déjà prévue à l'art. 67a EIMP et à l'art. 10 CBI⁹⁵. Les restrictions relatives à la transmission d'informations relatives au domaine secret énoncées aux alinéas 4 et 5 de l'art. 67a EIMP sont également applicables à l'article XXVIII de l'Accord.

Contrairement à la dénonciation à des fins de poursuite pénale⁹⁶, la communication spontanée n'entraîne pas la clôture de la procédure pénale.

La communication pourra intervenir lorsque l'autorité judiciaire estimera que les informations dont elle dispose pourraient aider l'autorité judiciaire italienne à engager ou mener à bien des investigations ou pourraient lui permettre de présenter une re-

⁹⁵ Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment d'argent, RS 0.311.53.

⁹⁶ En vertu de l'art. 21 CEEJ; cf. également les art. XXIV et ss de l'Accord.

quête d'entraide pénale. Ce procédé peut également être utilisé pour permettre aux autorités de l'Etat destinataire de la communication spontanée d'informations de présenter une commission rogatoire complémentaire dans la mesure où les informations transmises spontanément n'étaient pas déjà requises dans la demande d'entraide présentée préalablement. Ainsi que précisé par la jurisprudence du Tribunal fédéral, la transmission d'information n'ouvre pas de voie de recours (ATF 1A.94/2001 du 25 juin 2001, consid 2 b), cela implique également que les personnes concernées par la transmission n'ont pas non plus accès au contenu de la transmission ⁹⁷. Ainsi que l'a relevé le Tribunal fédéral, lors de transmission d'informations touchant le domaine secret, les ayants droit auront la possibilité de faire valoir leurs droits ou des prétendues violations des principes régissant la transmission spontanée d'informations à l'occasion de la décision de clôture qui sera rendue dans le cadre de l'exécution de la requête d'entraide présentée par l'Etat requérant sur la base des informations spontanées qu'il a reçu (Arrêt 1A.94/2001 du 25 juin 2001, consid. 2b).

Pour le surplus, les conditions et les effets d'une communication spontanée ont été précisés en détail dans la jurisprudence du Tribunal fédéral ⁹⁸. Parmi celles-ci figure l'exigence pour les autorités judiciaires suisses de communiquer immédiatement et directement copie de leurs informations spontanées à l'OFJ (ATF 125 II 248, consid 6 c) en tant qu'autorité de surveillance (ATF 1A94/2001 consid 2b).

⁹⁷ ATF 125 II 238.

⁹⁸ ATF 125 II 238, cons. 4: la transmission spontanée d'informations et de moyens de preuve est envisageable comme forme soit complémentaire, soit anticipée, de la coopération internationale en matière pénale. Elle est complémentaire lorsque l'Etat requis, parallèlement à l'exécution de la demande, livre spontanément à l'Etat requérant, en vue de favoriser sa procédure, des renseignements dont la remise n'avait pas spécifiquement été demandée. Elle est anticipée lorsqu'elle appelle la présentation, par l'Etat destinataire, d'une demande d'entraide. Dans les deux cas de figure, le but recherché est d'éviter que des renseignements utiles à une procédure pénale étrangère demeurent inexploités, faute d'avoir été portés à la connaissance des autorités de l'Etat compétent pour réprimer l'infraction découverte à l'étranger.

C. Annexes

Modèle d'une commission rogatoire

....., le

A l'autorité compétente
de

Demande d'entraide judiciaire en matière pénale présentée par (indication du fonctionnaire requérant, nom et fonction de l'autorité requérante)

.....
.....

numéro de téléphone:
numéro de fax:
adresse e-Mail:

sur la base de/des Convention/s / Traités/s (si en vigueur)

Procédure no.. **à l'encontre de:**
..... **pour**

Exposé des faits (succinct et exhaustif)
.....
.....
.....

Qualification juridique des faits : (éventuellement avec copie des textes légaux) ...
.....

Motivation de la complexité et de l'importance particulière de la procédure:
.....
.....
.....

Motif de la demande (relation entre l'enquête en cours et les actes d'entraide requis):

Mesures d'entraide requises (indication des mesures requises; identité complète et adresse des personnes touchées par les mesures; en cas d'audition, liste des demandes ou mention des thèmes sur lesquels doit porter l'audition; éventuellement mention des raisons pour lesquelles l'audition est demandée par vidéoconférence)

.....
.....
.....
.....

Modalité particulières d'exécution :

Raisons de l'urgence: (seulement si nécessaire. Mention des échéances, délais légaux, prescription, mention des articles de loi)

Raisons de la confidentialité: (seulement si nécessaire)

Requête de participation à l'exécution des actes d'entraide:

.....
.....
.....

AUTORITE REQUERANTE

[Accord entre la Suisse et l'Italie](#)

[Liste des autorités suisses](#)