



19.063

Message concernant la révision de l'art. 1 de la loi sur l'entraide pénale internationale

du 6 novembre 2019

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

Par le présent message, nous vous soumettons le projet d'une modification de l'art. 1 de la loi sur l'entraide pénale internationale en vous proposant de l'adopter.

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

6 novembre 2019

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Ueli Maurer
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

Condensé

Un examen du droit national en vigueur a révélé une lacune dans la mesure où il n'existe pas de base légale pérenne réglementant la coopération pénale internationale entre les autorités suisses et les institutions pénales internationales. La modification proposée de l'art. 1 de la loi sur l'entraide pénale internationale permet de corriger cette lacune. Cette modification permet également d'anticiper l'abrogation de la loi relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire qui a effet jusqu'en 2023.

Contexte

La loi du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1983. Elle règle toutes les procédures relatives à l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, à moins que d'autres lois ou des accords internationaux n'en disposent autrement. Elle a été créée pour la coopération entre États.

A partir des années 90, plusieurs tribunaux pénaux internationaux ont vu le jour. Les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda ont mené à l'adoption d'un arrêté fédéral urgent qui a depuis lors été transformé en loi fédérale d'une durée limitée à fin 2023 (loi fédérale du 21 décembre 1995 relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire). Cette loi règle la coopération entre la Suisse et ces institutions. La coopération avec la Cour pénale internationale a été réglée dans la loi fédérale du 22 juin 2001 sur la coopération avec la Cour pénale internationale. Depuis, d'autres institutions pénales internationales ont été établies. Le projet comprend une réglementation pérenne qui permettra à la Suisse de coopérer avec ces nouvelles institutions.

Contenu du projet

Le Conseil fédéral propose de réviser l'art. 1 de la loi sur l'entraide pénale internationale de sorte à ouvrir la coopération aux institutions pénales internationales. Cette révision permet une coopération avec les tribunaux internationaux ou autres institutions internationales, interétatiques ou supranationales exerçant des fonctions d'autorités pénales (ci-dessous institutions pénales internationales) si les procédures concernent des infractions relevant des titres 12^{bis}, 12^{ter} ou 12^{quater} du code pénal, soit les violations graves du droit international. Si les procédures concernent d'autres infractions du droit pénal, la coopération peut être envisagée à condition que le tribunal ou l'institution se fonde sur une résolution des Nations Unies contraignante pour la Suisse ou soutenue par la Suisse. La révision prévoit également que le Conseil fédéral peut étendre la coopération à d'autres institutions pénales internationales par voie d'ordonnance pour autant que certaines conditions soient remplies. La constitution de l'institution doit se fonder sur une base juridique réglant expressément ses compétences en matière de droit pénal et procédure pénale, la procédure devant ce tribunal ou cette institution doit garantir le respect des principes de l'État de droit et la coopération doit contribuer à la sauvegarde des

intérêts de la Suisse. Il convient d'ajouter que la législation proposée prévoit également une possible coopération avec des institutions mixtes nationales/internationales. La coopération s'effectue seulement sur une base volontaire. Le Conseil fédéral propose également d'abroger, de manière anticipée, la loi fédérale du 21 décembre 1995 relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire qui est de durée limitée dans la mesure où son champ d'application serait couvert par la modification proposée. La loi fédérale du 22 juin 2001 sur la coopération avec la Cour pénale internationale reste en vigueur dans la mesure où cette dernière prévoit une obligation de coopérer.

Message

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

La loi du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale (EIMP)¹ est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1983. Elle règle toutes les procédures relatives à l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, à moins que d'autres lois ou des accords internationaux n'en disposent autrement. Elle a été créée pour la coopération entre États.

A partir des années 90, la Suisse a soutenu la création de plusieurs tribunaux pénaux internationaux. La création des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et pour le Rwanda (TPIR) ont mené à l'adoption d'un arrêté fédéral urgent qui a depuis lors été transformé en loi fédérale d'une durée limitée à fin 2023 (loi fédérale du 21 décembre 1995 relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire² [ci-après «loi relative à la coopération avec les tribunaux internationaux»]) qui réglait la coopération avec ces institutions. En 2002, lorsque la Cour pénale internationale (CPI) a commencé ses travaux, les États avaient l'espoir que cette Cour rende superflue l'existence d'autres institutions pénales internationales. La coopération avec la CPI fait l'objet de la loi fédérale du 22 juin 2001 sur la coopération avec la Cour pénale internationale (LCPI)³.

Cependant, les espoirs d'une Cour pénale internationale unique ont été mis à mal. D'autres institutions pénales internationales ont continué à voir le jour. La Suisse a été confrontée à un nombre croissant de demandes d'entraide judiciaire émanant d'autres institutions pénales internationales. Elle s'est vue par exemple contrainte de refuser une demande d'entraide judiciaire du Tribunal spécial pour le Liban (TSL) à défaut d'une base légale, bien que l'entraide judiciaire aurait servi ses intérêts. La raison en était que le meurtre est une infraction de droit commun. La loi relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire ne pouvait donc pas s'appliquer. L'EIMP n'était pas non plus applicable dans la mesure où le TSL n'est pas un tribunal libanais, soit un tribunal étatique, mais bien un tribunal international établi par une résolution des Nations Unies. D'autres institutions pénales internationales, telles que le «Mécanisme international, impartial et indépendant» (Mécanisme pour la Syrie; qui a d'ailleurs son siège à Genève; l'équipe d'enquêteurs chargée de concourir à amener Daech/État islamique à répondre de ses crimes ou encore le Mécanisme indépendant d'enquête pour le Myanmar avec siège à Genève), ont été créées. Au vu de l'engagement de la Suisse sur le plan international en faveur de la lutte contre l'impunité des violations graves du droit international, la coopération avec les insti-

1 RS 351.1

2 RS 351.20

3 RS 351.6

tutions pénales internationales relève d'une importance particulière et est cohérente avec ses principes d'État de droit et ses objectifs de politique extérieure.

La modification proposée vise à combler les lacunes existantes s'agissant de la coopération avec les institutions pénales internationales dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale.

1.2 Solutions étudiées et solution retenue

Plusieurs solutions ont été examinées telles que la modification de l'EIMP, l'extension du champ d'application de la LCPI ou encore la révision de la loi relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire.

L'extension du champ d'application de la LCPI a été écartée étant donné que la LCPI a été conçue spécifiquement pour permettre la coopération avec la CPI, dont le statut exige de ses États membres qu'ils coopèrent «pleinement» avec la Cour conformément à la délégation de souveraineté⁴. Les règles de la LCPI ne sont pas adaptées aux demandes d'entraide judiciaire provenant d'autres institutions pénales. Elles imposeraient à la Suisse des obligations trop strictes, dans la mesure où la coopération avec la CPI est obligatoire.

Une deuxième option aurait consisté à réviser la loi relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire. Cette loi a été adoptée comme solution transitoire pour régler la coopération avec les TPIY et TPIR. Elle est limitée dans le temps. Son champ d'application est relativement restreint puisqu'elle vise uniquement le TPIY et le TPIR. Son champ d'application peut être étendu par voie d'ordonnance mais uniquement pour les «[...] tribunaux internationaux institués par le Conseil de sécurité des Nations Unies en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire, si ces tribunaux ont un statut et des compétences analogues à celles dont bénéficient [le TPIY et le TPIR]»⁵. Elle ne s'adapterait ainsi pas à toutes les situations actuelles, notamment à la coopération avec des institutions pénales telles que les commissions d'enquête ou les institutions telles que le Mécanisme pour la Syrie. De plus, son application démontre que certaines dispositions ne sont plus adaptées pour une coopération moderne. Une révision complète de la loi serait nécessaire afin de l'adapter aux défis actuels.

La meilleure solution est donc une révision de l'EIMP. Cette révision offre la souplesse nécessaire pour combler la lacune identifiée puisque la modification proposée a pour objectif de permettre la coopération avec toutes les institutions pénales internationales. De plus, la jurisprudence relative à l'EIMP sera applicable également à la coopération avec ces institutions pénales internationales. Ceci amène une plus grande sécurité du droit puisque la jurisprudence développée répond déjà à un grand

⁴ Art. 86 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, RS **0.312.1**.

⁵ Art. 1 de la loi relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire.

nombre de questions d'application. Il s'agit également de la solution la plus adéquate dans la mesure où elle implique le moins de coûts pour la Confédération.

1.3 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies du Conseil fédéral

Le projet n'a été annoncé ni dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019⁶, ni dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019⁷.

La modification de l'EIMP répond cependant aux buts de politique extérieure de la Suisse selon lesquels la Suisse s'engage pour le respect du droit international et la résolution des conflits⁸. Elle adapte le dispositif existant aux besoins actuels et comble ainsi une lacune de la loi qui a déjà conduit, par le passé, au rejet d'une demande d'entraide judiciaire provenant d'une institution pénale internationale.

2 Procédure de consultation

La procédure de consultation relative à l'avant-projet s'est tenue du 28 septembre 2018 au 15 janvier 2019. Les cantons, les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale, les associations faitières des communes, des villes, des régions de montagne et de l'économie, le Tribunal fédéral, le Tribunal pénal fédéral et d'autres organisations intéressées ont été invités à y participer⁹.

28 participants ont exprimé leur avis, dont 22 cantons, 4 partis politiques et 2 organisations intéressées.

La grande majorité des participants à la consultation a approuvé l'avant-projet. Ils sont nombreux à reconnaître son importance et sa nécessité dans la lutte contre l'impunité sur le plan transnational. De nombreux participants se félicitent du fait que la réglementation proposée est potestative et n'oblige aucunement la Suisse à coopérer mais le lui permet. Seuls quelques points ont donné lieu à des critiques ou des remarques lors de la consultation. Ces éléments ont été examinés et si possible pris en compte lors de l'élaboration du message. Il est renvoyé au commentaire des dispositions pour plus de détails.

⁶ FF **2016** 981

⁷ FF **2016** 4999

⁸ Stratégie de politique étrangère 2016–2019, Rapport du Conseil fédéral sur les axes stratégiques de la politique étrangère pour la législature, p. 22; www.eda.admin.ch > le DFAE > Stratégie et mise en œuvre de la politique étrangère.

⁹ Les documents relatifs à la procédure de consultation et le rapport de résultats sont disponibles sur www.bundesrecht.admin.ch > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2018 > DFJP.

3 Comparaison avec le droit étranger

Le droit comparé a permis d'évaluer les approches qui ont fait leurs preuves dans le domaine de la coopération avec les mécanismes pénaux internationaux dans d'autres États.

En *Allemagne*, la coopération avec les institutions pénales internationales a été réglée dans la loi relative à l'entraide judiciaire internationale¹⁰ (*«Rechtshilfegesetz, IRG»*) au moyen d'une disposition au § 67a qui prévoit que, pour les autres types de demandes d'entraide judiciaire en matière pénale (*«sonstige Rechtshilfe»*) adressées par un tribunal pénal international ou d'autres institutions interétatiques et supranationales, ce sont les dispositions de la cinquième partie¹¹ qui s'appliquent par analogie, dans la mesure où aucune disposition spéciale ne règle la question de manière exhaustive¹². L'Allemagne a donc prévu, dans sa loi sur l'entraide judiciaire internationale, une coopération avec les institutions pénales internationales mais uniquement pour les «autres actes d'entraide» au sens de la troisième partie de l'EIMP.

La *Belgique* a fait un choix différent de celui de l'Allemagne. Elle a adopté une loi spéciale sur le sujet. Cette loi concerne la coopération avec la CPI et d'autres institutions pénales internationales¹³. À la création d'un nouveau tribunal international, elle est modifiée pour étendre la coopération à ce tribunal. Les différents tribunaux sont tous désignés individuellement.

L'*Autriche* a adopté une loi sur la coopération avec les tribunaux internationaux¹⁴, qui règle la coopération avec le TPIR et le TPIY et une loi sur la coopération avec la CPI¹⁵.

¹⁰ «Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen» dans sa version du 27 juin 1994 (BGBl. I p. 1537), récemment modifiée par l'art. 1 de la loi du 5 janvier 2017 (BGBl. I p. 31).

¹¹ La cinquième partie de l'IRG régleme les autres types de demandes d'entraide judiciaire («sonstige Rechtshilfe») et correspond ainsi dans sa fonction à la troisième partie de l'EIMP «Autres actes d'entraide».

¹² Le § 74a, IRG définit en outre que, en matière d'octroi de l'entraide judiciaire à des tribunaux pénaux internationaux et à d'autres institutions interétatiques et supranationales, les mêmes règles s'appliquent que pour les autres affaires pénales.

¹³ Loi du 29 mars 2004 concernant la coopération avec la Cour pénale internationale et les tribunaux pénaux internationaux, Moniteur belge Édit. 2 du 1^{er} avril 2004, p. 18510 ss.

¹⁴ «Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit den internationalen Gerichten», BGBl. I Nr. 263/1996.

¹⁵ «Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof», BGBl. I Nr. 135/2002.

La France a réglé la coopération avec la CPI dans son Code de procédure pénale à l'art. 627. La coopération avec le TPIY et le TPIR est réglée dans des lois séparées¹⁶.

Il ressort de ce qui précède qu'il existe différentes approches en ce qui concerne la coopération avec les institutions pénales internationales.

4 Présentation du projet

4.1 Réglementation proposée

4.1.1 Modification de l'art. 1 EIMP

La solution qui paraît le plus adéquate en Suisse est une ouverture de l'EIMP à la coopération avec les institutions pénales internationales inspirée du modèle allemand¹⁷. Pour ce faire, il est nécessaire de réviser l'art. 1 EIMP étant donné que la loi en vigueur ne couvre, en vertu de cet article, que la coopération interétatique («*zwischenstaatliche Zusammenarbeit*»). La modification rend possible la coopération avec les tribunaux pénaux internationaux ainsi que les autres institutions internationales, interétatiques ou supranationales exerçant des fonctions pénales (ci-après institutions pénales internationales).

L'extension du champ d'application de l'art. 1 EIMP a, contrairement aux dispositions de la loi allemande, pour conséquence d'assouplir la coopération non seulement pour les autres actes d'entraide judiciaire mais aussi pour l'extradition et pour la délégation de la poursuite pénale ainsi que pour la délégation de l'exécution d'une décision pénale. La réglementation proposée est cependant potestative, elle n'oblige aucunement la Suisse à coopérer mais le lui permet. En outre, il convient également de préciser que la réglementation proposée étend aussi le champ d'application de l'EIMP aux institutions mixtes. Dans la mesure où l'EIMP autorise déjà la coopération avec les institutions nationales (étatiques) et que le but de sa modification est une ouverture aux institutions pénales internationales, la coopération avec des institutions mixtes nationales/internationales serait également possible à l'avenir. Une restriction du champ d'application aux institutions purement internationales ne serait pas souhaitable en raison du caractère mixte national/international et supranational de nombreuses institutions (tribunaux mixtes, tels que les tribunaux *ad hoc* pour la Sierra Leone, le Cambodge ou plus récemment le Kosovo). La réglementation proposée rend également possible la coopération avec les institutions pénales qui ont

¹⁶ Respectivement la loi n° 95–1 du 2 janvier 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 et la loi n° 96–432 du 22 mai 1996 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis en 1994 sur le territoire du Rwanda et, s'agissant des citoyens rwandais, sur le territoire d'États voisins.

¹⁷ Cf. ch. 1.2.

été créées par des organisations internationales ou supranationales dont la Suisse n'est pas membre, pour autant toutefois que certaines conditions soient remplies.

4.1.2 Abrogation de la loi relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire

La loi relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire régit la coopération avec le TPIY et le TPIR et délègue au Conseil fédéral la possibilité d'étendre son champ d'application à d'autres tribunaux internationaux institués par le Conseil de sécurité des Nations Unies et poursuivant des violations graves du droit international humanitaire, si ces tribunaux ont un statut et des compétences analogues à celles dont bénéficient le TPIY et le TPIR. Cette loi est limitée dans le temps. Le projet quant à lui prévoit l'extension de l'entraide judiciaire à toutes les institutions pénales internationales qui poursuivent des violations graves du droit international. En ce sens, les situations visées par la loi relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire seront comprises dans le champ d'application du nouvel art. 1 EIMP. Le projet rend obsolète la loi relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire. Il se justifie donc d'abroger celle-ci à l'entrée en vigueur de la modification de l'art. 1 EIMP, ceci de manière anticipée afin d'éviter deux textes légaux applicables à une même problématique. La LCPI reste en vigueur dans la mesure où elle prévoit une obligation de coopérer avec la CPI alors que l'EIMP ne prévoit aucune obligation.

4.2 Adéquation des moyens requis

La modification proposée atteint l'effet escompté sans nécessiter un gros remaniement de la loi puisque seul un article est modifié. La Suisse sera à l'avenir en mesure d'accorder l'entraide judiciaire aux institutions pénales internationales. De la même façon, la nouvelle règle ne crée aucune nouvelle obligation. Les dispositions de l'EIMP s'appliqueront, par analogie, à la coopération avec ces institutions. C'est ce qui est déjà prévu dans la loi relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire. Ainsi, les principes existants dans la pratique, la jurisprudence et la doctrine, pourront être transposés à l'entraide judiciaire accordée aux institutions pénales internationales. Ceux-ci se sont avérés efficaces dans ce contexte; ils ont en effet été appliqués par le biais du renvoi de la loi relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire dans le cas des tribunaux pour l'ex-Yougoslavie, pour le Rwanda et pour la Sierra Leone. La présente proposition a, par conséquent, pour but de mieux faire concorder les besoins liés à la politique extérieure de la Suisse avec les possibi-

lités d'entraide judiciaire. Elle viendra combler les lacunes de la loi, telles que celles qui ont conduit au rejet de la demande d'entraide judiciaire du TSL. La proposition correspond aux besoins de la politique extérieure suisse et concourra à mettre fin à l'impunité relative aux violations du droit international.

4.3 Mise en œuvre

L'Office fédéral de la justice (OFJ) est l'autorité qui reçoit les demandes d'entraide et qui les transmet à l'étranger (art. 17, al. 2, EIMP). L'exécution des demandes d'entraide se fait avec l'aide des autorités cantonales ou fédérales (art. 17, al. 2, EIMP). L'OFJ exerce également la surveillance sur toutes les demandes de coopération internationale adressées à ou par la Suisse.

La poursuite des violations graves du droit international relève des autorités fédérales (art. 23, let. g, du code de procédure pénale [CPP]¹⁸). Les demandes d'entraide judiciaire provenant d'institutions internationales pour ce type d'infraction seront donc exécutées par le Ministère public de la Confédération (art. 17, al. 2, EIMP). C'est donc principalement aux autorités fédérales qu'il reviendra de mettre en œuvre la modification proposée. La vérification des demandes d'entraide judiciaire au titre de l'art. 1, al. 3^{bis}, let. b, et 3^{ter}, EIMP est, à titre exceptionnel, susceptible de relever de la compétence des autorités cantonales.

Le nombre de cas attendus est faible. Il s'ensuit que la charge de travail supplémentaire que les autorités fédérales et cantonales devront supporter devrait être plutôt modeste.

5 Commentaire des dispositions

Préambule

L'EIMP se fonde sur la compétence fédérale pour les affaires étrangères et sur la compétence législative subsidiaire de l'Assemblée fédérale (art. 54, al. 1, et 173, al. 2, de la Constitution [Cst]¹⁹). L'objet de la loi est l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Son objectif principal est la coopération avec les États étrangers, les tribunaux internationaux et les autres institutions exerçant des fonctions identiques ou similaires en matière de poursuite pénale et d'exécution des sanctions. D'un point de vue constitutionnel, il semble donc adéquat que l'EIMP se fonde également sur la compétence fédérale en matière de droit pénal et de procédure pénale. Il en résulte que l'art. 123, al. 1, Cst. doit être nouvellement mentionné dans le préambule de la loi.

¹⁸ RS 312.0

¹⁹ RS 101

Art. 1, al. 3^{bis}

La disposition de l'art. 1, al. 3^{bis}, P-EIMP constitue une norme subsidiaire. Elle ne s'applique que dans le cas où la coopération avec une institution pénale internationale n'est pas expressément régie par une loi ou par un traité. L'EIMP s'applique seulement par analogie. À chaque fois que l'EIMP renvoie à la notion d'«État» («interétatique», «État requérant», «État requis», «État où l'infraction a été commise» ...), les mêmes droits et obligations sont attribués *mutatis mutandis* aux institutions pénales internationales.

Outre la coopération avec les tribunaux internationaux, l'al. 3^{bis} se rapporte aussi à la coopération avec les autres institutions internationales, mixtes et supranationales. Parmi ces dernières figurent en particulier les commissions d'enquête des Nations Unies²⁰. La terminologie retenue doit également permettre la coopération avec des tribunaux mixtes à composantes nationale et internationale²¹. En outre, ces tribunaux ou institutions doivent exercer des fonctions d'autorités pénales. Par fonctions d'autorités pénales, il est fait ici référence à des fonctions qui seraient similaires à celles des autorités pénales énoncées au titre 2 CPP. Il peut, par conséquent, s'agir de fonctions pénales d'instruction, d'enquête ou de poursuite, ou d'une combinaison de ces éléments.

Conformément à la let. a, la coopération avec de telles institutions sera possible sur la base de l'EIMP si ces institutions poursuivent des violations classiques du droit international relevant des titres 12^{bis}, 12^{ter} ou 12^{quater} du code pénal (CP)²² (génocide, crime contre l'humanité et crime de guerre) ou enquêtent à ce sujet. Si le crime d'agression condamné par le Statut de Rome venait à être introduit dans le CP, alors l'entraide judiciaire pourrait également porter sur cette infraction²³.

La let. b a pour but de permettre à la Suisse d'accorder l'entraide judiciaire à une institution pénale internationale qui poursuit une infraction de droit commun et non une violation classique du droit international dans la mesure où l'institution en question se fonde sur une résolution des Nations Unies contraignante pour la Suisse ou soutenue par la Suisse. Par soutien, il est entendu une voix favorable de la Suisse dans les instances où elle peut se prononcer. Dans les instances où le Suisse ne peut pas se prononcer officiellement, ses avis officiels comptent et sont considérés comme les bases d'un soutien éventuel. Ce privilège des Nations Unies se justifie par le fait que cette organisation est la principale instigatrice de ce genre d'institutions, qu'elle détient une crédibilité et une légitimité particulières en tant

²⁰ Par exemple le Mécanisme international impartial et indépendant d'enquête pour les infractions commises en Syrie, qui a son siège à Genève.

²¹ Par exemple le tribunal sur les crimes de guerre commis au Kosovo, qui repose sur un accord conclu entre l'UE et le Kosovo, le Tribunal des Khmers rouges au Cambodge, qui est, quant à lui, fondé sur un accord conclu entre les Nations Unies et le Cambodge ou encore les Chambres africaines extraordinaires, qui ont été créées sur la base d'un accord conclu entre l'Union africaine et le Sénégal.

²² RS 311.0

²³ Le Conseil fédéral a renoncé à la transposition dans le CP du crime d'agression. Cela n'empêche nullement la Suisse de coopérer pleinement avec la Cour en matière de crime d'agression sur la base de sa législation actuelle, et donc de se conformer d'ores et déjà aux exigences du Statut de Rome modifié. Cf. FF 2014 1975.

qu'organisation internationale universelle et que la Suisse en est membre. La let. b permettrait par exemple à la Suisse de coopérer avec le TSL.

Art. 1, al. 3^{ter}

L'art. 1, al. 3^{ter}, P-EIMP s'inspire de la réglementation en vigueur prévue à l'art. 1, al. 2, de la loi relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire et confère au Conseil fédéral la compétence d'étendre, par voie d'ordonnance, le champ d'application de l'EIMP à d'autres institutions pénales internationales, mixtes ou supranationales. Comme mis en avant par plusieurs participants lors de la procédure de consultation, il s'agit d'une délégation de compétence non négligeable. Elle est cependant clairement limitée et circonscrite, d'une part par les conditions prévues aux let. a à c (à savoir le fait que le tribunal ou l'institution repose sur une base juridique claire, que la procédure devant elle ou lui garantit le respect des principes de l'État de droit et que la coopération contribue à la sauvegarde des intérêts de la Suisse) et d'autre part à l'al. 4 (la coopération ne peut être exigée). Il s'agit d'un point qui n'est d'ailleurs pas critiqué par les deux prises de position négatives reçues au cours de la procédure de consultation²⁴.

Comme le champ d'application de la loi relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire sera couvert par l'EIMP, il est logique de transférer la délégation de compétence prévue à l'art. 1, al. 2, de ladite loi dans l'EIMP. Si la modification de l'EIMP va plus loin que le champ d'application de ladite loi, elle se justifie cependant dans la mesure où ces institutions pénales internationales sont en plein développement. Une délégation telle que celle prévue dans la présente révision permettra une adaptation rapide et souple du droit suisse aux futurs développements internationaux en la matière.

Le critère concernant la base juridique claire doit se comprendre aussi bien du point de vue matériel que du point de vue formel. Celle-ci doit circonscrire de manière claire les compétences pénales, celles relatives au droit pénal de fond comme celles relatives au droit de la procédure pénale. De surcroît, elle doit avoir vu le jour par le biais d'une procédure transparente et fidèle aux critères de l'État de droit. Il y a lieu de tenir compte du fait qu'il ne s'agit pas d'un pouvoir législatif de type interétatique. Il ne faut donc pas appliquer les mêmes critères qu'en matière de droit interne. La procédure devant le tribunal ou l'institution doit, de plus, garantir le respect des principes de l'État de droit. Cela signifie que les garanties de procédure de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

²⁴ Les deux prises de position négatives reconnaissent la lacune du droit en vigueur mais ne considèrent pas la modification proposée comme la solution préférable. La première prise de position propose l'élargissement et la prolongation de la loi relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire. La seconde soutient que l'ajustement de l'EIMP se fait au détriment du principe de légalité.

fondamentales (CEDH)²⁵ qui sont contraignantes pour la Suisse dans le cadre de l'entraide judiciaire doivent être respectées²⁶.

La coopération doit contribuer à la sauvegarde des intérêts de la Suisse. Ce sont ici les objectifs de politique extérieure tels qu'énoncés à l'art. 54, al. 2, Cst. et dans la stratégie de politique extérieure qui sont prioritaires. La coopération avec les institutions pénales internationales peut par exemple également être nécessaire hors du cadre des Nations Unies et en dehors des poursuites de violations classiques du droit international. Référence est faite ici notamment à l'activité croissante d'acteurs régionaux avec qui la Suisse partage parfois des objectifs. A titre d'exemples, cet alinéa pourrait fonder une coopération avec le Tribunal des Khmers rouges au Cambodge, précédemment mentionné, qui poursuit également certains crimes condamnés par le droit cambodgien²⁷ ou la «Commission Marty»²⁸ qui, sur mandat du Conseil de l'Europe, a mené une investigation approfondie sur des allégations de traitement inhumain de personnes et de trafic d'organes humains ayant eu lieu au Kosovo, voire éventuellement le futur parquet européen.

Dans tous les cas se fondant sur l'al. 3^{ter}, la coopération n'est pas accordée automatiquement mais uniquement dans les cas dans lesquels le Conseil fédéral l'aura instituée par voie d'ordonnance. C'est lui qui, au titre de l'art. 184, al. 2, Cst. est en principe chargé des affaires étrangères et de la représentation de la Suisse à l'étranger; il pourra concilier les intérêts en matière de politique extérieure avec les possibilités de l'entraide judiciaire en matière pénale et, quand cela sera nécessaire, soutenir les institutions pénales non étatiques par le biais de l'entraide judiciaire.

En pratique, il y a lieu d'imaginer que, pour chaque institution dont il sera question, le Conseil fédéral édictera une ordonnance séparée ou alors qu'il établira, dans une même ordonnance, une liste de plusieurs institutions auxquelles la Suisse peut accorder l'entraide judiciaire.

Art. 1, al. 4

L'EIMP ne confère pas le droit d'exiger une coopération en matière pénale, même s'agissant de la coopération avec les institutions pénales internationales. L'EIMP est et demeure une «loi potestative», c'est-à-dire qu'elle permet à la Suisse d'accorder l'entraide judiciaire pour autant que les conditions de son droit interne soient remplies. Les conventions internationales prévoient en général que l'entraide doit être accordée pour autant que certaines conditions soient respectées. L'EIMP est plus restrictive. Elle n'oblige pas la Suisse à coopérer.

²⁵ RS 0.101

²⁶ Conformément à l'art. 2, let. a, EIMP, l'entraide judiciaire n'est accordée que si la procédure pénale à l'étranger satisfait les normes minimales consacrées par la CEDH. Il en va de même pour le champ d'application du nouvel art 1, al. 3^{ter}, P-EIMP, que l'institution pénale internationale bénéficiant du soutien ait son siège en Suisse ou à l'étranger, bien évidemment.

²⁷ Voir l'art. 3 de la loi relative à la création de Chambres extraordinaires au sein des tribunaux du Cambodge pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique, disponible sur: www.eccc.gov.kh/fr > Documents juridiques > Loi sur les CÉTC.

²⁸ Voir le rapport du 7 janvier 2011 «Le traitement inhumain de personnes et le trafic illicite d'organes humains au Kosovo», Doc. 12462.

Ce qui a fait ses preuves pour ce qui est de la coopération entre les États doit, en principe, s'avérer efficace en matière de coopération avec les institutions pénales internationales également. Cependant, il est évidemment possible que, abstraction faite de l'EIMP, de nouvelles obligations de coopération voient le jour pour la Suisse si un acte juridiquement contraignant pour elle venait à lui créer des nouvelles obligations, comme c'est d'ordinaire le cas avec les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies. La Suisse pourrait donc se voir obligée de coopérer. Cette obligation de coopération découlerait cependant de la résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies et non de l'EIMP directement. La révision proposée n'affecte pas les obligations internationales de la Suisse relatives aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies.

Ch. II

La loi relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire traite de cas qui seront par la suite inclus dans le champ d'application de l'art. 1 EIMP. Pour cette raison, elle deviendra obsolète et doit être abrogée de manière anticipée au moment de l'entrée en vigueur de la modification de l'art. 1 EIMP²⁹.

6 Conséquences

6.1 Conséquences pour la Confédération

La modification pourrait se traduire par un faible accroissement de la charge de travail des autorités d'entraide judiciaire et de poursuite pénale de la Confédération. En effet, comme la coopération avec les institutions pénales internationales ne présentera plus de lacunes, quelques actes d'entraide judiciaire supplémentaires devront être accomplis. Selon les nombres actuels et estimations cela ne devrait concerner qu'un relativement faible nombre de cas. Par ailleurs, des demandes d'entraide judiciaire provenant des institutions pénales internationales doivent dans tous les cas être étudiées sur la base du droit en vigueur. Le rejet de ces demandes entraîne également des coûts considérables, notamment pour les acteurs de la politique étrangère de la Suisse. Ils doivent en effet communiquer et justifier ces décisions envers l'extérieur. Dans l'ensemble, la charge de travail au niveau de l'administration fédérale demeurera inchangée.

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

La modification de la loi n'aura pas d'incidence notable sur les finances, ni le personnel des cantons et des communes.

²⁹ Cf. ch. 4.1.2.

Aux termes de l'art. 23, let. g, CPP, la poursuite des violations du droit international est soumise à la juridiction fédérale. Dans le cadre de ces infractions, les mesures d'entraide judiciaire adressées par les institutions pénales internationales (art. 1, al. 3^{bis}, let. a, P-EIMP) seront prises en charge par les autorités fédérales, conformément à l'art. 17, al. 2, EIMP. La vérification des demandes d'entraide judiciaire au titre de l'art. 1, al. 3^{bis}, let. b, et 3^{ter}, P-EIMP est, à titre exceptionnel, susceptible de relever de la compétence des autorités cantonales. En règle générale, le Ministère public de la Confédération sera cependant compétent. Étant donné que le nombre de cas attendus est relativement faible, la charge de travail supplémentaire que les cantons devront supporter devrait être, dans tous les cas, négligeable.

Pour le surplus, il paraît clair que la modification de la loi n'aura aucun effet sur les communes, les centres urbains, les agglomérations ni sur les régions de montagne. Cette question n'a donc pas été examinée en détail.

6.3 Conséquences économiques, sociales, environnementales ou autres

Il paraît clair que la proposition n'aura aucun impact sur l'économie, la société ou l'environnement. Ces questions n'ont donc pas été examinées en profondeur. Dans la mesure où le projet de loi renforce la contribution de la Suisse en matière de lutte contre l'impunité, il favorise la bonne réputation de la Suisse en matière de politique étrangère.

7 Aspects juridiques

7.1 Constitutionnalité

La modification proposée porte sur l'entraide judiciaire en matière pénale et vise à soutenir les institutions pénales internationales. Elle se fonde sur les art. 54, al. 1, 123, al. 1³⁰, et 173, al. 2., Cst., qui confèrent à la Confédération la compétence de légiférer dans les domaines des affaires étrangères, du droit pénal et de la procédure pénale.

Dans la mesure où la coopération se déroule exclusivement avec les institutions pénales internationales qui respectent les normes relatives aux droits de l'homme (art. 2 EIMP), la compatibilité avec les droits de l'homme est assurée. Le projet de loi tient également compte du principe de légalité (art. 5, al. 1, Cst.), en définissant le champ d'application étendu fondé sur des infractions matérielles (art. 1 al. 3^{bis}, let. a, P-EIMP), en limitant aux institutions pénales d'origine particulière (art. 1, al. 3^{bis}, let. b, P-EIMP) respectivement en habilitant le Conseil fédéral à étendre par voie d'ordonnance le champ d'application à d'autres institutions pénales uniquement en respect de critères cumulatifs clairement définis par la loi (art. 1, al. 3^{ter}, P-EIMP). L'individu se rend compte de manière suffisamment claire du moment où l'EIMP est applicable, le principe d'égalité est par conséquent respecté.

³⁰ Sur l'étendue du préambule de l'EIMP et l'art. 123 Cst., voir ch. 5.

7.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Le présent projet est compatible avec le droit international applicable par la Suisse, en particulier avec les standards de la CEDH et du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II des Nations Unies)³¹. L'art. 2 EIMP prévoit que ces standards en matière de droits de l'homme doivent être respectés dans le domaine de l'entraide judiciaire en général et dans l'entraide judiciaire accordée aux institutions pénales internationales.

7.3 Forme de l'acte à adopter

Conformément à l'art. 164, al. 1, Cst., toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. La présente modification étend le champ d'application de l'EIMP, une loi fédérale, à la coopération avec les institutions pénales internationales et, en ce sens, a des implications sur les droits et obligations des personnes visées par une demande d'entraide qui proviendrait d'une de ces institutions. La modification prend donc la forme d'une loi fédérale soumise au référendum.

7.4 Frein aux dépenses

Aux termes de l'art. 159, al. 3, let. b, Cst., les dispositions relatives aux subventions, les crédits d'engagement et les plafonds de dépenses doivent être adoptés à la majorité des membres de chaque conseil s'ils entraînent de nouvelles dépenses uniques de plus de 20 millions de francs ou de nouvelles dépenses périodiques de plus de deux millions de francs. Le présent projet ne contient pas de telles dispositions. La question de l'assujettissement au frein aux dépenses ne se pose donc pas.

7.5 Délégation de compétences législatives

La compétence du Conseil fédéral d'édicter des ordonnances prévue à l'art. 1, al. 3^{ter}, P-EIMP est motivée et expliquée au ch. 5.

³¹ RS 0.103.2